

PRAVCI RAZVOJA KONTROLE KONCENTRACIJA U EU I REPUBLICI SRBIJI¹

Sažetak

U martu 2021. godine, Evropska komisija objavila je Uputstvo o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe o koncentracijama na određene kategorije predmeta. Ovo uputstvo omogućava Komisiji da nadzire koncentracije koje ne ispunjavaju EU ili nacionalne pragove za prijavu koncentracije.

Evropska komisija će početi da prihvata zahteve za upućivanje takvih koncentracija koje podnose nacionalna tela za zaštitu konkurencije u Evropskoj uniji, što znači da je promenila svoju praksu zbog uočene pravne praznine u pogledu koncentracija koje potencijalno narušavaju konkurenciju, jer do sada takve koncentracije nisu bile predmet njene kontrole.

Da bi bile upućene Evropskoj komisiji, koncentracije moraju uticati na trgovinu između zemalja članica i pretiti da će značajno uticati na konkurenciju na teritoriji zemlje članice ili zemalja koje podnose zahtev.

Ključne reči: kontrola koncentracija, Uredba EU o kontroli koncentracija, član 22, mehanizam upućivanja, ubilačka preuzimanja, pravo konkurencije Srbije, pravo konkurencije.

1. UVOD

Pravila o zaštiti konkurencije predstavljaju važan deo prava Evropske unije i jednu od njenih najstarijih pravnih tekovina, budući da je politika zaštite konkurencije utvrđena Rimskim ugovorom u čl. 85 i 86, koji regulišu restriktivne sporazume i zloupotrebu dominantnog položaja.² Rimski ugovor nije sadržao odredbe o kontroli koncentracija, tako da je oblast prava konkurencije EU proširena tek 1989. godine kada je usvojena prva uredba Evropske unije o koncentracijama.

* Naučni saradnik; Komisija za zaštitu konkurencije, rukovodilac Sektora za ispitivanje koncentracija; spoljni saradnik Instituta za uporedno pravo; e-mail: ivanarakic12@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3659-5897>

¹ Stavovi izneseni u radu lični su stavovi autora i ne odražavaju nužno stavove Komisije za zaštitu konkurencije.

² Ugovorom iz Amsterdama izvršena je prenumeracija članova Rimskog ugovora, tako da su čl. 85 i 86 postali čl. 81 i 82 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Naredna prenumeracija izvršena je Lisabonskim ugovorom, pa su čl. 81 i 82 postali čl. 101 i 102 Ugovora o funkcionisanju EU.

Iako je u pravo EU uvedena relativno kasno, kontrola koncentracija se danas smatra tzv. trećim stubom politike zaštite konkurencije u Uniji.

Evropska komisija kontroliše koncentracije sa tzv. evropskom (komunitarnom) dimenzijom pre sprovođenja koncentracije (*ex ante* kontrola), tako da učesnici na tržištu koji nameravaju da sprovedu koncentraciju moraju da je prijave i da za njeno sprovođenje dobiju odobrenje Evropske komisije, pod uslovom da prijavljena koncentracija podleže kontroli, odnosno da se na nju mogu primeniti propisi o kontroli koncentracija. Pravila EU o koncentracijama ne predviđaju njihovu definiciju, već samo navode pojedinačne pravne oblike koncentracija kojima se obuhvataju sve kapitalne transakcije koje dovode do ukрупnjavanja učesnika na tržištu i moraju biti predmet prethodne kontrole.

U vremenu dugogodišnje globalizacije i značajnih promena na tržištu, posebno u kontekstu digitalizacije i razvoja digitalnih tržišta i novih načina ponude proizvoda i usluga, u praksi se postavljaju brojna pitanja o tome da li bi trebalo proširiti domašaj propisa Evropske unije o kontroli koncentracija.

Ovi predlozi prvenstveno su usmereni na izmene pravila EU o koncentracijama. Izmene bi se odnosile na mogućnost da kontrolom Evropske komisije budu obuhvaćene i koncentracije čiji učesnici nemaju obavezu da podnesu prijavu Komisiji, odnosno za koje Evropska komisija i nacionalna tela za zaštitu konkurencije nisu nadležna. Na taj bi način Evropska komisija naročito mogla da nadzire i tzv. „ubilačka preuzimanja” (*killer acquisitions*). Izmene propisa o kontroli koncentracija uključuju i određena proceduralna pitanja u vezi sa upućivanjem koncentracije na procenu Evropskoj komisiji, ali se može reći da proširenje domena kontrole na „ubilačka preuzimanja” predstavlja najkontroverzniji predlog i izaziva najveću pažnju.

