

CUPRINS

DOCTRINĂ

A. SOCIETĂȚI ȘI ALTE GRUPURI..... 15

Asasinate economice în era digitală
ANDREI ALECU 15

B. SOCIETĂȚI ÎN DIFICULTATE FINANCIARĂ ȘI ÎN INSOLVENȚĂ..... 53

Stoparea curgerii accesoriilor la creanțele născute anterior deschiderii procedurii
de insolvență, cu excepția creanțelor beneficiare a unei cauze de preferință
NICOLETA ȚĂNDĂREANU 53

Decizia de oportunitate în procedura insolvenței. Studiu de caz
ROMEO GLODEANU 72

C. CONTRACTE ȘI OBLIGAȚII COMERCIALE..... 92

Contractul de credit (II)
VASILE NEMEȘ 92

ACTUALITĂȚI

Evenimente juridice.....148

doctrină

A. SOCIETĂȚI ȘI ALTE GRUPURI

Asasinate economice în era digitală

Killer Acquisitions in Digital the Digital Age

drd. ANDREI ALECU*

□ Rezumat

Plecând de la premisa că bunăstarea consumatorilor reprezintă piatra de temelie a întregii politici de concurență a UE, încercăm să avem o abordare cuprinzătoare cu privire la fenomenul ce a cuprins în ultimul deceniu sectorul digital: achizițiile potențialilor competitori și integrarea acestora în propriul ecosistem sau, pe scurt, asasinatele economice. Analizăm stimulii care conduc la creșterea concurenței, dorințele și nevoile companiilor inovatoare, precum și cauzele și scopurile care determină companiile deținătoare ale platformelor digitale (GAFAM) să întreprindă aceste achiziții.

Pe parcursul lucrării, căutăm să oferim o definiție cât mai exactă a noțiunii de asasinat economic, precum și să stabilim criteriile în funcție de care o tranzacție ar putea fi încadrată în această categorie sau dacă poate fi considerată o tranzacție cu efecte pro-concurențiale cu efecte pozitive.

În considerarea acestor elemente avem o abordare pragmatică și evaluăm câteva tranzacții importante din trecutul recent ce au permis companiilor achizitoare să își consolideze poziția pe piață. Astfel, am avut în vedere originea asasinatelor economice, precum și particularitățile acestora, raportându-ne la modalitatea în care

* *Andrei Alecu* este doctorand în cadrul Facultății de Drept a Universității din București sub îndrumarea prof. univ. dr. Gheorghe Piperea, având drept obiect principal al cercetării sale direcțiile pe care le va avea Uniunea Europeană în politica dreptului concurenței, în special cu privire la direcțiile ce vor fi urmate în capitolul despre concentrările economice ce au o dimensiune unională. Astfel, întrebarea la care cercetarea doctorală dorește să răspundă vizează avantajele și dezavantajele pe care regulatorul european de concurență (i.e. Comisia Europeană) le va lua în considerare când va decide permiterea sau interzicerea formării unor campioni sectoriali (companii-gigant) la nivelul UE pentru a putea fi competitivi la nivel global.

au avut loc și la efectele acestora, pentru a ajunge la concluzia că faza asasinatelor economice a fost un capitol în evoluția sectorului digital, iar autoritățile de concurență și legiuitorii au reușit cu un scurt defazaj să adopte măsuri reziliente, despre care anticipăm că se vor intensifica și vor cuprinde totalitatea aspectelor activității digitale în viitorul apropiat.

Clasificare JEL: K21, L40, G34, O31, L86.

Cuvinte-cheie: *asasinate economice, dreptul concurenței, autoritate de concurență, politică concurențială, stimuli pentru inovare.*

□ Abstract

Assuming that consumer welfare is the cornerstone of the EU's entire competition policy, we try to have a comprehensive approach to the phenomenon that has overwhelmed the digital sector over the last decade: the acquisition of potential competitors and their integration into its own ecosystem, or in short, killer acquisitions. We analyze the incentives that lead to enhanced competition, the ambitions and needs of start-up companies, as well as the causes and goals that determine the companies that own digital platforms (GAFAM) to undertake these acquisitions.

Throughout the paper we seek to provide a more accurate definition of the notion of a killer acquisition as well as to formulate the criteria based on which a transaction could be included in this category or if it shall be considered a pro-competitive transaction with positive outcome.

In light of these elements, we have a pragmatic approach and evaluate several decisive transactions from the recent past that have allowed the acquiring companies to strengthen their market position. Hence, we considered the origin of killer acquisitions as well as their particularities, in relation to their way of completion and their effects, to reach the conclusion that the period of killer acquisition was a chapter in the evolution of the digital sector, and that the competition authorities as well as the lawmakers succeeded despite a short delay to adopt resilient measures, which we anticipate to intensify and cover whole aspects of digital market in the near future.

