

**Бојдан ГЕЦИЋ**  
адвокат

## ЗНАЧАЈ НОВОГ SIEC ТЕСТА У ПОСТУПКУ КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА \*

### Резиме

Године 2004. Евројска комисија је усвојила нову уредбу о контроли концентрација којом је уведен нови сујстимантивни тест за оцену дозвољености концентрација, а којим је замењен претходни тест доминантности. Нови тест се назива тест постојања значајној нарушавања ефикасне конкуренције, односно SIEC тест.

Праћећи овај пример, 2005. године, Народна скупштина Републике Србије усвојила је Закон о заштити конкуренције, који је накнадно замењен новим Законом о заштити конкуренције 2009. године. Првобитни српски Закон, као и његов тренутни наследник, представљају трансформације правила конкуренције Евројске уније укључујући и нови SIEC тест.

У овом раду разматрам разлоге за реформу као и утицај новог теста у контроли концентрација како у ЕУ тако и у Србији.

Чини се да је главни значај увођења новог SIEC теста још увек не толико у примени колико у чињеници да се његовим увођењем показује недвосмислена намера да се прихвати већина изнетих разлога за реформу сујстимантивног теста, као и да се јасно укаже на будући правац контроле концентрација на евројском нивоу.

**Кључне речи:** конкуренција, SIEC тест, SLC тест, контрола концентрација, Евројска унија, Србија, реформа.

\* Становишта изнета у овом чланку представљају лични став аутора и ни на који начин се не могу сматрати званичним ставовима адвокатске канцеларије Карановић & Николић ОД.

## I Увод

Након двогодишњег периода припреме, Европска комисија 1. маја 2004. године усвојила је нову Уредбу о концентрацијама (енг. *EC Merger Regulation*; у даљем тексту: *ECMR*)<sup>1</sup> којом се замењује претходна Уредба о концентрацијама ЕУ од 1990. године (у даљем тексту: Стара уредба).<sup>2</sup> Најконтроверзније питање током периода припреме *ECMR*-а које је било и предмет најинтензивније дебате је било усвајање новог теста за оцену дозвољености концентрација, односно теста постојања значајног ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције (енг. *Significant Impediment of Effective Competition test*), тзв. *SIEC* тест. У Србији је 2005. године донет Закон о заштити конкуренције,<sup>3</sup> који је 2009. године стављен ван снаге доношењем новог Закона о заштити конкуренције.<sup>4</sup> Оба наведена законска акта представљају потпуну рецепцију европског права конкуренције и стога, оба су у потпуности усвојила нови *SIEC* тест из *ECMR*-а.

Овај рад се бави проблематиком разлога за доношење новог теста и питањем да ли је овај тест произвео икакве суштинске промене приликом оцене концентрација, и ако јесте, које? Првенствено ћу, у потрази за одговором на наведену проблематику, приступити упоредноправној анализи претходно постојећих тестова у англо-америчким и европским јурисдикцијама, као најзначајнијим правним системима из области права конкуренције. Након тога ћу извршити преглед најзначајнијих разлога који су били навођени приликом истицања захтева за промену Старе уредбе и дефинисања новог *SIEC* теста. Коначно, размотрићу дејство примене новог теста приликом оцењивања дозвољености концентрација, посебно са економског аспекта, који је иначе главни природно правни *ratio* права конкуренције.

## II Значај и преглед постојећих супстантивних тестова

*Суйсџантивни тесстови*, међу које спада и *SIEC*, су различити тестови у праву конкуренције који се користе као основни критеријум који дефинише обим оцене правне дозвољености одређене концентрације

1 Уредба Европске комисије бр. 139/2004 од 20. јанура 2004. године (*Official Journal L 24, 29.1.2004*), доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT>.

2 Уредба Европске комисије бр. 4064/09 од 21. децембра 1990. године (*Official Journal L 395*), доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>.

3 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005).

4 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009).

учесника на тржишту у одређеној јурисдикцији (нпр. Европска унија, Сједињене Америчке Државе или Србија). Најпре је неопходно објаснити генерални значај супстантивних тестова, односно начина њиховог дефинисања.

