

Др *Ивана РАКИЋ*
научни сарадник
Комисија за заштиту конкуренције, Београд*

УЛОГА АРБИТРАЖЕ У ПОСТУПЦИМА КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА – ПРАКСА ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ

Резиме

Аутор анализира улогу арбитраже у поступцима контроле концентрација у ЕУ и указује на праксу Европске комисије, узимајући у обзир спровођење мера понашања одређених у одлукама Европске комисије којима се условно одобравају концентрације. Аутор указује на то да арбитража може да буде ефикасна адјудикација приликом надзора понашања учесника у концентрацији која је условно одобрена, а у вези са праћењем извршавања обавеза које морају да се испуне у складу са одлуком којом се одобрава спровођење концентрације.

Кључне речи: *арбитражна клаузула, арбитрабилност, арбитража, контрола концентрација, право конкуренције, ЕУ.*

I Арбитрабилност спорова из права конкуренције

Након вишедеценијске расправе у вези са подобношћу спорова из права конкуренције за арбитражу, у земљама које имају савремене прописе о заштити конкуренције и (међународној) арбитражи, укључујући Европску унију, арбитрабилност ових спорова неспорно је потврђена. У ЕУ је арбитрабилност спорова из права конкуренције била призната и током 20. века, али је у поступцима контроле концентрација изричито уређена тек 2008. године, иако је у пракси призната од 1992. године.

* Аутор је спољни сарадник Института за упоредно право у Београду. Ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају нужно ставове Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

На јачање улоге арбитраже у праву конкуренције ЕУ нарочито је утицала „модернизација“ права конкуренције ЕУ, извршена 1. маја 2004. године, усвајањем неколико прописа о заштити конкуренције (тзв. пакета прописа, у којима се арбитража иначе није спомињала), када је и нових десет земаља чланица приступило ЕУ.¹ Отуда се питање арбитрабилности спорова из права конкуренције више не поставља, а разумевање улоге арбитраже у примени права конкуренције се сматра неопходним за приватно спровођење права конкуренције (енг. *private enforcement*), у складу са све већим значајем приватноправне заштите конкуренције, посебно у ЕУ.

Основни разлог због којег је арбитрабилност спорова из права конкуренције била предмет спорења у литератури и у пракси јесте управо посебна природа (улога) права конкуренције, односно примарно јавни карактер спровођења права конкуренције (*public enforcement*). Право конкуренције ЕУ се првенствено схватало као део јавног права, чијом применом се остварују јавни циљеви (тј. успостављање и функционисање јединственог тржишта ЕУ) и за чије спровођење су задужени јавни или административни органи ЕУ (конкретно, Европска комисија).² Због тога је било супротстављања увођењу арбитраже у право конкуренције, јер је то, по дефиницији, представљало алтернативу државној адјудикацији (судовању), тј. приватан начин решавања спорова из права конкуренције.

-
- 1 Више о утицају модернизације права конкуренције ЕУ на јачање улоге арбитраже у поступцима заштите конкуренције у ЕУ вид. Phillip Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, 5 и даље; Maurits Dolmans, Jacob Grierson, „Arbitration and Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities“, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, бр. 2/2003, 37 и даље; Diederik De Groot, „Arbitration and the Modernisation of EC Competition Law“, *European Business Law Review*, Vol. 19, бр. 1/2008, 175 и даље; Assimakis P. Komninos, „Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement“, *World Competition*, Vol. 24, бр. 2/2001, 211 и даље; Јелена Вукадиновић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска дисертација, Београд, 2016, 214 и даље.
- 2 Вид. P. Landolt (2006), 22 и даље; Радован Д. Вукадиновић, „Нека претходна питања у вези захтева за накнаду штете због повреде картелних прописа у праву ЕУ“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2013, 52 и даље.

