

Др Ивана РАКИЋ*

Др Бојан РИСТИЋ**

О ПОТРЕБИ ДОНОШЕЊА СМЕРНИЦА ЗА ОЦЕНУ ХОРИЗОНТАЛНИХ КОНЦЕНТРАЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт

У овом раду ће бити указано на значај и потребу доношења смерница за оцену хоризонталних концентрација учесника на тржишту у Републици Србији. Смернице би представљале покушај да се приближи и појасни пракса Комисије за заштиту конкуренције у области контроле концентрација. Потреба је чак и већа ако се има у виду да актуелни прописи не праве разлику између хоризонталних и нехоризонталних концентрација, чиме се могу створити недоумице код учесника на тржишту поводом поступака и анализа које Комисија спроводи. Недостатак теста претпостављеног монополисте при дефинисању релевантног тржишта, као и тзв. критеријума „сигурне луке“ (safe harbour) при оцени ефеката хоризонталних концентрација, неразликовање унилатералних и координираних ефеката, и недовољна одређеност критеријума за оцену концентрација, неки су од разлога да се размотри неопходност доношења смерница. Смернице би подигле правну извесност у овој области, чинећи поступак који Комисија спроводи транспарентнијим свим заинтересованим странама. Анализом постојећих прописа, искустава и ограничења у њиховој примени, те прегледом решења најбоље упоредне праксе, биће учињен покушај да се формирају принципи за доношење недостајућих смерница. На основу искустава најразвијенијих пракси из

* Аутор је и 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.

** доцент, Економски факултет Универзитета у Београду

ове области, испоставља се да је партнерство Комисије и академске заједнице битна карика у овом процесу.

Кључне речи: хоризонталне концентрације, смернице, право конкуренције, ЕУ, САД

І Увод

У упоредном праву, контрола концентрација представља изузетно значајан елемент права конкуренције – тзв. трећи стуб политике заштите конкуренције, јер се применом прописа о контроли концентрација могу забранити оне концентрације којима се може нарушити конкуренција на тржишту. Контролом концентрација спречава се стварање неповољних тржишних структура које представљају основе за неконкурентска тржишна понашања (закључивање рестриктивних споразума и злоупотребу доминантног положаја), због чега се контрола концентрација сматра веома важним инструментом за очување конкурентских тржишних структура које могу да генеришу повољне ефекте по економску ефикасност, а тиме и по друштвено благостање.

Концентрације се могу одредити као различити облици статусног или уговорног обједињавања учесника на тржишту којима се на трајној основи мења контрола над једним или више учесника на тржишту и којима се они доводе под заједничку контролу, чиме се остварује пословно јединство свих учесника у концентрацији који су до тада били независни.¹ Правни облици концентрација јесу спајања привредних друштава, преузимања контроле и одређени облици заједничког улагања (*joint venture*).

Контрола концентрација најчешће има превентиван карактер, па се спроводи пре њене реализације. У упоредном праву је прихваћено да се контрола концентрација врши пре спровођења концентрације, па учесници на тржишту који намеравају да спроведу концентрацију морају да је пријаве телу надлежном за заштиту конкуренције и да добију одобрење за њено спровођење, под условом да пријављена концентрација подлеже контроли, односно да се на њу могу применити прописи о контроли концентрација. Концентрације се сматрају *a priori* пожељним активностима на тржишту, јер се спровођењем концентрација остварују бројне користи за учеснике на тржишту и за привреду. Најважнија

1 Вид. Ивана Ракић, „Концентрације привредних субјеката у Републици Србији са освртом на право Европске Уније“ (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 9.

корист од спровођења концентрација јесте увећање економске ефикасности, која настаје као последица економије обима и економије опсега.

Упркос томе што се спровођењем концентрација остварују бројне користи, оне имају и одређене негативне ефекте услед којих конкуренција може бити значајно нарушена. Концентрацијама се утиче на структуру тржишта смањивањем броја тржишних учесника, па се тако олакшава међусобно усаглашавање преосталих конкурената и закључивање рестриктивних споразума између њих. Истовремено, увећањем тржишне моћи учесника у концентрацији и слабљењем конкурентских притисака са којима су суочени, настаје опасност да ће повезани учесници на тржишту злоупотребити стечену тржишну моћ. Могући негативни ефекти концентрација на конкуренцију сврставају се у две основне групе – унилатералне и координиране ефекте.²

Унилатерални ефекти су најизраженији у случају хоризонталних концентрација, јер је слабљење међусобних конкурентских притисака последица директног утицаја концентрације на тржишну структуру.³ Хоризонталне концентрације смањују број учесника на тржишту који су активни на релевантном тржишту и увећавају тржишну концентрацију, за разлику од нехоризонталних концентрација, које немају овакав утицај на тржишну структуру.⁴ Учесници у хоризонталној концентрацији су међусобни конкуренти, па се њиховим повезивањем могу непосредно уклонити важни међусобни конкурентски притисци који су постојали пре концентрације, будући да након концентрације нестане значајан конкурент са тржишта.