Наиме, начин на који се регулишу супстантивни тестови има пресудан значај приликом оцене дозвољености одређене концентрације. Супстантивни тест прописује обим и оквир у којем је одређени државни орган надлежан за заштиту конкуренције овлашћен да иде приликом испитивања дејства и дозвољености једне концентрације учесника на тржишту. Ово другим речима значи да једна концентрација може бити проглашена као недозвољена искључиво из разлога који се могу подвести под супстантивни тест, односно да све концентрације, које би хипотетички могле да, са економске тачке гледишта, имају негативне последице по конкуренцију, а које се не могу подвести под критеријуме предвиђене одређеним супстантивним тестом морају бити проглашене као дозвољене.<sup>5</sup> *Vice versa*, у зависности од дефинисања теста, постоји такође опасност да државни орган надлежан за заштиту конкуренције забрани спровођење концентрације на основу испуњености критеријума предвиђених одређеним супстантивним тестом, иако у стварности предметна концентрација не би значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренцију на релевантном тржишту или би чак имала и потпуно супротно, позитивно дејство по општу добробит потрошача.<sup>6</sup>

Постоји више врста супстантивних тестова од којих су, не рачунајући нови *SIEC* тест, најзначајнији *SLC* тест и тест доминантности.

## 1. *SLC* тест

Супстантивни тест који је у примени у већини англо-америчких јурисдикција,<sup>7</sup> од којих су засигурно, са аспекта права конкуренције, најзначајније САД, назива се тест суштинског смањења конкуренције (енг. *Substantial Lessening of Competition Test*), познатији као *SLC ѿесѿ* или *ѿесѿ конкуренције*.

*SLC* тест је у како правној тако и економској стручној јавности<sup>8</sup> изузетно хваљен због своје флексибилности приликом оцене дозвоље-

5 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, „The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control“, *European Competition Journal*, Vol. 2, No. 1, April 2006, стр. 9.

6 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 11-12.

7 Тест се користи у САД: Clayton Act 15 USC 18, S. 7; Аустралији: Trade Practices Act 1974, S. 7; одскопа је усвојен и у Уједињеном Краљевству: Enterprise Act 2002, S. 35.

8 Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law - 2<sup>nd</sup> edition*, Oxford, 2004, стр. 910-916.

ности концентрација. Ово поготову, с обзиром на чињеницу да тест оставља могућност да постојање *било које* суштинског, односно значајног смањења конкуренције може бити подложно оцени и евентуалном санкционисању, невезано од тога да ли то за искључиву последицу има стварање или јачање доминантног положаја (као што је то случај код ранијег европског теста, познатијег као *шесџ доминантносџи*). Наиме, једна концентрација се сматра да би могла да доведе до суштинског смањења конкуренције када се може претпоставити да ће доћи до таквог смањења ривалитета између конкурентних учесника на тржишту да би то за последицу имало штету по потрошаче. Суштина концепта *SLC* теста је у компарацији стања и ефеката по конкуренцију на релевантном тржишту пре спровођења концентрације у односу на хипотетичко стање након спровођења концентрације.<sup>9</sup>

Стога, *SLC* омогућава контролу и оних концентрација које доводе до тзв. *унилатералног ефекта* (или још познат као некоординисана дејства)<sup>10</sup> као и употребу *приговора ефикасности*,<sup>11</sup> која ће оба бити касније објашњена. Такође, овај тест је омогућио, нарочито у САД, примену веома значајних нових метода економске анализе,<sup>12</sup> приликом оцене концентрација, у компарацији са скоро ригидном применом структурног модела анализе у Европској унији.

## 2. Тест доминантности

Други значајан супстантивни тест који је познат у праву конкуренције потиче из права Европске уније и био је регулисан Старом уредбом из 1990. године. Овај тест је био познатији и као *шесџ доминантносџи* и предвиђао је забрану:

*„стварања или јачања доминантног положаја које за последицу има значајно нарушавање ефикасне конкуренције на заједничком тржишту или његовом значајном делу“.*

Штавише, није било изненађујуће што је Стара уредба преузела концепт доминантног положаја у свом супстантивном тесту, с обзиром да је овај појам коришћен у члану 82 Римског уговора из 1957. године, као и у члану 66(7) сад већ истеклог Париског уговора о угљу и челику из 1951. године. Наиме, у време када је усвојена Стара уредба већ је била

9 Maher M. Dabbah, *EC and UK Competition Law*, Cambridge, 2004, стр. 529.

10 Richard Whish, *Competition Law – 6<sup>th</sup> edition*, стр. 852.

11 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 9.

12 Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law“, доступно на: [http://preprodpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1153661&rec=1&srcabs=985509](http://preprodpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153661&rec=1&srcabs=985509), стр. 7.