JEL Classification: K21, L40, G34, O31, L86.

Keywords: *killer acquisitions, antitrust law, competition authority, competition Policy.*

Introducere

De cele mai multe ori, inovația apare fie prin perfecționarea unei etape a unui proces tehnologic, fie printr-o idee cu totul nouă, nemaîntâlnită până atunci. Inovația poate apărea în orice segment al pieței și reprezintă dorința antreprenorului de a materializa ideea sau produsul respectiv în profit. În primele etape ale apariției inovației, când ideea se află într-un stadiu conceptual, inovatorul stabilește cadrul teoretic și idealizează modul de funcționare, precum și impactul pe care inovația sa îl va avea pe piață. Apoi, odată ce se trece din stadiul conceptual în partea de implementare, apar dificultățile de valorificare însemnând atât recuperarea fondurilor investite, cât și obținerea de profit. Pentru implementarea cu succes a ideii sunt necesare fonduri, personal dedicat, cunoștințe temeinice despre piața relevantă (know-how), infrastructură de producție și multiplicare la un nivel care să susțină profitabilitatea, departamente specializate pentru achiziții, producție, marketing, dar și vandabilitatea produsului/serviciului creat pentru a fi comercializat efectiv. Odată ce au stabilit acest plan și îl urmează cu succes, companiile inovatoare (start-up companies) vor fi curtate cu insistență de competitori,

de alte companii care vor să intre pe piața respectivă sau doar să poată obține funcționalitatea inovatoare pentru uzul exclusiv.

Economia digitală

Motivul pentru care ne vom concentra atenția și analiza asupra sectorului digital sunt în primul rând ritmul rapid de creștere și nivelul masiv de capitalizare pe care îl au companiile din acest domeniu. De asemenea, au fost create rapid noi piețe asupra cărora câteva companii își dispută supremația, iar spre deosebire de orice alt sector economic convențional, în era digitală moneda principală de schimb nu mai este *banul*, ci informația despre utilizator. Încă din 2013 există studii¹ care afirmă că prin analiza datelor (precum câteva like-uri sau imagini postate și procesate prin tehnologia de recunoaștere a expresiei faciale) se pot anticipa trăsături de personalitate ale utilizatorilor. Noul model de business a fost perfecționat de Big Tech, unde prin fiecare interacțiune pe care utilizatorii-consumatori o au cu serviciul digital oferă și mai multe informații despre sine, care apoi sunt sistematizate și valorificate prin reclame ultrapersonalizate.

Fiecare dintre ecosistemele create de către marile companii generează efecte de rețea (network effects) atât din perspectiva utilizatorilor-consumatori care se obișnuiesc cu interfața, cu modul de funcționare și se bucură de un număr ridicat de *prieteni* pe care îi au în respectivul ecosistem (i.e. aplicație), cât și din perspectiva companiilor, care colectează un număr impresionat de date care le vor permite să ofere servicii mai personalizate, să anticipeze cerințele consumatorilor sau chiar să le determine să intre pe o piață complet nouă dacă în urma analizei interne a informațiilor (deținute în exclusivitate în baza propriei colectări) descoperă oportunități de diversificare către piețe noi².

Cele cinci companii care compun Big Tech – Google, Apple, Facebook, Amazon și Microsoft („GAFAM”) – au ajuns să domine sectorul digital. Fiecare dintre aceste companii deține și operează o platformă online unde facilitează întâlnirea între consumatori și companii dornice să își promoveze produsele sau serviciile prin publicitate sau între consumatori și vânzători de produse³. De obicei, aceste platforme online operează o piață bilaterală/duală (two sided-market) și oferă utilizatorilor un serviciu aparent gratuit, respectiv obțin venituri din publicitatea plătită de către companiile care vor să-și promoveze bunurile și serviciile utilizatorilor platformei. Profiturile semnificative ale companiilor digitale determină dorința altor companii, fie noi și inovatoare, fie deja cu o prezență stabilă în alt sector economic, să intre pe această piață, având în vedere teoria economică conform căreia unde sunt profituri peste medie concurența potențială se va materializa până când profiturile se vor *normaliza*, iar cererea va fi egală cu oferta.

¹ M. Kosinski, D. Stillwell, și T. Graepel, „Private Traits and Attributes Are Predictable from Digital Records of Human Behavior”, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 110, nr. 15 (9 aprilie 2013): 5802–5, <https://doi.org/10.1073/pnas.1218772110>.