„Ubilačka preuzimanja” su preuzimanja manjih inovativnih (*start-up*) kompanija u IT sektoru, oblasti interneta i medija, u farmaceutske industriji ili u oblasti medicinskih istraživanja, od strane dominantnih kompanija – lidera u oblastima svog poslovanja i snažnih tržišnih učesnika u cilju uklanjanja ovih kompanija u usponu (kao potencijalnih konkurenata) i sprečavanja da postanu njihovi stvarni konkurenti.³ Nakon preuzimanja ovih kompanija, velike kompanije koje su ih kupile prekidaju njihov inovativni razvoj i na taj način ih „ubijaju”, što im je i bio prevashodni cilj. Radi se o novim kompanijama koje, iako imaju znatan potencijal, po pravilu nemaju dovoljno velike prihode (ili uopšte ne ostvaruju prihode) da bi njihovim preuzimanjem nastala obaveza prijave koncentracije Evropskoj komisiji i uspostavila se njena nadležnost. Zbog toga se sve više pažnje posvećuje ovakvim transakcijama na tržištu, pa nije iznenađujuće da su i zemlje

³ Vid. C. Cunningham, F. Ederer, S. Ma, “Killer Acquisitions”, *Journal of Political Economy* 3/2021, 649 i dalje; M. Woźniak-Cichuta, “Teleological Perspective of EU Merger Control and its Interplay with Killer Acquisitions on Digital Markets”, in: *EU Antitrust: Hot Topics & Next Steps, Proceedings of the International Conference held in Prague on January 24–25, 2022* (ed. Václav Šmejkal), Praha 2022, 149–150; OECD, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf, 5. 12. 2022, 9.

članice EU (npr. Nemačka, Austrija, Italija) počele sa izmenama ili su već izmehnile nacionalne propise o kontroli koncentracija kako bi kontrolom obuhvatile navedena preuzimanja. Kao što je opštepoznato, kontrola koncentracija upravo to i omogućava – da učesnici na tržištu shvate da ne mogu da izbegnu konkurenciju jednostavnom kupovinom svojih konkurenata.⁴

Dominacija najvećih američkih tehnoloških kompanija (Gugl, Epl, Meta tj. Fejsbuk, Amazon i Majkrosoft) umnogome je uticala na učestalost „ubilačkih preuzimanja” i izaziva veliku debatu zbog sumnje na strateško opredeljenje ovih kompanija da time prekinu nadmetanje na tržištu.⁵

Ovaj rad je otuda posvećen analizi donetih rešenja i njihovom mogućem uticaju na stvaranje podsticaja učesnicima na tržištu za povezivanjem, kao i na administrativno opterećenje Evropske komisije i na pravnu sigurnost. Posebno će se ukazati na mogućnost izmene Zakona o zaštiti konkurencije u Republici Srbiji pod uticajem postojećih izmena regulative Evropske unije.

2. PRIMENA ČLANA 22 UREDBE EVROPSKE UNIJE O KONCENTRACIJAMA

Na nivou Evropske unije primenjuje se Uredba Saveta (EZ) br. 139/2004 o kontroli koncentracija između učesnika na tržištu iz 2004. godine.⁶ Njom su regulisane one koncentracije koje mogu da ugroze konkurenciju na jedinstvenom tržištu EU ili na njegovom bitnom delu. Uredba EU o koncentracijama propisuje tzv. finansijske pragove čijim prelaskom za učesnike u koncentraciji nastaje obaveza prijave, čime svoju primenu ograničava samo na koncentracije koje imaju evropsku dimenziju. Propisani pragovi (koji se odnose na ukupne godišnje prihode učesnika u koncentraciji) imaju značaj isključivog razgraničenja nadležnosti između organa EU i nadležnih tela zemalja članica – ukoliko koncentracija ima evropsku dimenziju ona je u isključivoj nadležnosti Komisije i na nju se primenjuje Uredba EU o koncentracijama, a isključuje se nadležnost tela zemlje članice i primena njenog nacionalnog prava.

Uredbom EU o kontroli koncentracija rešava se i pitanje nadležnosti u pogledu koncentracija koje nemaju evropsku dimenziju, a spadaju u nadležnost više

⁴ Vid. J. Almunia, The past and the future of merger control in the EU, Speech/10/486, Global Competition Review's conference, Brussels, 28 September 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-486_en.htm?locale=en, 5. 12. 2022, 5.

⁵ Vid. više o preuzimanjima u digitalnom sektoru M. Woźniak-Cichuta, 149–164; OECD, 2020, 9 i dalje; C. Turgot, “Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime”, *European Competition and Regulatory Law Review* 2/2021, 112–121; J. Antel et al., “Effective Competition in Digital Platform Markets: Legislative and Enforcement Trends in the EU and US”, *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* 1/2022, 35–55; V. Šmejkal, “Concentrations in digital sector - a new EU antitrust standard for “killer acquisitions” needed?”, *InterEULawEast: Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations* 2/2020, 1–16.

⁶ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, br. L. 24/2004, dalje u tekstu: Uredba EU o koncentracijama.

zemalja članica, kao i u pogledu koncentracija koje imaju evropsku dimenziju, ali mogu uticati na konkurenciju u pojedinoj zemlji ili više zemalja članica. Zbog toga su Uredbom uređene mogućnosti upućivanja koncentracija Evropskoj komisiji, što je detaljnije regulisano Obaveštenjem Evropske komisije o upućivanju slučaja u vezi sa koncentracijama.⁷

Na osnovu tzv. holandske klauzule (*Dutch clause*), jedna ili više zemalja članica mogu da zahtevaju od Komisije da ispita bilo koju koncentraciju koja nema evropsku dimenziju, ali utiče na trgovinu između zemalja članica i preti da znatno utiče na konkurenciju na teritoriji zemlje ili zemalja članica koje su podnele zahtev Komisiji.⁸ Reč je o manjim prekograničnim koncentracijama koje može ispitivati više nadležnih tela različitih zemalja članica, a čija ocena u tom slučaju može stvoriti određene probleme, budući da ocenu ne mora dati najpogodnije telo nadležno za zaštitu konkurencije.⁹