развијена разумна количина судске праксе у вези са значењем појма доминантности у смислу члана 82 Римског уговора. Стога, било је крајње сврсисходно да се ова судска пракса употреби приликом примене тада тек усвојене Старе уредбе, а ради контроле концентрација.<sup>13</sup>

Иако је у теорији и пракси Европске комисије и Европског суда правде (у даљем тексту: ЕСП) дуже време вођена дискусија око алтернативних тумачења теста доминантности, судови ЕУ<sup>14</sup> су утврдили да се тест доминантности састоји од два кумулативна услова који наступају један за другим.<sup>15</sup> Наиме, једна концентрација ће се сматрати забрањеном ако: (i) доводи до стварања или јачања доминантног положаја, *као и ако* (ii) резултат такве промене тржишне структуре буде имао за последицу „значајно нарушавање ефикасне конкуренције“ – односно *SIEC*. Другим речима *постојање доминантности је неопходан*, али недовољан услов за забрану одређене концентрације.<sup>16</sup>

Стандардна дефиниција доминантности је била постављена у случају *United Brands v Commission*,<sup>17</sup> где је ЕСП утврдио да: „*протисани* (чланом 82) *доминантни положај предвиђа положај економске снаге који ужива учесник на тржишту, а који му омогућава да директно одржавање ефективне конкуренције на релевантном тржишту тиме што има моћ да се онаша у одређеној мери независно од својих конкурентна, купаца и у крајњој линији од својих потрошача.*“ Наведена правна дефиниција је, стога, веома блиска, економској дефиницији значајне тржишне снаге која претпоставља способност утицаја на значајне параметре конкуренције, а поготову могућност профитабилног и дугорочног повећања цена високо изнад нивоа конкурената. Стога, произлази да доминантан учесник на тржишту поседује значајну тржишну снагу.<sup>18</sup> Овакво схватање појма доминантности је значајно за даље разматрање *разлоја* за промену теста.

Међутим, сам тест доминантности је у Европској унији довео до (i) скоро ригидне употребе структурне економске анализе која занемарује остале методе за оцењивање потенцијалних будућих ефеката концентрације по тржиште, као и до (ii) занемаривања да се испитају

13 Richard Whish, *нав. дело*, стр. 852.

14 Правосудни систем Европске уније се састоји од Суда прве инстанце Европских заједница, Првостепеног суда и од Суда правде Европских заједница, за више информација погледајте на: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/nice\\_treaty/nice\\_treaty\\_legal\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/nice_treaty/nice_treaty_legal_en.htm).

15 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 3.

16 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 5–7.

17 Видети Case 27/76 *United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission* [1978] 1 CMLR 429.

18 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 3–4.

општи ефекти одређене концентрације, поготову по општу добробит потрошача, за разлику од САД.

### III Појам новог SIEC теста

Нови супстантивни тест за оцену концентрација које могу имати утицаја на јединствено тржиште ЕУ је дефинисан у члан 2(3) EСMR-а и гласи:<sup>19</sup>

*„Концентрација која би значајно нарушила ефективну конкуренцију, нарочито стварањем или јачањем доминантног положаја на заједничком тржишту или његовом значајном делу, биће проглашена као несвојива са заједничким тржиштем.“*

Као што сам раније напоменуо, позитивно српско право конкуренције представља потпуну рецепцију права Европске уније, односно у овом случају наведене одредбе EСMR-а. Наиме, оба српска Закона о заштити конкуренције су у потпуности усвојила нови SIEC тест, тако да можемо рећи да је он у Србији званично у примени од 2005. године.

Стога, наш пандан одредби EСMR-а, члан 19(1) (дозвољеност концентрација) новог српског Закона о заштити конкуренције, који је почео да се примењује од 1. новембра 2009. године<sup>20</sup> прописује да:

*„Концентрације учесника на тржишту су дозвољене, осим ако би значајно ораничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ораничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја.“*

Као што се види, нови SIEC тест предвиђа, да свака концентрација која доводи до било каквог значајног ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције ће бити сматрана недозвољеном и санкционисана у складу са законом, а не само она која води до стварања или јачања доминантног положаја, односно она која је утврђена применом теста доминантности. Међутим, SIEC тест оставља могућност примене теста доминантности као нарочито, односно приоритетног критеријума приликом утврђивања постојања значајног ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције. Разлози за одабир оваквог текста приликом прописивања одредби SIEC теста су објашњени у наставку.