је,³ а с обзиром на то да се арбитража може уговорити за решавање имовинских спорова о правима којима странке слободно располажу.⁴

Међутим, имајући у виду потребу заштите приватних и појединачних интереса, односно оштећених физичких лица и учесника на тржишту (укључујући потрошаче), постало је јасно да треба посветити већу пажњу улози арбитраже у поступцима заштите конкуренције. Сматрало се да арбитража може допринети ефикасној заштити ових интереса, с обзиром на комерцијални значај арбитраже и њене бројне предности (нпр. брзина и једноставност поступка, могућност избора арбитра и места арбитраже, нејавност поступка, нижи трошкови арбитраже, специјализовани арбитражи, лакше признање и извршење арбитражних одлука, и др.).⁵

У ЕУ, арбитрабилност спорова из права конкуренције у пракси је призната одлуком Суда правде (некада Европског суда правде) у предмету *Eco Swiss*, којом је посредно потврђено да арбитражи могу да примењују право конкуренције ЕУ и на тај начин одлучују у споровима из права конкуренције.⁶ У овом предмету, Суд се није противио арбитрабилности конкретног спора (који је био у вези са применом права ЕУ), већ је истакао да су национални судови, који су надлежни за контролу и преиспитивање арбитражних одлука, дужни да испитају да ли повреда правила ЕУ о конкуренцији представља повреду јавног поретка и да се, кад то сматрају потребним, обратe Суду правде са захтевом да он о томе донесе прелиминарну одлуку.⁷ Суд је, дакле, сматрао да су правила ЕУ о конкуренцији

3 Слично и Laurence Idot, „The Role of Arbitration in Competition Disputes“, *The Reform of EC Competition Law: New Challenges* (ed. I. Kokkoris), Kluwer, 2009, 76.

4 Арбитрабилни спорови су спорови о којима се странке могу споразумети или поравнати, односно спорови у којима странке могу слободно располагати правима, а који не спадају у искључиву надлежност судова. Вид. Јелена Вукадиновић, „Појам арбитрабилности у арбитражним правима Србије и Хрватске“, *Актуелна питања савременог законодавства: зборник радова са Саветовања правника* (ур. Слободан Перовић), Будва, 2012, 3-4.

5 Вид. Phillip Landolt, „Arbitration Clauses and Competition Law“, *EU and US Antitrust Arbitration - A Handbook for Practitioners*, Volume 1, Kluwer Law International, 2011, 74-75; Gordon Blanke, „The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer“, *European Business Law Review*, Vol. 16, бр. 1/2005, 169 и даље.

6 Вид. C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* [1999] ECR I-3055.

7 Више о овом предмету вид. Радован Д. Вукадиновић, „Коментар одлуке Суда правде у предмету 126/97, *Eco Swiss v Benetton* [1999] ECR I-3055“, *Ревизија за европско право*, Vol. 8, бр. 1/2006, 91 и даље; Marianela López-Galdos, „Arbitration and Competition Law: Integrating Europe Through Arbitration“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 7, 385-386; Roberto Cisotta, „Some considerations on arbitrability of competition law disputes and powers and duties of arbitrators in applying EU competition law“, in *Litigation and Arbitration in EU Compe-*

део јавног поретка земаља чланица ЕУ и да повреда јавног поретка, услед непоштовања правила ЕУ о конкуренцији, представља основ за поништај арбитражне одлуке, у складу са Њујоршком конвенцијом о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука.

II Арбитража и контрола концентрација

У поступцима контроле концентрација, уговарање арбитраже се користи приликом условног одобравања концентрација, и то у оквиру контроле, односно праћења извршења услова за одобрење концентрација постављених у облику мера понашања. Сматра се да арбитража на овај начин представља гаранцију правилног извршења предвиђених услова за одобрење концентрације и последично очувања конкуренције на тржишту након одобрења концентрације, јер се од учесника у концентрацији тражи да решавање сваког спора (између стицаоца контроле и његових конкурената или других учесника на тржишту) који би настао у вези са извршењем постављених услова (мера понашања) буде поверено арбитражи, у складу са условима предвиђеним у одлуци којом се одобрава концентрација. Арбитража доприноси делотворном надгледању спровођења мера, а тиме и увећавању ефеката тих мера.

Карактеристичан пример коришћења арбитраже у контроли концентрација који се наводи у литератури јесте предмет *Südzucker*, у којем је условно одобрено преузимање контроле над француским друштвом „Saint Louis Sucre“ S.A. (другим највећим произвођачем шећера у Француској), од стране друштва „Südzucker“, једног од највећих произвођача шећера на светском тржишту. Као једна од мера понашања, друштву „Südzucker“ је наметнута обавеза да годишње прода 90.000 тона шећера неком од конкурената (другом произвођачу шећера) или другом независном учеснику на тржишту на југу Немачке. Да би се осигурало спровођење ове мере, друштво „Südzucker“ је морало да закључи оквирни споразум у којем би се налазила арбитражна клаузула, којом се арбитражном суду поверава решавање свих будућих спорова који могу настати из правних односа са конкурентом поводом спровођења предвиђене мере понашања, нарочито у погледу одређивања цене шећера.⁸ Арбитража је, дакле, била предвиђена за случај спора између друштва „Südzucker“ и

tition Law (ed. Mel Marquis, Roberto Cisotta), 2015, 243 и даље; Giacomo Biagioni, „Review by national courts of arbitral awards dealing with EU competition law“, *Litigation and Arbitration in EU Competition Law* (ed. Mel Marquis, Roberto Cisotta), 2015, 281 и даље.