Države članice mogu da odluče da li će slučaj uputiti Komisiji, a zahtev mogu da podnesu u roku od 15 radnih dana od dana kada je koncentracija prijavljena telu nadležnom za zaštitu konkurencije, odnosno od dana kada je na drugi način zemlja članica saznala za koncentraciju, ukoliko prijava koncentracije nije potrebna. Posle proteka dodatnog roka ostavljenog zemljama članicama da se izjasne o podnetom zahtevu, Komisija ima rok od deset radnih dana da odluči da li će prihvatiti zahtev i ispitati koncentraciju. Ukoliko u tom roku ne donese odluku o zahtevu, smatraće se da je zahtev prihvaćen. Ako Komisija prihvati zahtev da ispita koncentraciju, ona će u postupku kontrole primenjivati Uredbu EU o koncentracijama, a zemlje članice koje su podnele zahtev, odnosno koje su se pridružile zahtevu, nemaju više nadležnost u pogledu kontrole i više ne primenjuju svoje propise o kontroli koncentracija u vezi sa tom koncentracijom.

U praksi se navedeno pravo veoma retko koristilo, što i nije iznenađujuće imajući u vidu višegodišnje pokušaje Evropske komisije da izmeni član 22 Uredbe EU o koncentracijama tako da se ograniči pravo zemalja članica da upućuju slučajeve Komisiji, i da se izuzetno ispituju samo one koncentracije za koje bi zemlje članice imale nadležnost da ih ispituju u skladu sa nacionalnim propisima o kontroli koncentracija.

Donošenjem Uputstva o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe o koncentracijama na određene kategorije predmeta u martu 2021. godine,¹⁰

⁷ Commission Notice on Case Referral in respect of concentrations, OJ, C. 56/2005, dalje u tekstu: Obaveštenje o upućivanju.

⁸ Vid. čl. 22 Uredbe EU o koncentracijama; čl. 42–45 Obaveštenja o upućivanju. Ova mogućnost je u pravo konkurencije EU uvedena na zahtev Holandije da bi se uvažili zahtevi zemalja članica koje tada nisu imale nacionalne propise o kontroli koncentracija. Mogućnost su, međutim, mogle da koriste i zemlje koje su imale propise o kontroli koncentracija ako bi smatrale da bi slučaj bolje rešila Evropska komisija.

⁹ Vid. više o primeni holandske klauzule I. Guittard, *The interpretation of article 22 of the Merger Regulation*, *Competition Forum – Resources*, 2021, n° 0006, <https://competition-forum.com/masters-thesis-the-interpretation-of-article-22-of-the-merger-regulation>, 5. 12. 2022, 5 i dalje.

¹⁰ Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases (OJ, C. 113, 31.3.2021, dalje: Uputstvo o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe)

Evropska komisija je napravila veliki zaokret u praksi u pogledu primene navedenog člana. Ovim uputstvom date su praktične smernice i uspostavljena je nova politika ohrabrivanja podnošenja i prihvatanja zahteva za upućivanje koje podnose zemlje članice na osnovu člana 22, čak i kada koncentracija ne podleže obavezi prijave nacionalnim telima za zaštitu konkurencije zbog neispunjavanja uslova u pogledu ukupnih godišnjih prihoda. Tako se za takve predmete novim uputstvom dopunjuje Obaveštenje o upućivanju davanjem opštih smernica o primerenosti određenih kategorija predmeta za upućivanje, te zemlje članice i Evropska komisija zadržavaju diskreciono pravo da odluče da li će neki slučaj da upute Evropskoj komisiji, odnosno da li će Komisija prihvatiti zahtev za upućivanje. Evropska komisija sada naglašava da se član 22 Uredbe o koncentracijama primenjuje na sve koncentracije, a ne samo na one koje ispunjavaju odgovarajuće kriterijume u pogledu nadležnosti zemalja članica koje su podnale zahtev za upućivanje (čl. 6 Uputstva). Svrha ovog uputstva je povećanje transparentnosti, predvidljivosti i pravne sigurnosti u pogledu šire primene člana 22 Uredbe o koncentracijama.

Komisija ukazuje na to da joj je mehanizam upućivanja omogućio da oce- ni brojne koncentracije u različitim sektorima privrede (kao što su industrijska proizvodnja, farmaceutski i digitalni sektor). Međutim, kako su gotovo sve zemlje članice imale nacionalne propise o kontroli koncentracija, Evropska komisija je na osnovu svog diskrecionog prava počela da odvrća zemlje članice koje nemaju nadležnost da kontrolišu neku koncentraciju od podnošenja zahteva za upućivanje, posebno zbog toga što se pokazalo da takve koncentracije verovatno i ne narušavaju konkurenciju na tržištu EU.