19 Слободан превод са енглеског на српски, за оригинални текст на енглеском погледајте: EСMR, Article 2(3), доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004 R0139: EN:NOT>.

20 Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 51/2009), чл. 19(1).

## IV Разлози за промену и дефинисање новог *SIEC* теста

Доношењу нове *EMCR*, којом је усвојен *SIEC* тест претходила је велика дискусија о правцима и разлозима за реформу супстантивног теста. У основи, сви разлози за реформу теста се могу поделити у две велике групе: прве, који су претежно правни по својој природи, и друге који су претежно економски, с обзиром да су више усресређени на економску анализу и ефекте, а и да потичу углавном од економиста. Наглашавам да су разлози *ирејшежни*, с обзиром на чињеницу да, од свих грана права, у праву конкуренције је спој економије и права најинтензивнији, те је, стога, веома незахвално правити изричите дистинкције између ове две области.

### 1. Претежно правни разлози

У ову групу разлога се могу издвојити скоро сви „главни“ разлози истицани током поступка реформе, односно они који су јавно били декларисани као најзначајнији: (i) питање унилатералних ефеката и приговора ефикасности; (ii) одвајање од правне праксе настале на основу члана 82; (iii) покушај хармонизације контроле концентрација на глобалном нивоу.

Наиме, (i) један од директних разлога за реформу теста доминантности је било питање његове примене у случају постојања *унилатералних ефеката на олигополистичком тржишту*. Главни случај који је дао повода за ову аргументацију био је амерички *Babyfoods*.<sup>21</sup> Америчка Федерална комисија за трговину (енг. *Federal Trade Commission*; у даљем тексту: *FTC*), једно од тела надлежних за заштиту конкуренције у САД, није одобрило концентрацију између *Heinz Co*, америчког трећег по величини произвођача хране за бебе (са тржишним уделом од оквирно 15 процената), који је желео да стекне контролу над друштвом *Milnot Holding Corporation*, чије зависно друштво, *Beech-Nut*, је било други највећи произвођач хране за бебе у САД (са тржишним уделом од око 17 процената). Дакле, након концентрације, новонастали учесник на тржишту би имао укупно око 33 процента тржишног удела, док би друштво *Gerber*, недвосмислено остало доминантни учесник на тржишту са 65 процената. Стога, наведена концентрација сигурно не би довела до стварања или јачања доминантног положаја. Међутим, *FTC* опет није одобрила ову концентрацију обзиром да је сматрала да би она довела до значајног смањења конкуренције (примена *SLC* теста) тиме што би након концентрације новонастали учесник на тржишту *унилатерално*

21 *FTC v HJ Heinz Co* 16 F Supp 2d 2000.

(без било каквог договора са *Gerber*-ом) могао да подигну цене и успори иновације. Оваква појава се назива *унилатерални ефекти* или још *некоординисано дејство* на олигополистичком тржишту.<sup>22</sup> Стога, било је тврђено,<sup>23</sup> да у истој ситуацији, Европска комисија, применом теста доминантности, не би имала избора, него да одобри концентрацију, иако је било недвосмислено јасно да би она имала значајно лоше ефекте по конкуренцију. Другим речима, сматрано је да Стара уредба садржи *йравну йразнину* (енг. *gap case*).

Такође, у линији ове аргументације, и у обрнутој ситуацији, односно када се концентрацијом достиже неопходни минимални праг од преко 40 процената или када учесник на тржишту који је већ доминантан (нпр. поседује преко 40 процената тржишног удела) намерава да стекне другог учесника на тржишту са чак и веома малим тржишним уделом, Европска комисија заузела је, 1999. године, став да: „*стйваранем доминантнйној йоложаја... аргументнйи ефикасностйи... не моју се узетйи у обзир йриликoм оцене йредметнйе конценйрације.*“<sup>24</sup> Ово, другим речима, значи да свака концентрација која доводи до промене у процентима учешћа на тржишту изнад одређеног процента (нпр. минималних 40%) се начелно има сматрати забрањеном и штетном чак иако настанак или јачање таквог доминантног положаја ствара позитивне ефекте на тржишту и по потрошаче. На тај начин је, заправо, потпуно искључен *йриовор ефикасностйи* као значајно средство приликом процене концентрација, који је иначе у употреби у *SLC* јурисдикцијама. Стога, применом Старе уредбе, Европска комисија је потенцијално санкционисала и концентрације које није требало, односно супротно самом *ratio legis*-у права конкуренције.