2 Унилатерални или некоординирани ефекти јављају се због стицања, односно јачања тржишне моћи учесника у концентрацији, будући да након концентрације нестане значајан конкурент са тржишта. Координирани ефекти се огледају у лакшем међусобном усаглашавању преосталих учесника након концентрације, па се, с обзиром на мањи број тржишних учесника, повећава вероватноћа закључивања рестриктивних споразума, односно настанка и одржавања картела.

3 Хоризонталним концентрацијама се повезују директни конкуренти на тржишту, односно учесници на тржишту који нуде исте или заменљиве производе на одређеном географском подручју.

4 У нехоризонталне концентрације спадају вертикалне и конгломератске концентрације. Вертикалне концентрације се реализују између учесника на тржишту који послују на различитим нивоима истог производног ланца. Конгломератске концентрације се дефинишу негативно – као концентрације које нису ни хоризонталне ни вертикалне, пошто су учесници у конгломератској концентрацији учесници на тржишту који послују на различитим, међусобно неповезаним тржиштима, између којих нема хоризонталног или вертикалног преклапања.

Отуда се на хоризонталне концентрације примењују строжи критеријуми од критеријума који се примењују на нехоризонталне концентрације, јер су оне најзначајнији узрок стварања неконкурентних тржишних структура и могу имати знатно теже последице по конкуренцију од нехоризонталних концентрација. Иако све врсте концентрација могу утицати на настајање неконкурентних тржишних структура, разликују се начини на који такве структуре настају, у зависности од тога која врста концентрација се спроводи. Хоризонталне концентрације непосредно утичу на стварање неконкурентних тржишних структура, директним умањивањем конкуренције на тржишту (смањивањем броја конкурената), а вертикалне и конгломератске концентрације могу посредно да утичу на конкуренцију, првенствено успостављањем баријера уласку новим конкурентима, односно контролом процеса уласка на тржиште.⁵ Због тога се вертикалне и конгломератске концентрације и сврставају у једну групу, тзв. нехоризонталне концентрације, будући да на другачији начин могу угрожити конкуренцију на тржишту од хоризонталних концентрација.

Имајући у виду да постоји разлика у начину на који хоризонталне и нехоризонталне концентрације утичу на конкуренцију, неопходно би било детаљније осветлити ову проблематику, што свакако превазилази оквире било ког закона из области заштите конкуренције. Пракса развијених система заштите конкуренције је да прописују смернице за оцену концентрација, које имају за циљ да јасније дефинишу критеријуме за оцену концентрација и поступање тела надлежног за заштиту конкуренције у тим случајевима. Са тим у вези пожељно би било засебно дефинисати смернице за хоризонталне и нехоризонталне концентрације, по угледу на сличне документе најразвијенијих тела за заштиту конкуренције, где се пре свих мисли на Сједињене Америчке Државе и Европску унију. Делом због чињенице да постоји значајнија бојазан да хоризонталне концентрације могу довести до угрожавања конкуренције, а делом због тога што је то устаљен след догађаја у поменутих најразвијенијим праксама, ваљало би поћи од смерница за хоризонталне концентрације. Овај рад има за циљ да укаже на значај ове теме за систем заштите конкуренције у Србији, на евидентну потребу доношења смерница за оцену кон-

5 Борис Беговић *et al.*, *Антимонополска политика у СР Југославији – Анализа постојећих тржишних структура и антимонополских институција*, Центар за либерално демократске студије, Београд, 2002, 126.

центрација, да укаже на угледне документе из ове области и да пружи принципе на којима ће се смернице ове врсте формирати.

II Значај смерница за контролу концентрација

Концентрације нису забрањене *per se*, већ тело надлежно за заштиту конкуренције мора да примени одговарајући правни стандард приликом испитивања концентрације и да на основу различитих критеријума процени ефекте концентрације на конкуренцију и донесе одлуку о њеном спровођењу – одобити је или забранити. Зато се бројним актима ближе уређују многа питања у поступку контроле концентрација, како би се увећала правна сигурност и успоставио систем контроле који омогућава свеобухватну оцену ефеката концентрација.

У праву Републике Србије, контрола концентрација је установљена Законом о заштити конкуренције из 2005. године, када је основана и Комисија за заштиту конкуренције (даље у тексту: Комисија). Комисија је прихватила модел *ex-ante* контроле концентрација, према којем се контрола концентрација врши пре њиховог спровођења. Одобрење Комисије је неопходно да би концентрација била спроведена. У поступцима контроле концентрација, тест за оцену дозвољености концентрација (*substantive test*) једнако се примењује на све поменуте врсте концентрација. Ипак, узимајући у обзир разлике у погледу концентрација, приликом испитивања концентрација могу се применити посебна правила, односно различити критеријуми за оцену хоризонталних и нехоризонталних концентрација. Терет доказивања негативних ефеката концентрације је на Комисији.