S obzirom na to što se tržište konstantno razvija, postepeno se povećavao i broj koncentracija koje obuhvataju privredna društva koja imaju ili bi mogla imati važnu konkurentsku ulogu na tržištu, uprkos tome što u vreme sprovođenja ostvaruju mali prihod ili uopšte ne ostvaruju prihode. Ovakva kretanja naročito su izražena na digitalnim tržištima, na kojim privredna društva redovno pružaju nove usluge, odnosno pokreću nove servise u cilju sticanja novih korisnika i stvaranja baza korisnika ili prikupljanja velike količine vrednih podataka da bi tek nakon toga pokušala da monetizuju poslovanje. U sektorima kao što su farmaceutska industrija i drugi, gde su inovacije važan parametar konkurencije, bilo je transakcija koje su obuhvatale inovativne kompanije koje sprovode projekte istraživanja i razvoja i imaju snažan konkurentski potencijal, iako nisu postigle, pa čak ni komercijalno iskoristile rezultate svojih inovativnih aktivnosti. Slična razmatranja odnose se i na kompanije koje imaju pristup vrednoj imovini važnoj za nadmetanje na tržištu ili na takvu imovinu (kao što su npr. sirovine, prava intelektualne svojine, podaci ili infrastruktura) imaju uticaj.¹¹

Shodno navedenom, Evropska komisija analizirala je delotvornost kriterijuma za uspostavljanje svoje nadležnosti, zasnovanih na godišnjim prihodima učesnika u koncentraciji i predviđenih Uredbom o koncentracijama. Zaključila je da se

¹¹ Vid. čl. 7–9. Uputstva o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe.

dešavalo da brojne prekogranične transakcije koje bi mogle imati znatan uticaj na konkurenciju na tržištu EU nisu bile predmet kontrole od strane Evropske komisije, upravo u digitalnom i farmaceutskom sektoru, bez obzira na to što su kriterijumi (u primeni sa mehanizmom upućivanja predmeta) uglavnom omogućavali delotvorno identifikovanje koncentracija koje znatno utiču na konkurenciju na tržištu EU.

Kako bi se prevazišao ovaj problem, prema shvatanju Evropske komisije, ponovo je procenjena primena člana 22 Uredbe EU o koncentracijama. Namera Komisije je da pod određenim uslovima podstiče i prihvata upućivanja predmeta u slučajevima kada zemlja članica koja je podnela zahtev za upućivanje, iako su ispunjeni kriterijumi predviđeni članom 22 Uredbe EU o koncentracijama, nije nadležna za kontrolu, odnosno ocenu dozvoljenosti konkretne koncentracije, jer nisu ispunjeni uslovi u pogledu godišnjih prihoda učesnika u koncentraciji.¹² Time bi se garantovalo da će zemlje članice i Evropska komisija zaista vršiti ocenu takvih koncentracija, a da se pri tome neće nametati obaveza prijave za koncentracije za koje takva ocena nije potrebna, posebno zbog toga što se za ovakvu promenu ne zahteva izmena Uredbe EU o koncentracijama.

Uputstvom o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe o koncentracijama ukazuje se na određene kategorije predmeta koji mogu biti pogodni za upućivanje na ocenu Evropskoj komisiji kada, prema propisima zemalja članica koje su podnale zahtev za upućivanje, nije predviđeno da te koncentracije podležu kontroli prema nacionalnim propisima, kao ni prema pravu EU. Da bi zahtev mogao da se uputi, odnosno da bi Evropska komisija mogla da prihvati zahtev, predviđeni su i posebni kriterijumi koje Komisija može da uzme u obzir, uključujući postojeća dva uslova predviđena članom 22 Uredbe o koncentracijama.

U pogledu dokazivanja da koncentracija pretila da znatno utiče na konkurenciju na teritoriji zemlje ili zemalja članica koje su podnale zahtev Komisiji, ovim uputstvom se precizira da zemlja članica koja je podnela zahtev za upućivanje mora dokazati da na osnovu preliminarne analize postoji stvaran rizik da bi koncentracija mogla da značajno narušiti konkurenciju i da ju je zbog toga potrebno oceniti. Ova preliminarne analiza može se zasnivati na *prima facie* dokazima o narušavanju konkurencije, ali se time ne može prejudicirati konačna odluka o dozvoljenosti koncentracije. Prilikom ocene efekata ovih koncentracija mogu se uzeti u obzir kriterijumi za ocenu horizontalnih i nehorizontalnih koncentracija, predviđeni posebnim smernicama EU,¹³ a naročito stvaranje ili jačanje dominantnog položaja jednog od učesnika u koncentraciji; isključivanje važnog konkurentskog pritiska, uključujući i isključivanje novog ili potencijalnog učesnika na tržištu ili spajanje dva inovatora; smanjenje sposobnosti ili motivacije konkurenata da se nadmeću, naročito otežavanjem ulaska na tržište ili ograničavanjem pristupa

¹² Vid. čl. 11. Uputstva o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe.

¹³ Smernice za ocenu horizontalnih koncentracija (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ, C. 31/2004) i Smernice za ocenu nehorizontalnih koncentracija (Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ, C. 265/2008).

inputima; sposobnost i postojanje podsticaja za prenošenje tržišne moći s jednog tržišta na drugo, npr. vezanom trgovinom, grupisanjem proizvoda ili drugim praksama isključivanja.¹⁴

Uputstvom su predviđeni i drugi kriterijumi koje je potrebno uzeti u obzir prilikom razmatranja zahteva za upućivanje, pri čemu oni nisu uređeni taksativno i nisu ograničeni na bilo koji poseban sektor privrede.