Други разлог за промену, препознат од саме Европске комисије и великог броја правника је била (ii) потреба за прекидом везе која је постојала између Старе уредбе и члана 82. Римског уговора (постојање злоупотребе доминантног положаја). Наиме, одређени број правника је исказивао бојазан да би тренд ширења дефиниције доминантног положаја у случајевима контроле концентрација (у смислу раније наведеног појма значајне тржишне снаге, а како би се обухватили и раније наведени тзв. случајеви правних празнина) имало за последицу истоврсно ширење ове дефиниције у случајевима злоупотребе доминантног положаја (где се овај појам много рестриктивније тумачи): *јер како једну истйу йравну дефиницију у йраву конкуренције йумачийи у различийим*

22 Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law – 3<sup>rd</sup> edition*, Oxford, 2008, стр. 1006–1007.

23 Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law“, стр. 3.

24 European Commission, „Contribution to Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Agreements“, *O.E.C.D./GD(96)65*, 1996.



ситуацијама различито?<sup>25</sup> То би за последицу имало увођење велике конфузије и отварање врата правној несигурности. Стога, било је неопходно довољно чврсто одвојити критеријуме из супстантивног теста од случајева злоупотребе доминантног положаја, а да се при том сачува преко десет година успешне праксе Европске комисије и судова ЕУ у области контроле концентрација, засноване на Старој уредби.

На крају, као један од такође значајних циљева, навођена је потреба (iii) хармонизације примене контроле концентрације на светском нивоу, а поготову на релацији САД и ЕУ. Ово посебно ако се узму у обзир случајеви попут *Babyfoods*-а, где би се десила ситуација да иста концентрација буде одобрена на америчком тржишту, а забрањена у Европској унији. Међутим, у својој Зеленој књизи из 2001. године о реформи Старе уредбе,<sup>26</sup> где је разматрано питање напуштања теста доминантности ради усвајања *SLC* теста, Европска комисија је навела да није сасвим уверена у исправност разлога хармонизације делимично због могуће правне несигурности коју би прелазак на *SLC* тест произвео на европском нивоу (обзиром да су скоро све европске земље биле усвојиле тест доминантности), као и због генералне несигурности коју би на нивоу ЕУ произвело потпуно напуштање критеријума доминантности (узимајући у обзир сву претходну праксу Европске комисије и судова ЕУ). Стога, било је неопходно наћи неко средње решење.

## 2. Претежно економски разлози

Идентификована су и два реална проблема, по мишљењу економиста, која постоје у вези са тестом доминантности. Први се тиче *примене нових метода* економске анализе приликом контроле концентрација, док се други односи на *обим анализе* која се врши.<sup>27</sup>

Наиме, (i) *структурна анализа* која је инхерентна тесту доминантности је трпела критике како у САД тако и ЕУ. Структурна анализа се заснива на употреби одређених критеријума, који се сви заснивају на одређивању *структуре* релевантног тржишта, попут одређивања релевантног тржишта, тржишних удела, баријера за улазак других учесника на тржиште, недостатак куповне моћи (енг. *buyer power*) итд. (ово су *exempli causa* критеријуми дефинисани чланом 82 Римског уговора). Структурна анализа представља тзв. *индиректан метод* за предвиђање,

25 Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law“, стр. 6.

26 Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, COM(2001) 745/6 final, 11.12.2001.

27 Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law“, стр. 6–10.

односно доказивање негативних ефеката по конкуренцију. Она је индиректна зато што се сами ефекти никада или веома ретко испитују, већ се анализа завршава када су задовољени наведени критеријуми (нпр. достигање прага од 40% удела на релевантном тржишту). Позитивна страна ове методе је што је релативно једноставна за примену, Европска комисија и национални органи за заштиту конкуренције имају богату праксу у њеној примени (што помаже и учесницима на тржишту у смислу рационалних очекивања која концентрација може доћи под лупу контроле) и она је донекле јефтин метод, који не захтева пуно средстава и времена. Међутим, негативна страна овог метода анализе је што он задовољавајући се само структурним критеријумима може да превиди стварне ефекте одређене концентрације по тржиште, односно да потцени или прецени наведене ефекте. Ово, поготову, важи за случајеве унилатералних ефеката.

С друге стране, развој економије у области конкуренције, као и економетрије сугерише промену метода којима се испитују потенцијални ефекти концентрације, са индиректне, на више директне методе. Постоје три занимљива приступа која треба напоменути, односно три нова метода, који такође представљају значајне разлоге за реформу супстантивног теста.