Приликом оцене хоризонталних концентрација, Комисија примењује Закон о заштити конкуренције,⁶ јер не постоји други правни извор у погледу ових питања, као ни смернице за хоризонталне концентрације. Комисија се при томе угледа на праксу Европске комисије, па често примењује критеријуме који постоје у праву ЕУ, посебно у Смерницама ЕУ о за оцену хоризонталних концентрација.⁷ Може се, дакле, закључити да се Комисија руководи праксом која постоји у ЕУ и да се придржава услова који су утврђени у Смерницама ЕУ за оцену хоризонталних концентрација, иако се некада то изричито не наводи. Овакво поступање је у складу

6 Службени гласник РС, бр. 51/09 и 95/13, даље у тексту ЗЗК.

7 Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, O.J., бр. С. 31/2004.

са Споразумом о стабилизацији и придруживању који предвиђа обавезу правилне и делотворне примене и спровођења права усклађеног са правом ЕУ, што значи и тумачење усклађеног права у складу са правом ЕУ.

Примена усклађених прописа на наведени начин може створити одређене недоумице и тешкоће у пракси, па би због тога било боље да Комисија ипак донесе посебне смернице за спровођење Закона о заштити конкуренције којима би детаљно уредила бројна питања у вези са концентрацијама. Једна од надлежности Комисије управо јесте то да доноси упутства и смернице за спровођење Закона о заштити конкуренције.⁸

У прописима Републике Србије није извршена подела концентрација, тако да не постоје посебна правила за оцену различитих врста концентрација. У том погледу било би веома корисно да Комисија утврди посебне смернице како за хоризонталне тако и за нехоризонталне концентрације, чиме би се значајно допринело правној сигурности и извесности у пословању учесника на тржишту. Потребно је разликовати поједина правила за оцену хоризонталних и нехоризонталних концентрација, јер се разликују и механизми којима ове врсте концентрација утичу на стварање неконкурентних тржишних структура и тиме на конкуренцију. На хоризонталне концентрације би требало применити другачије и уопште узев строже критеријуме за оцену, јер су оне најзначајнији узрок стварања неконкурентних тржишних структура. На тај начин би били утврђени јасни критеријуми за оцену концентрација и примену закона, односно за поступање Комисије приликом спровођења закона.

Израда посебних смерница, нарочито у области контроле концентрација, оправдано се сматра важном препоруком за унапређење политике заштите конкуренције у земљи,⁹ јер се на тај начин умањује регулаторни ризик – ризик који је заснован на неизвесности у погледу прописа, неизвесности њихове промене или, најчешће, неизвесности у погледу њихове примене и конкретних одлука државних тела.¹⁰ Непрецизне законске одредбе и нејасни правни стандарди пружају широке могућности за интерпретацију, што утиче на стварање и увећавање регулаторног

8 Вид. члан 21. став 1. тачка 5) ЗЗК.

9 Вид. Бојан Ристић, Вељко Мијушковић, „Препоруке за унапређење политике заштите конкуренције у Србији на основу досадашњих искустава и упоредне анализе више земаља“, *Квартални мониторинг* 31/2012, 75-76.

10 Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали* 2/2009, 74.

ризика. Тај ризик би се могао умањити, почевши од доношења посебних смерница за оцену хоризонталних концентрација.

Комисија има разноврсну и богату праксу у погледу испитаних хоризонталних концентрација, што говори у прилог неопходног искуства и зрелости за доношење смерница овог типа. Већина ових концентрација се одобрава у скраћеном поступку, при чему је од 2005. године у само два случаја донета одлука о забрани, а у 19 случајева одлука о условном одобрењу концентрација.¹¹

III Упоредна пракса

Циљ овог поглавља је да прокрчи пут утемељењу принципа за формирање недостајућих српских смерница за оцену хоризонталних концентрација. Барем када је реч о подухвату доношења смерница, покушаћемо да се ставимо у ту улогу темељећи их на искуствима најбоље упоредне праксе, правној и економској логици и досадашњем искуству система за заштиту конкуренције у Републици Србији. Искуство указује на могућности да се економске анализе хоризонталних концентрација спроводе у пракси. Резултат тога би требало да буде документ (смернице) који је у складу са постојећим прописима из ове области, економском теоријом, али и могућностима да се анализе које предвиђа спроводе у перспективи. Што је извесно, овај документ не би требало да представља превод смерница других земаља, иако би се ослањао на садржај и аргументацију која стоји у смерницама најразвијенијих пракси, САД и ЕУ. Свакако, у разматрање би требало уврстити и друге оригиналне покушаје да се ова проблематика расветли. Пре свега, вредело би размотрити националне смернице земаља чланица ЕУ и кандидата за улазак у ЕУ, али и свих других националних система заштите конкуренције са сличном организацијом система заштите конкуренције. У крајњој линији, сви развијени системи заштите конкуренције, укључујући заштиту конкуренције коју је развила Европска комисија, потичу и заснивају се на америчком искуству из ове области права. И по правилу, са временским помаком, мање или више софистицирано следе утабане путање америчког система.