Dati kriterijumi su usmereni na kategorije predmeta koje su obično primerene za upućivanje na osnovu člana 22 Uredbe o koncentracijama, a za koje u zemlji članici ili zemljama članicama koje su podnale zahtev za upućivanje ne postoji obaveza prijave koncentracije, a odnose se na koncentracije čiji bar jedan od učesnika ima prihode koji ne odražavaju njegov trenutni ili budući konkurentski potencijal. To su na primer koncentracije za koje se može smatrati da je učesnik u koncentraciji: 1) novoosnovano (*start-up*) društvo ili novi učesnik na tržištu koji ima značajan konkurentski potencijal, a tek treba da razvije ili primeni model poslovanja koji će generisati značajne prihode (ili je i dalje u početnoj fazi primene takvog modela poslovanja); 2) važan inovator ili sprovodi potencijalno važna istraživanja; 3) vrši stvaran ili potencijalni konkurentski pritisak; 4) ima pristup imovini koja je važna za konkurenciju na tržištu (npr. sirovinama, pravima intelektualne svojine, podacima ili infrastrukturi) ili 5) nudi proizvode ili usluge koji su ključni inputi za druge industrije.¹⁵

Kada je reč o proceduri za postupanje po zahtevu za upućivanje, iako se na upućivanje primenjuju rokovi iz člana 22, činjenica da je koncentracija već realizovana ne sprečava zemlju članicu da zahteva upućivanje. Smatra se da ono ne bi bilo primereno posle više od šest meseci nakon sprovođenja koncentracije, a zahtev za upućivanje bi izuzetno mogao da se postavi i kasnije zbog potencijalnog znatnog uticaja na konkurenciju i mogućih štetnih efekata na potrošače. Jedino u slučaju kada je koncentracija već prijavljena u jednoj ili više zemalja članica koje nisu zatražile upućivanje, niti su se pridružile zahtevu za upućivanje, to može uticati na odbijanje zahteva. Evropska komisija može i sama pozvati zemlju članicu ili više njih da podnesu zahtev za upućivanje ukoliko sazna za koncentraciju za koju smatra da ispunjava uslove za upućivanje.¹⁶

U svakom slučaju, učesnici u koncentraciji moraju biti obavešteni o zahtevu za upućivanje u najkraćem roku, pri čemu ih takvo obaveštenje ne obavezuje da prekinu sa sprovođenjem koncentracije.

3. SLUČAJ *ILLUMINA/GRAIL*

Slučaj *Illumina/GRAIL* je prvi predmet u kom je Evropska komisija postupala u skladu sa novom politikom odlučivanja o zahtevima za upućivanje koje podnose zemlje članice na osnovu člana 22 Uredbe o koncentracijama, i to tako

¹⁴ Vid. čl. 15 Uputstva o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe.

¹⁵ Vid. čl. 19 Uputstva o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe.

¹⁶ Vid. čl. 23–31 Uputstva o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe.

što je odlučivala o dozvoljenosti koncentracije koja nema evropsku dimenziju i ne podleže kontroli prema propisima zemalja članica Evropske unije.¹⁷ Imajući u vidu da je ukupan prihod učesnika u ovoj koncentraciji bio manji od relevantnih pragova za prijavu koncentracije i naročito da kompanija *GRAIL* nije ostvarivala prihode ni u EU, ni u bilo kojoj drugoj zemlji u svetu, koncentracija nije ni bila prijavljena Evropskoj komisiji i nacionalnim telima za zaštitu konkurencije u EU i nije bila predmet kontrole ovih tela.

Illumina je američka biotehnološka kompanije specijalizovana za razvoj tehnologija genomskog sekvenciranja kao bitne komponente za rano otkrivanje karcinoma, a *GRAIL* je takođe američka startup kompanija koja razvija testove krvi za rano otkrivanje raka, odnosno istražuje metode ranog otkrivanja malignih tumora kod asimptomatskih pacijenata. Evropska komisija je smatrala da prihode kompanije *GRAIL* u EU ne odražavaju njen značaj za konkurenciju na tržištu, a *Illumina* je u tom trenutku jedina mogla da snabdeva *GRAIL* tehnologijom za razvoj i proizvodnju testova, tako da se radilo o inovacionom nadmetanju sa ograničenim brojem učesnika na tržištu.

Evropska komisija je o ovoj koncentraciji obavestila zemlje članice, smatrajući da su ispunjeni uslovi predviđeni članom 22 Uredbe o koncentracijama, i pozvala ih da podnesu zahtev za upućivanje. Telo za zaštitu konkurencije u Francuskoj (*Autorité de la concurrence*) prvo je podnelo zahtev za upućivanje predmeta i ocenu dozvoljenosti koncentracije, da bi se kasnije ovom zahtevu pridružila tela za zaštitu konkurencije u Belgiji, Grčkoj, Islandu, Holandiji i Norveškoj. Zahtevi za upućivanje su prihvaćeni u aprilu 2021. godine, pa je i od kompanije *Illumina* traženo da podnese prijavu koncentracije, sa obavezom da prekine sprovođenje koncentracije dok se ne odluči o njenoj dozvoljenosti. U julu 2021. godine Komisija je pokrenula ispitni postupak (eng. *in-depth investigation*) zbog osnovane sumnje da konkurencija narušava konkurenciju na tržištu razvoja i prodaje testova za otkrivanje raka zasnovanih na tehnologijama sekvenciranja. Tokom ovog postupka, *Illumina* je u avgustu 2021. godine objavila da je transakcija realizovana, tj. da je preuzela *GRAIL*, što je dodatno otežalo položaj kompanije *Illumina* zbog obaveze da prekine sprovođenje koncentracije koju nije poštovala (eng. *standstill obligation*). Nakon toga (takođe u avgustu), Evropska komisija pokrenula je postupak zbog utvrđivanja da li je *Illumina* prekršila obavezu zabrane sprovođenja koncentracije.¹⁸