8 Вид. Одлука од 20. децембра 2001, бр. М.2530 – Südzucker / Saint Louis Sucre.

конкурента (или других учесника на тржишту) поводом неслагања око цене шећера или других услова у вези са конкретним уговором о продаји и испоруци шећера закљученим поводом извршења предвиђене мере по-нашања.

1. Условно одобрење концентрација

У складу са Уредбом Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године, Европска комисија може условно да одобри концентрацију, прописивањем додатних услова и обавеза (*remedies*), тј. корективних мера које учесници у концентрацији морају у утврђеним роковима да изврше пре или после спровођења концентрације.⁹ Концентрација се може условно одобрити када изазива сумњу да ће нарушити конкуренцију, па су учесници у концентрацији спремни да предузму одређене мере како би изменили околности под којима се она реализује, у циљу отклањања постојећих сумњи, односно смањења њихове тржишне моћи и успостављања конкурентских услова на тржишту који би иначе били погоршани спровођењем концентрације.¹⁰ Сврха ових мера је, дакле, очување конкурентске структуре на тржишту, односно спречавање могућег нарушавања концентрације. Предузимањем корективних мера требало би да се реши проблем могућег нарушавања конкуренције, па се концентрација може одобрити након што се утврди да су учесници испунили, односно да ће испунити обавезе и услове које су прихватили у постигнутом договору са телом надлежним за заштиту конкуренције.

У праву ЕУ, посвећује се велика пажња условном одобрењу и мерама које се том приликом могу одредити, тако да је поступак условно одобрења детаљно уређен посебним обавештењем Европске комисије о корективним мерама у складу са Уредбом 139/2004 и Уредбом 802/2004.¹¹

9 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, бр. L. 24/2004.

10 Концентрације које се условно одобравају могу се означити као *спорне концентрације*, односно као оне концентрације код којих је уочено да би могле нарушити конкуренцију, али не у толикој мери да се морају апсолутно забранити. Вид. Dubravka Akšamović, „Правни режим за концентрације poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 2/2008, 1042-1043.

11 Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 – Обавештење о корективним мерама, *OJ*, бр. C. 267/2008.

Према Обавештењу о корективним мерама, Европска комисија може прихватити предложене мере и условно одобрити концентрацију само ако сматра да се предложеним мерама у потпуности, трајно и у кратком року може спречити значајно нарушавање конкуренције, која би иначе била нарушена без спровођења тих мера.

Уобичајена подела корективних мера јесте подела на структурне мере (*structural remedies*) и мере понашања (*behavioural remedies*), која је извршена према томе да ли се услови који се постављају учесницима у концентрацији односе на структуру или на понашање учесника у концентрацији. Правила ЕУ изричито не врше ову поделу и не дефинишу врсте корективних мера, већ имају прагматичан приступ, према којем се у Обавештењу о корективним мерама само описно набрајају мере које Европска комисија може да одреди. Овакав приступ је разумљив, с обзиром на то да и у литератури постоји терминолошка неуједначеност, и да разлика између наведених мера није увек јасна, пошто се неке мере, с обзиром на њихову природу, могу сврстати у обе категорије.¹²

Имајући у виду да је сврха корективних мера очување конкурентске структуре на тржишту, Европска комисија сматра да су структурне мере прикладније и ефикасније у решавању ученог потенцијалног проблема нарушавања конкуренције. Предност се даје структурним мерама, јер оне не захтевају континуирани надзор над спровођењем мера и њима се по правилу трајно решава проблем. Ипак, овакав приступ се не сме уско тумачити, што значи да Европска комисија прихвата спровођење мера понашања уколико није могуће или није неопходно спровођење структурних мера. Европска комисија у сваком конкретном случају разматра предложене мере и усваја оне мере за које сматра да ће најефикасније решити проблем могућег нарушавања конкуренције.¹³

12 Вид. Jasminka Pecotic Kaufman, Dubravka Akšamović, Ana Pošćić, „Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u europskom i hrvatskom pravu tržišnoga natjecanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 2/2010, 979-980; Душан Поповић, „Условно одобравање концентрација у тзв. новим индустријама“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008, 707.