1. Смернице САД

У праву САД, укрупњавање учесника на тржишту уређује се правилима о заштити конкуренције још од 1890. године, када је

11 Вид. годишње извештаје о раду Комисије, објављене на сајту <http://www.kzk.gov.rs/izvestaji>.

Шерманов закон одређеним одредбама забранио оне облике повезивања тржишних учесника којима се ограничава трговина или која се врше у циљу монополисања тржишта.¹² Међутим, ове одредбе нису могле да обезбеде заштиту конкуренције, будући да су се односиле на закључивање рестриктивних споразума, односно картела, и на (покушаје) монополисања тржишта. Због тога је 1914. године, Клејтоновим законом, у члан 7, уведена забрана спровођења концентрација које значајно умањују конкуренцију,¹³ а 1950. године је усвојен Селер-Кифоверов закон против концентрација (*Celler-Kefauver Antimerger Act of 1950*), којим је измењен чл. 7. Клејтоновог закона и којим је примена правила о контроли концентрација проширена и на концентрације које се спроводе куповином имовине, а не само куповином акција, односно удела у другом учеснику на тржишту. Изменама Клејтоновог закона из 1976. године (*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*), уведена је претходна контрола концентрација и обавеза учесника на тржишту да пријаве концентрацију која прелази законом утврђене финансијске прагове. Учесници у концентрацији смеју да спроведу концентрацију тек када добију одобрење Савезне трговинске комисије (*Federal Trade Commission*) и Антимонполског одељења Министарства правде (*Antitrust Division of Department of Justice*), који су надлежни за контролу концентрација.

Критеријуми за оцену концентрација ближе су уређени смерницама за оцену хоризонталних концентрација које доносе Министарство правде и Савезна трговинска комисија. Иако нису обавезне за Министарство правде и Савезну трговинску комисију, смернице о концентрацијама одражавају праксу ових органа и утичу на одлучивање судова, тако да значајно доприносе правној сигурности учесника на тржишту. Министарство правде је 1968. године донело прве Смернице о концентрацијама (*Merger Guidelines*), а последње, Смернице о хоризонталним концентрацијама (*Horizontal Merger Guidelines*) донете су 2010. године.

Смернице из 2010. године усвајају нови приступ који Министарство правде и Савезна трговинска комисија примењују у анализи концентрација. Смернице су усмерене на методе директне процене ефеката које концентрације имају на конкуренцију и зато више не наглашавају пресудност улоге коју утврђивање релевантног тржишта има у овој анализи. Такође, донекле је измењен и тест претпостављеног

12 Вид.. Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C, чл. 1-2.

13 Вид. Clayton Antitrust Act of 1914.

(хипотетичког) монополисте, али не и кључност његове улоге у дефинисању релевантног тржишта. У литератури се указује на то да релевантно тржиште има мању, али још увек значајну улогу у анализи концентрација због чега ће Министарство правде и Савезна трговинска комисија ипак наставити да утврђују релевантно тржиште у поступцима оцене хоризонталних концентрација.¹⁴

Уопште узев, стиче се утисак да нове америчке смернице примењују релаксиранији приступ контроли хоризонталних концентрација, који не следи стриктно задате кораке који нужно почињу са дефиницијом релевантног тржишта. Слеђење корака је био део претходних смерница. Пракса је показала да се овај метод показао неефикасним и често неспремним да одговори на сложеније аналитичке захтеве. Примера ради, већ на тржиштима диференцираних производа стриктна примена теста хипотетичког монополисте захтевала би јасну хијерархију свих могућих супститута од најближих до најдаљих, па и економетријску оцену комплетног система тражње. У новим смерницама такав приступ је унапређен, па самим тим и олакшан чињеницом да поредак супститута није неопходно формирати. Значајна оријентација ка ефектима указује на то да полигон за ефективну конкуренцију не мора потицати од редоследа супститута. Тиме се укида нужност да се у свакој итерацији теста претпостављеног монополисте додаје први најближи супститут.

Коначно, с разлогом овај приступ би се могао окарактерисати и као еклектички, будући да на све доступне начине тежи да омогући утврђивање ефеката концентрације на усвојени критеријум заштите конкуренције, не величајући, али и не искључујући дефинисање тржишта и на њему заснованих удела.¹⁵

Вреди напоменути да је сваки елемент анализе америчких смерница пропраћен пажљиво бираним реалним примером. На тај начин се сложена економска теорија спушта до нивоа могућности да је у доброј мери разумеју све заинтересоване стране. Тиме се не умањује прецизност документа, али се повећава његова приступачност.