Komisija je u septembru 2022. godine donela odluku kojom zabranjuje koncentraciju zbog zabrinutosti da bi koncentracija narušila konkurenciju na tržištu testova za rano otkrivanje raka zasnovanih na krvi, i to zbog zatvaranja tržišta i zbog toga što *Illumina* nije predložila odgovarajuće mere i posebne uslove koje bi mogla da ispuni kako bi koncentracija bila uslovno odobrena. Zatim, zbog toga što se radi o sprovedenoj koncentraciji, *Illumina* mora dodatno da izvrši mere dekoncentracije i odustane od kupovine, tj. da sprovede mere dezinvestiranja kako bi se uspostavilo

¹⁷ Vid. predmet M.10188 – *ILLUMINA/GRAIL*.

¹⁸ Vid. predmet M.10483 – *ILLUMINA/GRAIL* (Art. 14 procedure).

onakvo stanje na tržištu kakvo je bilo pre koncentracije. Komisija je o potrebi dezinvestiranja obavestila kompanije *Illumina* i *GRAIL* u decembru 2022. godine.

U aprilu 2021. godine, kompanija *Illumina* podnela je tužbu Opštem sudu EU protiv odluke Evropske komisije da prihvati zahtev za upućivanje koji je podnela Francuska (u predmetu COMP/M.10188 – *Illumina/Grail*), kao i protiv odlukâ Komisije o prihvatanju zahteva drugih nacionalnih tela za zaštitu konkurencije. Opšti sud je svojom odlukom od 13. jula 2022. godine potvrdio u svemu odluke Komisije i u celosti odbio tužbe, smatrajući da nijedan tužbeni zahtev nije osnovan.¹⁹ Ovom presudom Sud je potvrdio novi pristup Komisije u pogledu odlučivanja o zahtevima za upućivanje i njenu zakonitu nadležnost da ispituje ocenu dozvoljenosti koncentracija koje nisu u nadležnosti Komisije i zemalja članica, pod uslovom da su ispunjeni posebni kriterijumi kako je to predviđeno članom 22 Uredbe o koncentracijama, i bez obzira na to da li zemlje članice imaju nacionalne propise o kontroli koncentracija.²⁰ Time je prihvaćeno i novo tumačenje člana 22 Uredbe, u skladu sa novim uputstvom o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe, i u skladu sa jezičkim, sistematskim, ciljnim i istorijskim tumačenjem ovog člana.

U septembru 2022. godine, kompanije *Illumina* i *GRAIL* podnale su Sudu pravde žalbu na presudu Opšteg suda, ponavljajući iste zahteve kao u tužbi protiv odlukâ Komisije, tako da se postupanje Suda pravde u ovom predmetu tek očekuje.

4. ZAKLJUČAK

Donošenje Uputstva o primeni mehanizma upućivanja iz člana 22 Uredbe predstavlja najvažniju promenu u režimu kontrole koncentracija u EU još od usvajanja Uredbe o koncentracijama 2004. godine. Iako formalno nisu izmenjena pravila o kontroli koncentracija (npr. definisanjem drugačijih pragova za prijavu koncentracije, bilo menjanjem iznosa prihoda ili uvođenjem pragova koji se zasnivaju na vrednosti transakcije ili imovine), ovim uputstvom su *de facto* proširene nadležnosti Evropske komisije i uspostavljena nova politika širenja obima kontrole na koncentracije koje nemaju evropsku dimenziju, naročito na „ubilačka preuzimanja”.²¹ Jasno je da je Evropska komisija želela da na ovaj način izbegne dugu i komplikovanu proceduru izmene Uredbe o koncentracijama kako bi obuhvatila

¹⁹ Case T-227/21 *Illumina, Inc. v European Commission*, Judgment of the General Court (Third Chamber, Extended Composition) of 13 July 2022, ECLI:EU:T:2022:447.

²⁰ Potrebno je da kumulativno budu ispunjena četiri uslova: 1. zahtev za upućivanje predmeta treba da podnese jedna ili više zemalja članica, 2. koncentracija u pogledu koje se podnosi taj zahtev mora da odgovara definiciji koncentracije iz člana 3 Uredbe o koncentracijama, a da se pri tome ne dostignu pragovi za prijavu tj. da nije koncentracija sa evropskom dimenzijom, 3. koncentracija mora uticati na trgovinu između zemalja članica i 4. koncentracija mora pretiti značajnim uticajem na konkurenciju na teritoriji zemlje članice ili zemalja članica koje su podnale zahtev za upućivanje predmeta.

²¹ Isto i Uria Menendez, The European Commission's new policy to broaden the scope of merger control – Reinterpretation of the merger-referral mechanism to the European Commission, Newsletter – April 2021, 21 April 2021, <https://www.uria.com/documentos/circulares/1396/documento/12251/UM-Nesletter.pdf?id=12251>, 5. 12. 2022, 3.

potencijalno problematične koncentracije koje drugačije ne bi mogle biti predmet ocene dozvoljenosti u EU i zemljama članicama.