Први метод је тзв. *хийоџеџички џесџи џржишине снаџе*, који предвиђа израчунавање профитабилности одређеног повећања цена. Другим речима, покушава да се утврди колику добит би остварио новонастали учесник на тржишту након концентрације, ако би повећао своје цене у одређеном износу. Правило је да све концентрације које би омогућиле да новонастали учесник на тржишту профитабилно подигне цене између 5 до 10% би требало забранити. Резултат ове анализе је независан од дефиниције релевантног тржишта и појединачног удела новонасталог учесника на тржишту (односно да ли је нпр. достигао минимални праг од 40%).

Други метод је употреба тзв. *сџугија случаја* (енг. *event studies*). Овај метод се заснива на схватању да концентрација која је ефикасна је неповољна по конкуренте (у смислу да повећава конкуренцију на тржишту), док концентрација која ствара значајну тржишну снагу је корисна за конкуренте (у случају да и они могу да подигну своје цене). Овај метод предлаже коришћење и праћење резултата на берзи изазваних најавом концентрације, односно у случају да цене акција конкурентата скоче, концентрација је противна конкуренцији, јер инвеститори предвиђају да ће и конкуренти моћи да подигну своје цене чиме и њихова вредност на берзи скаче и обрнуто. Овај метод, сам по себи, не би био довољан приликом оцене концентрација, али може бити користан за доказивање да негативни ефекти одређене концентрације могу да

се огледају не само у могућности једностраног повећања цена од стране новонасталог учесника на тржишту већ и у могућности повећања цена његових конкурената.

Последњи значајан метод су *симулације концентрације*. Оне се врше узимањем у обзир ценовне функције и функције тражње за релевантни производ. Након тога се добијени подаци користе за израчунавање цене која би била постигнута концентрацијом два или више учесника на тржишту.

Ово су веома софистицирани методи, који захтевају много више средстава, времена и обучености у односу на структурни тест. У суштини, све мане и врлине структурног теста у овом случају важе *vice versa*. Најбитнија предност ових метода је што они предвиђају реалне ефекте концентрације на повећање цена и смањење понуде без претходног дефинисања релевантног тржишта и тржишних удела.

Кад је у питању други претежно економски разлог, (ii) *обим анализе* одређене концентрације, проблем са тестом доминантности је што се он, у суштини, заснива на предвиђању само негативних економских ефеката по конкуренцију које може да изазове новонастали учесник на тржишту, занемаривајући процењивање потенцијалног понашања осталих конкурената. Као што сам навео код студија случаја, данас је сасвим евидентно да негативне последице концентрације могу да се изразе како у понашању самог новонасталог учесника на тржишту (једностраним смањењем цена или смањењем понуде) тако и некоординисаним повећањем цена од стране осталих конкурената. Наиме, у случају да, након повећања цене од стране новонасталог учесника на тржишту, конкуренти нису у стању да повећају свој обим понуде задржавајући исту цену и тиме ефикасно конкуришу новонасталом учеснику, и они сами ће бити наведени да повећају цене.

Стога, суштина проблема са тестом доминантности је што он занемарује опште ефекте једне концентрације и може да доведе до потцењивања или прецењивања негативних ефеката такве концентрације по конкуренцију.<sup>28</sup>

### 3. Дефинисање новог *SIEC* теста

Услед свега претходно наведеног, и услед потребе за једногласним решењем на нивоу ЕУ (с обзиром на различите и опречне предлоге држава чланица ЕУ), коначни резултат поступка реформи је било једно класично решење у духу Европске уније, једноставно, а крајње интелигентно. Наиме, Савет ЕУ је одлучио да се текст претходног теста до-

28 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 9-12.

минантности тако преуреди да критеријум постојања или јачања доминантног положаја уместо да буде предуслов, као до сада, постане *само један од критеријума* приликом процене одређене концентracије. На тај начин уведена је широка могућност примене свих метода економске анализе, економских и правних разлога који су постојали за увођење SLC теста, обзиром да је Европска комисија сада овлашћена да врши контролу *било које* концентracије која може да има значајно негативне ефекте по конкуренцију.

С друге стране, задовољен је и услов очувања правне сигурности и континуитета са претходном праксом Европске комисије и судова Европске уније, с обзиром да критеријум доминантности није избрисан из супстантивног теста.