Колико су смернице значајне за заштиту конкуренције у САД говори и то да се оне доживљавају као манифест актуелног ступња разви-

14 Вид. Ивана Ракић, „Relevant market definition and SSNIP test under the 2010 US Horizontal Merger Guidelines“, *Страни правни живот*, бр. 3/2012, 95. и даље.

15 Вид. Carl Shapiro, “The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 1, 700-760.

јености методологије из домена заштите конкуренције. Примера ради, у част педесетогодишњице усвајања првих смерница за контролу концентрација, један угледни часопис из домена индустријске организације тим поводом је издао своје специјално тематско издање. Баш тим поводом часопис је окупило бројне савременике развоја смерница, еминентне стручњаке и научнике из ове области.¹⁶

2. Смернице ЕУ

Регулисање хоризонталних концентрација учесника на тржишту ЕУ спада у надлежност Европске комисије. Земље чланице ЕУ такође имају своје прописе и своју праксу, која се у одређеним сегментима разликује од земље до земље, али и у односу на прописе и праксу коју следи Европска комисија.

Уредба ЕУ о концентрацијама из 2004. године усвојена је у оквиру модернизације права конкуренције ЕУ и представља основни извор права ЕУ у области контроле концентрација.¹⁷ Уредба је задржала основна решења на којима се заснивала претходна уредба, а најзначајнијом променом се сматра увођење новог теста за оцену концентрација, тј. теста значајног нарушавања делотворне конкуренције (*SIEC* тест – *significant impediment of effective competition test*). Овај тест представља основни материјално-правни критеријум који се примењује приликом оцене концентрације на основу којег Европска комисија утврђује да ли може да одобри концентрацију (безусловно или условно) или мора да је забрани.¹⁸

Поред Уредбе о концентрацијама, као извори права ЕУ у области контроле концентрација примењују се и други извори (уредбе и обавештења) којима су детаљно уређена бројна питања предвиђена Уредбом ЕУ о концентрацијама, укључујући утврђивање релевантног тржишта. Приликом испитивања концентрација, Европска комисија примењује и смернице које самостално доноси, али које нису правно обавезујуће. Ипак, смернице су веома битне за оцену концентрације и за примену правила о контроли концентрација, будући да се у њима огледа повратни утицај праксе Европске комисије и судова ЕУ на утврђивање критеријума за

16 Вид. George A. Hay, "The 1968 Merger Guidelines: Editor's Introduction", *Review of Industrial Organization*, Springer, Vol. 53(4), 421-433.

17 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *OJ*, L. 24/2004.

18 Члан 2(3) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

оцену концентрација и на доношење прописа о контроли концентрација. Реч је о Смерницама за оцену хоризонталних концентрација и Смерницама за оцену нехоризонталних концентрација.¹⁹ Смернице за оцену концентрација у том смислу дају важне одговоре на питања у вези са анализом ефеката свих врста концентрација, а у складу са захтевима судова о пружању уверљивих доказа о угрожавању конкуренције, што се може видети у одлукама које је Европска комисија донела после усвајања Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Тиме се остварује важна предвидљивост и правна сигурност за учеснике на тржишту у погледу хоризонталних концентрација.

За разлику од америчких смерница, који сутеришу еkleктички приступ, пре заснован на ефектима, него на дефиницији релевантног тржишта, европске смернице следе приступ сукцесивних корака који управо почињу дефиницијом релевантног тржишта. При томе, за разлику од америчких смерница ток дефинисања релевантног тржишта није део смерница већ је регулисан посебним Обавештењем о дефинисању релевантног тржишта.²⁰ Приметимо да засебна уредба за дефинисање релевантног тржишта постоји и кад је реч о пракси заштите конкуренције у Републици Србији. Форма, као и тон смерница ЕУ, готово законски је стриктна и без додатих примера који би помогли разумевању ове проблематике, што је такође различито у односу на америчке смернице.

3. Други примери из упоредне праксе

Поред наведених водећих пракси, постоје и други, бројни примери успешне транспозиције праксе националних тела за заштиту конкуренције у формат смерница за оцену концентрација. Без намере да сваки појединачни случај засебно разматрамо, указаћемо на неке од основних уочених карактеристика примера смерница које постоје у упоредној пракси. У шаренилу форми и садржина, ови примери се грубо могу поделити на документа инспирисана америчком праксом, она које су настала по угледу на праксу ЕУ, али и она које су покушала да узму најбоље од оба система. Разлике у смерницама постоје у зависности од тога да ли

19 Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (*O.J.*, бр. С. 265/2008).

20 Значајно пре доношења актуелних смерница, Европска комисија је 1997. године донела обавештење којим уређује дефиницију релевантног тржишта. Вид. Commission Notice on the definition of relevant Market for the purposes of Community competition law, *Official Journal of the European Union*, 1997 (OJ C 372).