Komisija sada ima ovlašćenje da nadzire koncentracije koje nije mogla ranije tako da je, prema njenom shvatanju, time popunjena pravna praznina (*enforcement gap*), s obzirom na to što je ona već duži period bila suočena sa nemogućnošću da to učini. To se prvenstveno odnosi na koncentracije u digitalnom i biotehnoškom sektoru, koji su prepoznati kao sektori u kojima koncentracije sa potencijalnim negativnim efektima na konkurenciju izbegavaju kontrolu i primenu člana 22 Uredbe o koncentracijama. Stoga je smisao novog uputstva da uveća transparentnost, predvidljivost i pravnu sigurnost u pogledu primene člana 22 Uredbe i odlučivanja o zahtevima za upućivanje predmeta.

Ipak, efekti praktične primene ovog uputstva nameću brojna pitanja u praksi, tako da se opravdano izražava zabrinutost u pogledu veoma širokog tumačenja člana 22 Uredbe nametnutog novim uputstvom i potvrđenog odlukom Opšteg suda.²² Pre donošenja Uputstva, koncentracije koje nisu imale evropsku dimenziju ili nisu podlegale kontroli u zemljama članicama, mogle su da se realizuju bez prethodnog odobrenja Evropske komisije i bez ikakvog rizika od njene naknadne kontrole. Primenom novog tumačenja postiže se suprotno jer učesnici na tržištu nisu u mogućnosti da predvide da li će i kada njihova koncentracija biti predmet kontrole od strane Evropske komisije, i da li će možda biti i zabranjena, što vodi smanjenju pravne sigurnosti i predvidljivosti u postupanju Komisije i poslovanju učesnika.²³

Zemlje članice sada mogu da podnesu zahtev da Evropska komisija oceni dozvoljenost bilo koje koncentracije koja ne podleže kontroli koncentracija u EU i zemljama članicama zbog niskih pragova za prijavu. Ne samo što se time uspostavlja stroža praksa i *de facto ex-post* kontrola koncentracija nego se učesnicima na tržištu nameću mnogo veći troškovi zbog pripreme prijave koncentracije, a proširuje se i nadležnost Komisije i otežava njen rad, što se čini neopravdanim, budući da je svrha člana 22 da se prilikom kontrole koncentracija obezbedi nadležnost najprikladnijeg tela za zaštitu konkurencije, tj. Komisije, a ne da se njena nadležnost proširuje.²⁴

Istovremeno se stvara prostor za zloupotrebe, ukoliko zemlje koje svaka-

²² Isto i A. Looijestijn-Clearie, C. S. Rusu, M. J. M. Veenbrink, "In Search of the Holy Grail? The EU Commission's New Approach to Article 22 of the EU Merger Regulation", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 5/2022, 550–571.

²³ Isto i Uria Menendez, 1–16.

²⁴ Isto i Uria Menendez, 1–16; T. L. Faria, M. Lopes Martins, R. Marques Nunes, "New Trends in Merger Control: Capturing the so-Called Killer Acquisitions... and Everything Else", *Actualidad Juridica* 57/2021, 38 i dalje, <https://www.uria.com/en/publicaciones/7846-new-trends-in-merger-control-capturing-the-so-called-killer-acquisitions-and>, 5. 12. 2022; S. C. de Ugarte, M. Perez, I. Pico, "A New Era for European Merger Control: An Increasingly Fragmented and Uncertain Regulatory Landscape", *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* 1/2022, 20–21; C. Turgot, 119–120; N. Levy, A. Rimsa, B. Buzatu, "The European Commission's New Merger Referral Policy: Creative Reform or an Unnecessary End to 'Brightline' Jurisdictional Rules?", *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* 4/2021, 376–379.

postupak kontrole, a nacionalna tela za zaštitu konkurencije nemaju nekakav očigledan podsticaj da odbiju poziv Evropske komisije da podnesu zahtev za upućivanje predmeta. Osim toga, može se postaviti i pitanje o tome kako će ova tela postupati ukoliko im njihovi nacionalni propisi ne omogućavaju da podnesu zahtev Evropskoj komisiji. Time se znatno utiče na pravnu sigurnost, odlaže postupak kontrole i uvećavaju troškovi učesnika u koncentraciji, i konačno, destimulišu se ulaganja u startap kompanije, posebno na onim tržištima za koja postoji bojazan da bi konkurencija na njima bila narušena.

Moglo bi se reći da u pravu konkurencije EU ne postoji pravna praznina koja bi zahtevala ovakvu radikalnu promenu prakse, a koja se ne bi mogla popuniti *ex post* primenom pravila o restriktivnim sporazumima i zabrani zloupotrebe dominantnog položaja zbog kasnijeg ponašanja učesnika u „problematičnim” koncentracijama. Zato se čini da su koristi od nove prakse nesrazmerno male u odnosu na negativne efekte koje bi imala na učesnike na tržištu i na Evropsku komisiju.

Može se postaviti i pitanje kako će izmene prakse Evropske komisije uticati na rad tela nadležnih za zaštitu konkurencije u zemljama članicama EU i na njihov odnos sa Evropskom komisijom, kao i na promenu zakonodavstva u zemljama članicama, budući da većina zemalja uređuje sistem kontrole koncentracija po uzoru na pravo EU. U tom pogledu postavlja se pitanje: kako će se izmene odraziti na pravila o koncentracijama u Republici Srbiji?