13 Пресудом Општег суда (некада Првостепеног суда) у предмету *Gencor / Lonrho* (CFI, 25 March 1999, *Gencor v. Commission* [1999] ECR II-753), Европска комисија је обавезана да поступа на наведени начин, тј. да мере понашања одређује у истој мери као и структурне мере, кад код је то могуће.

2. Мере понашања

Мере којима се утиче на понашање учесника у концентрацији предузимају се када постоје проблеми у вези са проналажењем (одговарајућег) купца у случају структурних мера, ако се покаже да концентрација не би била одобрена чак и када би се спровеле структурне мере, с обзиром на то да се тиме не решава проблем нарушавања конкуренције, или ако се утврди да су мере понашања повољније за учеснике у концентрацији од структурних мера и да се њима постиже исти циљ, у складу са начелом сразмерности. Мерама понашања се не утиче директно на структуру учесника у концентрацији ни на структуру тржишта, већ се њима прописује начин на који учесници у концентрацији морају да се понашају (послују) или начин на који убудуће не смеју да се понашају: постављају се захтеви за одређеним понашањем тако што се прописује обавезно поступање учесника у концентрацији у одређеном року.¹⁴

Мере понашања се сматрају нарочито прихватљивим у случају вертикалних концентрација, а најчешће се одређују у сектору телекомуникација, високих технологија, енергетском сектору, медијском сектору, финансијском сектору и др.¹⁵ У тзв. новим индустријама (нпр. интернет, мобилна телефонија, телевизијска и музичка продукција), мере понашања су изузетно важне, будући да се структурне мере у том случају сматрају неприкладним због опасности од вертикалног затварања тржишта и због тога што такве мере могу постати превазиђене услед технолошког напретка који је карактеристичан за нове индустрије и убрзани развој овог сектора.¹⁶

У највећем броју случајева, мере понашања се односе на омогућавање приступа трећих лица кључној инфраструктури, мрежама или кључној технологији, укључујући патенте, *know how* или друга права ин-

14 Неке од мера понашања могу посредно утицати и на структуру тржишта, због чега подела између структурних мера и мера понашања често није јасна. Зато се неке мере понашања сврставају у квазиструктурне мере, а неке сложене структурне мере, које укључују и поједине мере понашања, одређују као се мешовите или хибридне мере. Вид. Д. Поповић, 709; Д. Акшамовић, 1057.

15 Вид. Mladen Cerovac, „Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela“, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, 2002, доступно на адреси: http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mladen_cerovac/9_mc.pdf, 12. април 2017, 13, фн. 46.

16 Вид. Д. Поповић, 711-713; Dušan Popović, „Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment“, *European Business Organization Law Review*, бр. 4/2009, 583-584.

телектуалне својине. На тај начин се под истим условима и на транспарентан начин отвара тржиште и уклањају баријере уласку, чиме се олакшава улазак на тржиште нових учесника. Код вертикалних концентрација, посебно су значајне мере које налажу раскид или измену ексклузивних вертикалних уговора којима се ограничава приступ инпутима или приступ купцима и тиме онемогућава или отежава улазак на тржиште новим конкурентима.

У сектору телекомуникација и медија, најчешће се омогућава коришћење комуникационих мрежа и електронске инфраструктуре и повезане опреме, а у енергетском сектору се омогућава приступ капацитетима енергетских објеката.¹⁷ У ваздушном саобраћају, авиокомпанијама се нпр. одређују мере праћења понашања, које обухватају одустајање од одређеног броја дозвола за слетање (слотова), обавезу закључивања споразума о комерцијалној сарадњи (*interlining* и *code share* споразуми), смањење броја летова и др. Мерама које се односе на уступање права интелектуалне својине, учесницима у концентрацији се налаже да одустану од искључивих права која имају на основу интелектуалне својине и да их уступе трећим лицима (нпр. путем принудне лиценце у фармацеутској индустрији или омогућавањем приступа протоколима и опреми у сектору пружања медицинских услуга).