укључују проблематику дефинисања релевантног тржишта или је та садржина предмет посебних правила. Познато је да је интегрисање смерница за хоризонталне концентрације и смерница за дефинисање релевантног тржишта карактеристично за амерички систем. Очекивано, Канада и Јапан, по угледу на америчке смернице, интегришу дефиницију релевантног тржишта у оквиру смерница за оцену хоризонталних концентрација. Међутим, то исто чине и понеке европске земље, као на пример Чешка и Пољска, за које би се очекивало да дословно прате праксу Европске комисије – што, барем када су смернице у питању, не мора бити случај.

С друге стране, оба највећа система праве јасно подвајање хоризонталних и нехоризонталних концентрација, док понеке националне смернице обједињују ове проблематике у оквиру истог документа, као што је случај са Канадом, Немачком и Уједињеним Краљевством Велике Британије и Северне Ирске.

Земље чланице ЕУ које немају смернице, а имају праксу регулисања хоризонталних концентрација, као компромисно решење углавном користе смернице Европске комисије. Пример за то су Грчка, Словачка и Бугарска. Србија, као кандидат за чланство у ЕУ, може се придружити овој групи, имајући у виду устаљена позивања Комисије на елементе ових смерница.

Као посебно оригиналне, будући да представљају мешавину утицаја оба критична пола, могу се издвојити документи Уједињеног Краљевства, Немачке и Финске.

Кад је реч о Уједињеном Краљевству, логичан је утицај америчког система, будући да су им историјски токови значајно испреплетани, али и чињеницу да имају сличне одлике правних система заснованих на енглеском праву. Тек 1998. године, Уједињено Краљевство је доношењем Закона о конкуренцији (*Competition Act*), довело у склад своје националне законе са фундаменталним принципима заштите конкуренције на нивоу ЕУ. Смернице Уједињеног Краљевства поводом хоризонталних концентрација,²¹ попут америчких, укључују дефиницију релевантног тржишта и проблематику ценовне дискриминације. С једне стране, форма и сам тон смерница су пре европског него америчког типа, а с друге стране, у примени је тест значајног умањења конкуренције (тест *SLC – Substantial Lessening of Competition*), који више одговара садржини аме-

21 Вид. Merger Assessment Guidelines, CC2 (Revised), OFT1254, September 2010.

ричких смерница, будући да је заснован на прорачуну непосредних ефеката концентрација учесника на тржишту.

Формирање модерног права конкуренције у Немачкој било је под снажним интелектуалним утицајем стручњака са Харварда, али и чувене немачке Ордо-либералне школе, која се ставља у везу са економистима и правницима са Универзитета из Фрајбурга. Попут Европске комисије, немачке смернице употребљавају тест *SIEC*,²² који је добијен компромисом између поменутог теста *SLC* и теста доминације.²³ Оне не укључују дефиницију релевантног тржишта, с тим што, у оквиру истог документа, укључују разматрања у вези са вертикалним и конгломератским концентрацијама.

Финске смернице,²⁴ као и смернице Европске комисије, полазе од теста *SIEC* при оцини ефеката хоризонталних концентрација, укључују дефиницију релевантног тржишта која је јасно заснована на тесту претпостављеног монополисте, као и проблематику ефеката нехоризонталних концентрација. Уопште узев, овим смерницама дат је целовит оквир проблематици концентрација у детаљној, више „монографској“, а мање „стриктно-законској“ форми. Поред стандардног садржаја смерница који описује главне аналитичке технике при доказивању ефеката концентрација, укључени су и сви други елементи, неопходни за примену закона (опис процедуре надлежног тела, одређивање обавезе пријаве концентрације, обрачун прихода учесника, поступак подношења пријаве концентрације, па чак и посебан осврт на концентрације унутар специфичних грана које су регулисане посебним законима, какав је случај са дистрибуцијом електричне енергије).²⁵

IV Принципи и препоруке

У циљу комплетирања регулаторног оквира за хоризонталне концентрације, нужно би било донети смернице за оцену ефеката ових концентрација, по угледу на поменути најбољу упоредну праксу. Свакако,

22 Вид. Bundeskartellamt, „Guidance on Substantive Merger Control”, 2012.

23 Више о поменутих тестовима видети у Ioannis Kokkoris, „Merger Control in Europe: The Gap in the ECMR and National Merger Legislations”, Routledge research in competition law, 2011, 38-49.

24 Вид. FCA, „Finnish Competition Authority (FCA) Guidelines on Merger Control: Guidelines on the Application of the Competition Act, 1/2011”, 2011.

25 Поред наведених, неке од земаља које имају смернице за оцену концентрација су нпр. Аргентина, Аустралија, Бразил, Чиле, Израел, Кина, Хрватска, Данска, Француска, Мађарска, Ирска, Кореја, Македонија, Нови Зеланд, Португал, Румунија, Русија, Сингапур.

смернице би морале да се уклопе у постојеће прописе Републике Србије, тако да одговарају досадашњем искуству и постигнућима Комисије у спровођењу закона.