Prilikom ocene dozvoljenosti koncentracija, Komisija za zaštitu konkurencije primenjuje Zakon o zaštiti konkurencije²⁵ i pri tome se ugleda na praksu Evropske komisije pa često primenjuje kriterijume koji postoje u pravu EU. Može se, dakle, zaključiti da se Komisija rukovodi praksom koja postoji u EU i da se pridržava uslova utvrđenih propisima EU, iako se to nekada izričito ne navodi. Ovakvo postupanje je u skladu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju koji predviđa obavezu pravilne i delotvorne primene i sprovođenja prava usklađenog sa pravom EU, što znači i tumačenje usklađenog prava u skladu sa pravom Unije.²⁶

Međutim, imajući u vidu da su uslovi za prijavu koncentracija koji se odnose na ukupne godišnje prihode učesnika u koncentraciji Zakonom postavljeni, tj. određeni toliko široko da se njima mogu obuhvatiti i „ubilačka” preuzimanja, ne treba očekivati nove izmene Zakona o zaštiti konkurencije i postojećih podzakonskih propisa.

Na osnovu dosadašnjeg izlaganja može se zaključiti da bi kao optimalno trebalo prihvatiti rešenje da se u Srbiji ništa ne menja u pogledu pravila o kontroli koncentracija, jer se na taj način neće umanjiti podsticaji za ulaganja na tržištu i neće se dodatno opteretiti Komisija za zaštitu konkurencije, a sačuvaće se pravna sigurnost.

²⁵ Službeni glasnik RS, br. 51/09 i 95/13.

²⁶ Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 83/2008.

Ivana Rakić, PhD

Head of the Merger Control Division, Commission for Protection of Competition
Research Fellow, Institute of Comparative Law, External Associate

DIRECTION OF DEVELOPMENT OF MERGER CONTROL IN THE EU AND THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In March 2021, the European Commission has published Guidance on the application of the referral mechanism established in Article 22 of the Merger Regulation. This Guidance allows the Commission to review mergers falling below European or national merger thresholds.

The European Commission will start accepting referrals of such mergers from EU national competition authorities. This means that the European Commission has changed its practice because of a perceived enforcement gap regarding potentially anticompetitive mergers, in particular with respect to so-called “killer acquisitions”. To date, such mergers have not been subject to the prior control by European Commission

In order to be referred to the European Commission, mergers must affect trade between Member States and threaten to significantly affect competition within the territory of the Member State or States making the request.

Keywords: merger control, EU merger regulation, Article 22, referral mechanism, killer acquisitions, Serbian competition law.

Literatura

Almunia Joaquín, The past and the future of merger control in the EU, Speech/10/486, Global Competition Review’s conference, Brussels, 28 September 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-486_en.htm?locale=en, 5. 12. 2022.

Antel J. *et al.*, “Effective Competition in Digital Platform Markets: Legislative and Enforcement Trends in the EU and US”, *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, 1/2022, 35–55.

Case T-227/21 Illumina, Inc. v European Commission, Judgment of the General Court (Third Chamber, Extended Composition) of 13 July 2022, EC-LI:EU:T:2022:447.

Cunningham C., Ederer F., Ma S., “Killer Acquisitions”, *Journal of Political Economy* 3/2021, 649–702.

- De Ugarte Cisnal S., Perez M., Pico I., “A New Era for European Merger Control: An Increasingly Fragmented and Uncertain Regulatory Landscape”, *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* 1/2022, 17–23.
- Faria T. L., Lopes Martins M., Marques Nunes R., “New Trends in Merger Control: Capturing the so-Called Killer Acquisitions... and Everything Else”, *Actualidad Juridica* 57/2021, 33–53, <https://www.uria.com/en/publicaciones/7846-new-trends-in-merger-control-capturing-the-socalled-killer-acquisitions-and>, 5. 12. 2022.
- Guittard I., The interpretation of article 22 of the Merger Regulation, *Competition Forum – Resources*, 2021, n° 0006, <https://competition-forum.com/masters-thesis-the-interpretation-of-article-22-of-the-merger-regulation>, 5. 12. 2022.
- Levy N., Rimsa A., Buzatu B., “The European Commission’s New Merger Referral Policy: Creative Reform or an Unnecessary End to ‘Brightline’ Jurisdictional Rules?”, *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* 4/2021, 376–379.
- Looijestijn-Clearie A., Rusu C. S., Veenbrink M. J. M., “In search of the Holy Grail? The EU Commission’s new approach to Article 22 of the EU Merger Regulation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 5/2022, 550–571.
- OECD, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf, 5. 12. 2022.
- Šmejkal V., “Concentrations in digital sector – a new EU antitrust standard for “killer acquisitions” needed?”, *InterEULawEast: Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations* 2/2020, 1–16.
- Turgot C., “Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime”, *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* 2/2021, 112–121.
- Uria Menendez, The European Commission’s new policy to broaden the scope of merger control – Reinterpretation of the merger-referral mechanism to the European Commission, Newsletter – April 2021, 21 April 2021, <https://www.uria.com/documentos/circulares/1396/documento/12251/UM-Nesletter.pdf?id=12251>, 5. 12. 2022.
- Woźniak-Cichuta M., “Teleological Perspective of EU Merger Control and its Interplay with Killer Acquisitions on Digital Markets”, in: *EU Antitrust: Hot Topics & Next Steps, Proceedings of the International Conference held in Prague on January 24–25, 2022* (ed. Václav Šmejkal), Praha 2022, 149–164.