3. Арбитража и надзор над спровођењем мера понашања

Приликом условног одобравања концентрације, мере понашања се заправо одређују као мере праћења понашања учесника у концентрацији након њеног спровођења, које се могу одредити само под условом да се њима остварују идентични ефекти као у случају структурних мера.¹⁸ Њихова сврха је да се праћењем понашања задржи одређени степен надзора над понашањем учесника у концентрацији како би се могло право-времено реаговати на понашање новонасталог учесника, односно на његове пословне одлуке које би биле у супротности са сврхом мера које су одређене.¹⁹

То значи да Европска комисија мора истовремено да утврди могућност надгледања спровођења мера, јер је то неопходан услов за прихватање предложених мера понашања учесника на тржишту. Док струк-

17 Више о корективним мерама у сектору електронских комуникација (телекомуникације, медији, ИТ сектор) вид. D. Porović, 576 и даље.

18 Вид. т. 61. Обавештења о корективним мерама.

19 M. Cerovac, 13.

турне мере не захтевају додатно надгледање после спровођења, с обзиром на то да се, по правилу, одмах спроводе, мере понашања морају ефективно и континуирано да се надгледају како би се спречило да учесници у концентрацији умање или чак онемогуће остваривање ефеката спровођења ових мера.

Пошто Европска комисија не може свакодневно да прати спровођење утврђених мера, учесници у концентрацији морају првенствено да предложе именоване повереника за надгледање спровођења мера. Повереник за надзор (*monitoring trustee*) има овлашћење да прати испуњавање наметнутих услова и обавеза и да о томе обавештава Европску комисију, тј. да јој доставља извештаје. Затим, могуће је предвидети поверавање евентуалних спорова у вези са извршењем мера понашања арбитражи (укључујући национална регулаторна тела, као арбитра), с обзиром на то да су мере понашања подложне различитом тумачењу и манипулацијама учесника у концентрацији. Често се у пракси предвиђа истовремено именоване повереника за надгледање спровођења мера и обавеза поверавања евентуалних спорова арбитражи. Овакве могућности су предвиђене Обавештењем о корективним мерама, у т. бб. и 130. На тај начин, Европска комисија учесницима у концентрацији намеће као услов поверавање арбитражи решавање свих спорова који могу настати у вези са извршењем мера понашања, уз обавезу уношења арбитражне клаузуле у свим уговорима који се са конкурентима закључују поводом извршавања мера понашања.

III Пракса Европске комисије и арбитражних судова

Иако је арбитража у прописима о контроли концентрација уведена 2008. године, Европска комисија је у пракси први пут користила арбитражу у вези са праћењем мера понашања 1992. године, у предмету *Elf Aquitaine – Thyssen / Minol*.²⁰ Овом одлуком је условно одобрено стицање контроле од стране друштва „Elf Mineralöl GmbH“, подружнице друштва „Elf Aquitaine“, над друштвом, тј. рафинеријом „Minol Mineralöl Handel“ AG, у оквиру приватизације циљног друштва у Источној Немачкој. Као мера понашања, била је предвиђена обавеза за друштво „Minol Mineralöl Handel“ да омогући конкурентима приступ инфраструктури и коришћење имовине, и то путем упућивања обавезујуће јавне понуде, а била је предвиђена и обавеза арбитраже од стране независних стручњака у слу-

20 Одлука од 4. септембра 1992. године, бр. IV/M.235.

чају будућих спорова у вези са применом уговора који се закључује на основу јавне понуде.²¹ Све веће прихватање арбитраже је уследило након две одлуке Општег суда у предметима којим је потврђено одређивање мера понашања код условног одобравања концентрација, као и улога арбитраже у таквим поступцима.²²

У периоду 1992-2016, Европска комисија је условно одобрила 387 концентрација (у првој и другој фази поступка),²³ при чему је обавезу закључивања арбитражног споразума, тј. арбитражне клаузуле, предвидела у 87 одлука којим се условно одобрава концентрација (55 одлука донесених у првој фази поступка, а 29 одлука у другој фази поступка), што чини око 21% одлука од укупног броја условно одобрених концентрација.²⁴ Концентрације су реализоване у различитим секторима привреде, као што су авио саобраћај, медији, ИТ сектор, телекомуникације, фармацевтски производи и здравствене услуге, хемијска индустрија, тржиште нафтних деривата и др. У одлукама којим се условно одобрава концентрација обично се одређује врста арбитраже (*ad hoc* арбитража, стална арбитража, или регулаторно национално тело, као у случајевима COMP/M.2876 – Newscorp / Telepiù; COMP/M.3916 – T-Mobile Austria / tele.ring, COMP/M.4180 Gaz de France / Suez), место и језик арбитраже, као и све друге процедуралне карактеристике арбитраже (нпр. сарадња са Европском комисијом).