При састављању смерница требало би водити рачуна да исте не служе да замене закон, већ да на бази закона дефинишу практичне кораке спровођења поступка контроле концентрација. Тиме би се заинтересованим странама пружио одговор на питање како Комисија спроводи контролу концентрација у пракси, што не било у контрадикцији са законом, чије су постојеће одредбе крајње опште и подложне за даљу разраду у оквиру смерница.

Као што је напоменуто, вредело би избећи замку непосредног преношења решења наведених угледних пракси са значајнијим искуством у спровођењу овог домена права. Ипак, ослањање на већ утемељена решења је сасвим пожељно, како би се избегло учење на сопственим грешкама и убрзао процес сазревања младог система за заштиту конкуренције. Коначно, текст смерница би указивао на ниво софистицираности процедуре коју спроводи Комисија. Сам каснији развој смерница био би заснован на расту искуства од њихове примене и унапређењу аналитичке апаратуре са којом Комисија располаже. Пошто је реч о аналитички најсложенијој области права конкуренције, развој смерница представљао би манифест развоја система заштите конкуренције у Србији.

Недвосмислено, контрола хоризонталних концентрација је најзахтевнији вид анализе из области заштите конкуренције и заснива се на резултатима економске теорије и алатима за њихову примену прилагођених у складу са искуством и ограничењима у вођењу ове политике. У том смислу, изазов је сачинити документ који би ваљано обухватио сва постојећа питања, а притом је довољно једноставан за разумевање. Зато би приликом формирања недостајућих смерница требало би водити рачуна да оне морају да садрже три кључне димензије и то: **а)** нормативну, **б)** позитивну и **в)** информативну.²⁶

а) Смерницама би требало да буде одређен критеријум тј. стандард регулације у складу са циљем закона на који се регулација примарно ослања, што чини њихову нормативну димензију. Чињеница да би се смернице специјализовано односиле само на хоризонталне концентрације, пружа

26 Вид. Miguel De la Mano, "For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control", *Enterprise Papers*, No 11, 2002, Enterprise Directorate-General of European Commission.

могућност да се ближе уреде критеријуми за њихову оцену, будући да се актуелни тест за оцену дозвољености концентрација (*substantive test*) без изузетка примењује на све поменуте врсте концентрација.

б) Смернице би требало да прецизирају начин на који се практично примењују критеријуми за оцену дозвољености концентрација, нарочито у погледу утврђивања тржишних удела, нивоа и промена тржишне концентрације, процена ефикасности и других фактора са позитивним дејством на конкуренцију, али и негативних утицаја до који доводи повећана тржишна моћ учесника на тржишту након концентрације. Логика критеријума „сигурних лука“ која се заснива на мерилима тржишне концентрације (углавном на Херфиндал-Хиршмановом индексу) требала би да уважи величину и концентрисаност домаћих тржишта. Преношење туђих димензија „сигурних лука“ може бити несврсисходно, чинећи на пример да се већина концентрација нађе у зонама високе концентрације, ако домаћа тржишта уобичајено карактерише висок степен концентрације. Такође, да би се ова димензија употпунила, требало би направити простор за софистициране економске технике као што су симулације спајања, анализа коефицијента преусмеравања (*diversion ratio*), анализа критичног губитка (*Critical Loss Analysis*), тест притиска на повећање цене (*Upward Pricing Pressure*) и др. У сваком случају, реч је о комплементарним техникама, које не искључују традиционалну анализу засновану на дефиницији релевантног тржишта. На тај начин омогућило би се обогаћивање доказа, што би смањило простор за грешке регулације I и II врсте, што би механизам контроле хоризонталних концентрација у Србији приближило поменутом еклектичком приступу. У аналитичком смислу, ниједна од поменутих техника не захтева додатне податке, ресурсе и знања у односу на дефиницију релевантног тржишта применом теста претпостављеног монополисте.

Евидентно је да је ова димензија усмерена ка расветљавању корака или целине регулаторне процедуре, са изузетком дефинисања релевантног тржишта, што је област која је већ дефинисана постојећом уредбом. Остаје отворено питање да ли би у постојеће прописе требало увести тест претпостављеног монополисте и да ли би проблематиком дефинисања релевантног тржишта требало да се баве и смернице, по угледу на САД. Такође, имајући у виду америчке смернице, питање је да ли би Комисија требало да прилагоди угао анализе у ситуацији кад барем један од уче-

сника хоризонталне концентрације стално или спорадично примењује ценовну дискриминацију.²⁷

Конечно, у оквиру ове димензије јасно би требало разликовати унилатералне од координираних ефеката по угледу на готово све помену-те референтне праксе, дефинисати аргументе за одбрану концентрација, осветлити проблематику баријера уласку на тржиште и супротстављене моћи купаца.