² J. Prufer și C. Schottmüller, „Competing with big data”, 2017.

³ Directorate For Financial And Enterprise Affairs-Competition Committee, „Big Data: Bringing Competition Policy To The Digital Era”, 2016, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf).

Cu toate acestea, procesul natural de intrare pe piață este estompat de (i) efectele de rețea datorate dezvoltării unui ecosistem propriu, de (ii) inflexibilitatea consumatorilor de a utiliza o platformă nouă (switching costs), precum și de (iii) achizițiile atente ale companiilor Big Tech, care cumpără orice potențial competitor încă din fază incipientă. Un raport al OECD a stabilit că, odată ce o companie dominantă operează o platformă online, efectele de rețea și eficiențele derivate din analiza datelor obținute vor întări poziția dominantă chiar dacă produse/servicii noi sau mai bune sunt comercializate de noi concurenți⁴.

Modelul de business al companiilor care furnizează accesul gratuit la platforma lor este obținerea veniturilor din publicitate. Or, pentru a avea o rată de succes cât mai ridicată a publicității trebuie să oferi o publicitate ultrapersonalizată, care are la bază algoritmi de învățare a preferințelor utilizatorilor și modalități prin care li se poate influența comportamentul (nudges). În definitiv, trebuie să determini utilizatorii să petreacă cât mai mult timp pe platforma ta pentru a (îi) putea *mina de date*⁵ eficient pentru a-și alimenta baza de date.

Avantajul derivat din deținerea unor baze de date cu informații complexe despre consumatori și despre obiceiurile lor permite unei companii dominante să își consolideze poziția pe piață în trei moduri⁶: (i) poate folosi datele pentru a evalua și îmbunătăți experiența utilizatorilor și crește dependența acestora (user engagement), generând și mai multe date, (ii) poate intra pe piețe adiacente bazându-se pe informațiile deja deținute și (iii) poate vinde publicitate personalizată, care va genera venituri considerabile.

Pe lângă principala metodă de valorificare (indirectă) caracteristică utilizării fiecărei platformei online (Google, Microsoft și Facebook prin vânzarea reclamelor, Amazon prin permiterea accesului vânzătorilor la clienți care ar plăti mai mult pentru produsele lor), au apărut deja și servicii de valorificare directă. Astfel, serviciile premium oferite (e.g. Youtube Premium, Spotify Premium), în schimbul unui abonament lunar, scutește utilizatorii de reclamele pe care altfel sunt nevoiți să le urmărească.

Situația în care ne aflăm acum, în care deja avem câteva companii bine definite care compun Big Tech, permite achiziționarea oricărui potențial rival, fie mic sau de dimensiune medie. S-a ajuns în această situație în care avem o creștere constantă a puterii Big Tech pentru că întreg mecanismul acestor achiziții nu a fost analizat cu atenție sau nu a putut fi analizat de către autoritățile de concurență, întrucât fie nu existau instrumente care să evalueze corect impactul pe piață, fie nu se atinge pragul minim necesar notificării specific cotei de piață sau al valorii de piață⁷. În sectorul digital, cotele de piață ridicate nu presupun automat și putere pe piață, deoarece cotele

⁴ Directorate For Financial And Enterprise Affairs-Competition Committee; această legătură este numită de OECD o buclă de reacție (feedback loop) în care o companie cu o bază mare de utilizatori poate colecta mai multe date pentru a îmbunătăți calitatea serviciilor și pentru a dobândi noi utilizatori, generând la rândul ei și mai multe date despre cum se pot valorifica/monetiza informațiile deținute despre utilizatori.

⁵ Termen folosit de N. Economides și I. Lianos, „Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective”, *SSRN Electronic Journal*, 2020, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3686785>.

⁶ J. Furman et al., „Unlocking digital competition: Report of the digital competition expert panel”, *UK government publication, HM Treasury*, 2019.

⁷ R. Caiazza, „Recent Developments in EU Antitrust Enforcement against Big Tech” 15, nr. 2 (2019): 7.

de piață sunt volatile, mai ales dacă apare un produs nou și inovator din partea unui concurent⁸.