21 Више Marc Blessing, *Arbitrating Antitrust and Merger Control*, Swiss Commercial Law Series, Vol. 14, Zürich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, 91-92.

22 Вид. одлуку од 30.9.2003, бр. T-158/00 *ARD v. Commission* [2003] ECR II-3825, и одлуку од 4.7.2006, бр. T-177/04 *easyJet v. Commission* [2006] ECR II-1931.

23 Европска комисија може условно одобрити концентрацију током целог поступка, односно и у првој и у другој фази поступка. Пошто се одлука у првој фази може донети ако концентрација не изазива озбиљну сумњу у погледу нарушавања конкуренције, мере предложене у првој фази морају бити довољне да се јасно отклоне „озбиљне сумње“ да ће конкуренција бити нарушена. Ако се на основу постојећих података може закључити да би предложене мере требало да уклоне било какву опасност за конкуренцију, односно сумњу у погледу нарушавања конкуренције, без потребе да се врши детаљнија оцена ефеката предложених мера, Европска комисија ће прихватити мере и одобрити концентрацију.

24 Наведено према подацима са званичне интернет презентације Европске комисије http://ec.europa.eu/competition/mergers/overview_en.html, 12. април 2017 и према Gordon Blanke, „International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearance Decisions“, *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners* (ed. Gordon Blanke, Phillip Landolt), Vol. 2, Kluwer Law International, 2011, 1616. Више о овим случајевима вид. M. Blessing, 91-156; G. Blanke, 1616-1618.

Прву арбитражну одлуку поводом решавања спора у вези са извршењем мере понашања предвиђене одлуком Европске комисије донела је Међународна привредна привредна комора (ICC), у предмету *RTI - Rett Televisive Italiane S.P.A. v. Sky Italia S.R.I.*²⁵ Наводна спорна мера понашања била је предвиђена одлуком Европске комисије у случају *Newscorp / Telepiù* (бр. COMP/M. 2876, одлука Комисије од 2.04.2003. године), којом је условно одобрено повезивање италијанских *pay-TV* оператора Stream и Telepiù. Њиховим спајањем је основано ново друштво над којим је контролу преузела аустралијска медијска групација News Corporation Limited (даље у тексту: Newscorp) – друштво Telepiù је припадало групацији Vivendi Univerzal, а друштво Stream је било под контролом друштава Newscorp (50%) и Telecom Italia (50%). Као мера понашања у одлуци Европске комисије, између осталих, било је предвиђено да друштво Newscorp не може да стекне ексклузивно право на емитовање светских спортских догађаја, а да ће сваки спор који буде настао у вези са испуњавањем овог услова бити поверен арбитражи, конкретно ICC.

Спор пред арбитражом је покренут 2010. године, тужбом друштва RTI Italia SpA (RTI) против друштва SKY Italia Srl. (SKY – једне од подружница друштва Newscorp), свог највећег конкурента, у којој је наведено да друштво Newscorp није испунило услов (меру понашања) из одлуке Европске комисије, јер је стекло ексклузивно право да преноси утакмице са FIFA светског првенства у фудбалу 2010. године – према наводима друштва RTI, радило се о „светском спортском догађају“. ICC је отуда морао да оцени да ли је друштво Newscorp испунило услов предвиђен одлуком о условном одобрењу концентрације, а арбитражна одлука је била да друштво Newscorp није прекршило обавезе предвиђене одлуком Европске комисије (с обзиром на то да се у спору пред ICC и у поступку пред Европском комисијом радило о различитим релевантним тржиштима) и сходно томе одбио наводе друштва RTI.²⁶

Ова одлука је значајна и због тога зато што је ICC прецизирао да се поступак који се води поводом оваквих спорова има карактер уобичајене комерцијалне арбитраже и да не представља „регулаторну“ арбитражу нити инструмент за праћење извршења мера понашања, као и да Европска комисија нема овлашћења да утиче на доношење арбитражне

25 Одлука од 17. фебруара 2012. године, предмет број 16974/FM/GZ.