Стога, усвајањем новог SIEC теста, поље примене контроле концентracија у ЕУ је значајно *проширено*, а да није усвојен SLC тест.<sup>29</sup>

## V Примена новог теста

У вези са питањем примене новог теста, овде је корисно да се осврнемо прво на дејство новог теста на нивоу Европске уније, а онда, да испитамо, да ли је уопште и какав утицај нови тест имао у српском праву конкуренције.

### 1. Примена у Европској унији

Обзиром на чињеницу да је EMCR донета тек 2004. године, односно да се нови тест примењује нешто краће од пет година још увек је рано да се да коначна оцена око ефеката његове примене на нивоу Европске уније.

Прво, евидентно је било још приликом усвајања новог SIEC теста, да се Европска комисија удаљила од структурног приступа и анализе и почела да употребљава и друге методе анализе које су више базиране на општим ефектима концентracије.<sup>30</sup> Штавише, у одлукама Европске комисије, које датирају још из тог времена, реч „доминантност“ је све мање присутна, осим у случајевима када је тржишни удео учесника на тржишту изузетно висок (нпр. преко 65%),<sup>31</sup> стога није могуће дати тачну процену утицаја новог теста у оваквим и сличним случајевима.

29 Richard Whish, *нав. дело*, стр. 855.

30 Case No. COMP/M.2533 – BP/EON; Case No. COMP/M.2389 – Shell/Dea.

31 Нпр. Case No. COMP/M.4187 Metso/Aker Kvaerner; Case No. COMP/M.4000 Inco/Falconbridge.

Друго, поступак окретања Европске комисије ка усвајању модела анализе који је више усмерен на опште ефекте ће бити постепен и дугачак, јер је неопходно да сваки службеник Европске комисије (енг. *case-handler*) који обрађује одређени предмет постане упознат са новим тестом. Такође, по речима чланова саме Европске комисије,<sup>32</sup> за овакву анализу, стицање више економских знања ће бити потребно, а за то је неопходно време.

Даље, ако се само усредсредимо на питање правних празнина приликом примене претходног теста, до сада у пракси Европске комисије уочена су *само два* случаја у којима су постојале опасности по конкуренцију иако сама концентрација не би произвела доминантне учеснике на тржишту. Наиме, према званичним подацима Европске комисије,<sup>33</sup> случајеви *Linde/BOC*<sup>34</sup> и *T-Mobile Austria/tele.ring*<sup>35</sup> означено су као случајеви правних празнина, односно чија ефикасна контрола је била могућа тек на основу примене *SIEC* теста. Европска комисија наводи да у оба случаја су постојали потенцијални негативни ефекти по конкуренцију иако новонастали учесници на тржишци не би постали тржишни лидери, односно не би имали доминантни положај.

Стога, може се закључити да, у складу са значајним помацима у пракси Европске комисије и пре увођења новог теста, сада је засигурно омогућено Европској комисији, да потпуно легитимно и отворено испитује и санкционише концентрације које не доводе до стварања или јачања доминантног положаја, односно да уместо структурног приступа примењује више различитих метода и критеријума приликом оцене концентрација.

## 2. Стање у Србији

Као што сам већ навео, доношењем сад већ старог српског Закона о заштити конкуренције 2005. године (у даљем тексту: Стари закон), Србија је ушла у ред држава које су међу првима званично усвојиле нови *SIEC* тест.

Међутим, нажалост, пракса показује да је ово усвајање новог теста остало само на пољу „званичног“, односно декларативног. Наиме, српска Комисија за заштиту конкуренције (у даљем тексту: Комисија) је веома млада регулаторна агенција, успостављена тек Старим законом

32 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 13.

33 EC Annual Report on Competition Policy 2006, доступно на: [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2006/en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2006/en.pdf), paras 16–17.

34 Case No. COMP/M.4141 Linde/BOC.

35 Case No. COMP/M.3916 T-Mobile Austria/tele.ring.

из 2005. године. Иако се из њених поступања<sup>36</sup> може уочити велика количина труда и добрих намера да се ухвати корак са европским националним органима за заштиту конкуренције и Европском комисијом (од којих неки имају традицију дужу од 50 година), наша Комисија још увек болује од типичних „дечијих болести“.

Наиме, приликом контроле концентрација у Србији, по мојим сазнањима, Комисија је у скоро свим случајевима заправо примењивала тест доминантности,<sup>37</sup> иако је по *SIEC* тесту он, сада *само један од могућих*.