в) Последње, али не и мање важна димензија, односи се на информативну улогу смерница. Кад је реч о конкретной хоризонталној концентрацији, смернице би требало да пруже информативну подршку свим заинтересованим странама тим поводом, чиме би се значајно подигао ниво правне извесности кад је контрола хоризонталних концентрација у питању. Утемељење ове димензије налази у потреби да се учесницима на тржишту стави јасно до знања које критеријуме концентрација мора да задовољи да би била одобрена, или пак јасно да стави до знања када концентрација може да задовољи критеријуме „сигурне луке“. То би значило да смернице треба посматрати као документ који значајно олакшава пословно планирање учесника на тржишту који намеравају да се интегришу. Мање стриктна форма и тон смерница, уз пажљиво биране примере оних тачака које саме по себи могу бити проблематичне за разумевање, може бити значајно с аспекта информативне улоге смерница.

V Закључак

Анализа у овом раду указала је на то да Републици Србији недостају одређена правила о контроли концентрација којима би се могла детаљније уредити поједина питања која се на њих односе. Реч је о јасном разликовању врста концентрација, унилатералних ефеката концентрација од координираних ефеката, прецизнијем дефинисању критеријума за оцену (хоризонталних) концентрација, пружању аргумената за одбрану концентрација и др. Доношењем посебних смерница које би уредиле наведена питања, могла би се олакшати повезивања учесника на тржишту, увећати правна сигурност и унапредити заштита конкуренције. Може се рећи да непостојање ових посебних правила представља недостатак контроле концентрација у Србији. Њихово недоношење може се у

27 Више о значају ценовне дискриминације за америчке смернице видети у Carl Shapiro, "The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years", *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 1, 700-760.

одређеној мери објаснити чињеницом да је контрола концентрација релативно скоро уведена у правни систем Републике Србије и да Комисија има релативно кратку историју бављења контролом концентрација, тако да се чини Комисија није имала довољно искуства на основу којег би у посебним актима могла да дефинише практично поступање у поступцима контроле концентрација.

Пошто је Комисија до сада формирала извесну праксу која би јој омогућила да детаљније уреди област контроле концентрације, посебно ако се има у виду околност да у ЕУ постоје бројна правила која регулишу ову област, о наведеним питањима требало би водити рачуна уколико би се разматрала могућност доношења нових прописа, односно измене постојећих прописа о контроли концентрација. Таква побољшања би се могла повољно одразити на повезивања учесника на тржишту и на квалитет рада Комисије и Управног суда. Ваља напоменути да се Комисија и Управни суд понекад суочавају са тешкоћама у свом раду, па би ови прописи допринели бољем разумевању контроле концентрација.

Република Србија би на тај начин могла и да настави, односно заврши процес приближавања правном систему ЕУ у области права конкуренције, односно контроле концентрација, иако је Закон прихватио најважније принципе на којима се заснива контрола концентрација у ЕУ.

Закон о заштити конкуренције и пратеће Уредбе су значајно усклађени са Уредбом ЕУ о концентрацијама, будући да не постоји неко значајније одступање од решења права ЕУ. Недвосмислено, контрола концентрација у Републици Србији треба да буде уређена по угледу на право ЕУ, што не искључује могућност да се при изради смерница консултују и друга квалитетна и у техничком смислу примењива решења. Примери угледних пракси у овом раду су служили управо да укажу на чит плуралитет могућности при изради смерница.

Коначно, доношење смерница за контролу хоризонталних концентрације представља добар увод да и нехоризонталне концентрације добију своје посебне смернице. Такође, доношење смерница за контролу хоризонталних концентрације намеће потребу да се поново размотри и постојећа уредба за дефинисање релевантног тржишта како би се прилагодила захтевним потребама смерница које ће бити донесене.

Ivana RAKIĆ

Bojan RISTIĆ

**ABOUT THE NEED OF ADOPTING A GUIDELINES
ON THE ASSESSMENT OF HORIZONTAL CONCENTRATIONS
IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Abstract

This paper will point out the importance and need for making guidelines for the assessment of horizontal concentrations of undertakings in the Republic of Serbia. The guidelines would be an attempt to bring closer and explain the practice of the Commission for Protection of Competition in the field of concentration control. The need is even more significant if one takes into account that the current regulations do not make a distinction between horizontal and non-horizontal concentrations, which may create confusion with undertakings on the procedures and analyses conducted by the Commission. Lack of the hypothetical monopolist test in the relevant market definition, as well as the “safe harbour” criteria for assessing the effects of horizontal concentrations, non-differentiation of unilateral and coordinated effects, and insufficient determination of the criteria for assessing the concentrations, are some of the reasons to consider the necessity of guidelines adoption. The guidelines would raise legal certainty in this area by making the Commission’s procedure more transparent to all stakeholders. By analysing the existing regulations, experiences and limitations in their implementation, and by reviewing the solutions from the best comparative practice, an attempt will be made to establish principles for making the missing guidelines. Based on the experiences of the most advanced practices in this field, it turns out that the partnership of Commission and academic community is a vital link in this process.

Keywords: horizontal concentrations, guidelines, competition law, EU, USA