26 Вид. Laura Bergamini, „Analysis of Recent Competition Cases Decided by Arbitrators“, in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law* (ed. Mel Marquis, Roberto Cisotta), 2015, 306-307.

одлуке.²⁷ Суд је јасно разграничио улоге Европске комисије и арбитраже, напомињући да арбитража не може да мења услове које је одредила Европска комисија приликом условног одобравања концентрације. Арбитражна клаузула представља само додатни инструмент за заштиту права трећих лица – учесника на тржишту, која проистичу у вези са спровођењем мера понашања из одлуке о одобрењу концентрације. Суд закључује да је арбитража типичан начин приватног спровођења права конкуренције.²⁸ Имајући у виду наводе друштва NewsCorp да предметни спор није подобан за арбитражу и да тужбени затев није у складу са арбитражном клаузулом, у арбитражној одлуци је такође прецизирано да арбитражна клаузула обухвата све повреде обавеза предвиђених одлуком о одобрењу концентрације и заштиту права трећих лица којима су права повређена због непоштовања предвиђених обавеза.²⁹

IV Значај арбитраже у контроли концентрација

Ефекти примене арбитраже у контроли концентрација зависе од прихватања арбитражне клаузуле од стране треће стране, с обзиром на то да она није обавезна да пристане на поверавање будућих спорова арбитражи, већ само има могућност да то прихвати. Ипак, улога арбитраже није тиме умањена, јер је пракса показује да су конкуренти спремни да спор повере арбитражи управо због бројних предности арбитраже, од које користи има и Европска комисија: брзина и флексибилност поступка, могућност избора специјализоване арбитраже, стручност арбитрара, олакшано признање и извршење арбитражне одлуке, уштеда трошкова, неутралност, нејавност и поверљивост поступка, и др.

Европска комисија задржава своја јавноправна овлашћења (да оцењује ефекте концентрације и надзире испуњавање услова за одобрење концентрације, да изриче новчане казне, да одређује мере деконцентрације, да мења постављене услове за одобрење концентрације, да поништи одлуку због неиспуњавања услова и сл.). Уколико странка не поступи по арбитражној одлуци, Европска комисија ће сматрати да није испуњен услов за одобрење концентрације. Дакле, улога арбитраже није да замени Европску комисију у примени прописа о заштити конкуренције, односно контроли концентрација, нити Европска комисија може да делегира сво-

27 Вид. Luca G. Radicati Di Brozolo, „EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia“, *Arbitration International*, бр. 2/2013, 223.

28 Вид. L. G. Radicati Di Brozolo, 223-228.

29 Вид. L. G. Radicati Di Brozolo, 233 и 238-241.

ја овлашћења арбитражи. Арбитража има важну комплементарну улогу у јавноправном спровођењу права конкуренције, док Европска комисија у поступку у арбитражи може да поступа само као *amicus curiae*: да прима све поднеске странака у поступку, да поставља питања странкама, сведоцима и вештацима, да доставља неопходне податке арбитражи (нпр. о релевантном тржишту), даје обавезујућа тумачења постављених услова у одлуци о одобрењу концентрације.

Имајући у виду велики комерцијални значај арбитраже у пословном свету, може се очекивати још веће јачање улоге арбитраже у поступцима контроле концентрација пред Европском комисијом. У Републици Србији оваква пракса не постоји, што је и разумљиво с обзиром на веома мало условно одобрених концентрација. Остаје зато да се види на који начин и када ће се у Србији успоставити пракса која већ дуги низ година постоји у ЕУ.

Ivana RAKIĆ, PhD

Commission for Protection of Competition, Belgrade

THE ROLE OF ARBITRATION IN MERGER CONTROL CASES – PRACTICE OF EUROPEAN COMMISSION

Summary

The author examines the role of arbitration in merger control cases in EU and gives an overview of practice of European commission, considering the enforcement of behavioural commitments under conditional EU merger clearance decisions adopted by the European Commission in its merger control practice. The author points out that arbitration could be an efficient adjudication for the control of the merging parties' behaviour, concerning the commitments they have undertaken in order to ensure a clearance Commission decision that will approve their implementation.

Key words: *arbitration clause, arbitrability, arbitration, merger control, competition law, EU.*