Штавише, чини се да је учињен велики напор од стране Комисије и њене стручне службе да се упозна и након доста лутања обучи и барем крене да квалитетно примењује критеријуме из теста доминантности и структурни метод анализе, а базирано на претходној пракси Европске комисије. Међутим, скоро ниједан случај, који је мени познат, није оцењиван применом *SIEC* теста, односно горе наведених критеријума и метода економске анализе.<sup>38</sup> Ово, ипак не треба да чуди, обзиром да, као што сам горе навео, наведено представља за чланове саме Европске комисије велики напор и подухват, тако да *a maiore ad minus* није могуће реално тако нешто очекивати од наше још веома неискусне Комисије.

С друге стране, непримена наведених метода је у Србији донела већ велике проблеме у контроли концентрације, и потенцијално је угрозила неке од кључних трансакција и страних улагања у Републици.<sup>39</sup> Такође, створена је могућност, попут *Babyfoods-a*, да Европска комисија, или неки други европски национални орган за заштиту конкуренције забрани или одобри концентрацију, док би наша Комисија учинила обрнуто. Овакво поступање би могло да има значајно негативне последице по намере Србије да приступи Европској унији, обзиром да је суштина уније – *јединствено тржиште*, на којем морају да постоје *једнака правила и једнаки услови* за све учеснике на тржишту, па и у *смислу (не)дозвољености њихових концентрација*.

36 Видети званичне годишње извештаје о раду Комисије за заштиту конкуренције, доступне на: <http://www.kzk.org.yu/?link=106&lang=0>.

37 Нпр. видети Уредбу о садржини и начину подношења пријаве концентрације (*Службени гласник РС, бр. 89/2009*) и Уредбу о критеријумима за одређивање релевантног тржишта (*Службени гласник РС, бр. 89/2009*), доступне на: <http://www.kzk.org.yu/?link=81&lang=0>.

38 Погледати јавно доступне одлуке Комисије за заштиту конкуренције објављене на: <http://www.kzk.org.yu/?link=108&lang=0>.

39 Погледати случај концентрације Deutsche Lufthansa AG над привредним друштвом Austrian Airlines AG, доступно на: <http://www.kzk.org.rs/download/odluke/lufthanza.pdf>.

## VI Закључак

Коначно, из свега претходно наведеног, јасно се види велики значај промене супстантивног теста у ЕУ. Ово можда не толико још увек на пољу примене колико на пољу јавног декларисања намера и правца даљег развоја и регулисања концентрација на простору Европске уније. Наиме, реформа теста представља изричито уважавање свих навођених (или барем већине) разлога за промену. Штавише, она је праћена већ претходном променом праксе Европске комисије у контроли концентрација. Европску комисију ће следити (и већ следе) и национални органи за заштиту конкуренције држава чланица, као што би то требало да чине и земље које имају намеру да постану чланице, попут Србије.

Ако се узме у обзир да у економијама које су базиране на слободном тржишту и тржишној утакмици једна од главних брана од негативних утицаја *laissez-faire* је регулисање конкуренције на начин да постоје „једнака правила игре за све“, и чињенице да је један, ако не и главни стуб Европске уније јединствено тржиште, значај ових промена у контроли концентрација је немерљив.

На терену Србије, остаје да се види како ће наша Комисија даље поступати, са надом да ће се са највећом могућом брзином усвајати добра пракса ЕУ, а у корист свих потрошача у Србији.

**Bogdan GECIĆ**  
Attorney at Law

## SIGNIFICANCE OF THE NEW *SIEC* TEST IN THE PROCEDURE FOR MERGER CONTROL

### Summary

*In 2004, the European Commission has adopted the new EC Merger regulation introducing a new substantive test for merger control that replaced the previous dominance test. The new test is called the significant impediment of effective competition, that is, the SIEC test.*

*Following suit, in 2005, the Serbian Parliament had adopted the new Law on Competition Protection, which was subsequently replaced by the new Law on Competition Protection in 2009. Both the original Serbian Law and its successor are a transcription of EC antitrust rules, including the new SIEC test.*

*The paper discusses the main reasons for reform and assesses the impacts of the new test in merger control both in the EU and in Serbia.*

*It seems that the key significance of the introduction of the new SIEC test is still not that much in enforcement, as it is in the fact that it represents an explicit declaration of the intent to adopt most of the argumentation for reform of the substantive test, and a clear indication of future course of merger control on a European level.*

**Key words:** *competition, SIEC test, SLC test, merger control, European Union, Serbia, reform.*