Specific platformelor din sectorul digital este parcursul lor atipic. Mai întâi se prestează un serviciu sau se oferă accesul la o platformă complet gratuit, compania internalizând toate costurile și reușind să supraviețuiască prin prisma fondurilor propriilor investitori. Apoi, atunci când s-a creat o anumită dependență din partea utilizatorilor, se vinde un spațiu pentru reclame companiilor interesate. Utilizatorii sesizează un disconfort, însă beneficiile pe care le obțin din utilizarea platformei depășesc inconvenientele publicității suportate. Dacă platforma ar dori monetizarea serviciilor prea repede, ar risca să nu aibă o bază de utilizatori suficient de loială cărora să le propună diverse reclame. Dacă Facebook ar fi fost valorificată de la început, nu ar fi devenit rețeaua socială care este astăzi, ci probabil un site cu poze ale studenților de la Harvard care ar fi fost plin de reclame la cafenele, biblioteci și baruri locale. Dacă dependența utilizatorilor de acest serviciu nu era pronunțată, atunci disconfortul creat de aceste reclame ar fi putut depăși beneficiul de a socializa, conducând la o renunțare la serviciile platformei. Se pare că momentul ales pentru monetizare a fost adecvat și a dus la crearea unui model câștigător.

Caracteristicile piețelor digitale – piața cu valoare nulă (zero-price market)

În ultima decadă a existat o creștere a fuziunilor și mai ales a achizițiilor în sectorul economiei digitale, iar majoritatea acestor tranzacții nu au fost analizate de către autoritățile de concurență, consumatorii aflând despre ele de cele mai multe ori din presă, ulterior încheierii tranzacției. Având în vedere că apar inovații în toate domeniile, în mod special cultivându-se utilizarea inteligenței artificiale în cât mai multe domenii, fie că este vorba de cercetare juridică sau de anticiparea unei boli doar în baza unor analize sau radiografii, crește digitalizarea. Iar companiile care sunt *poli digitali* se vor distanța de companiile care nu se vor adapta rapid și vor avea o abordare tradițională. Or, aceste schimbări se vor reflecta nu doar în sectorul tehnologie, acesta fiind doar punctul de plecare, ci se vor extinde în sănătate, politică, marketing, iar societatea va trebui să se adapteze noii realități⁹.

Una dintre particularitățile majore care au permis companiilor din sectorul digital să se extindă nestingherit constă în faptul că oferă accesul la platformele lor în mod gratuit. Acest lucru nu fusese prevăzut în regulile de concurență întrucât era contraintuitiv. Tocmai în acest context, utilizatorii trebuie să realizeze că într-o piață cu valoare nulă (zero market price) ei (prin datele pe care le furnizează) sunt produsul¹⁰. Colectarea datelor și compilarea lor prin mecanisme software specifice ajută deținătorii de platforme online să identifice nevoile cele mai stringente ale individului și să îl determine prin imboldurile (nudges) pe care le oferă (e.g. reclame personalizate) să cumpere anumite produse sau chiar să îi influențeze modelul de a gândi sau de a se raporta la societate.

⁸ Caiazzo.

⁹ C. Bueno, C. Zarzur, M. Chakmati, „Killer Acquisitions: Is Antitrust Prepared to Deal with Innovative Young Rivals?”, *Mulheres no Antitruste 2* (2020).

¹⁰ A se vedea și zicala *There is no free lunch in Economics*.

La o analiză preliminară, se poate observa că majoritatea tranzacțiilor din sectorul digital au fost concentrări conglomerate, adică concentrări între firme care se află în relații care nu sunt nici orizontale (în calitate de concurenți pe aceeași piață relevantă), nici verticale (în calitate de furnizori sau de clienți)¹¹. Poate că și din acest motiv majoritatea dintre ele (cele care au fost analizate) au trecut fără impunerea de angajamente părților. În aceste condiții, chiar dacă la momentul achiziției niciuna dintre cele două companii (i.e. nici compania-țintă, nici cumpărătorul) nu concurează în aceeași piață relevantă, impactul pe termen lung consta în lipsirea posibilității companiei-țintă de a se dezvolta pentru a deveni un concurent desăvârșit (full-fledged competitor). Mai mult, îngrijorările cresc atunci când este achiziționată tocmai compania care se află în poziția favorită (*în pole-position*) pentru a concura (cu) cumpărătorul în următorii ani¹².

În situația în care o piață are un lider bine definit, acesta are, de cele mai multe ori, și o putere de cumpărare disproporționată față de ceilalți concurenți. Astfel, se ajunge la un echilibru pe piață, în care soluția eficientă atât pentru companiile inovatoare, cât și pentru lider va fi ca acesta să le achiziționeze. Liderul este în postura de a oferi cel mai bun preț (mai ales dacă astfel va putea menține sau chiar crește diferența față de următorii săi), iar compania inovatoare țintește către un profit însemnat și cât mai rapid. Intrând în această spirală descendentă către o concurență redusă și polarizarea marilor companii, nu putem anticipa că, într-un sistem laissez-faire, piața își va reveni de una singură, fără intervenția autorităților, întrucât echilibrul eficient pentru ambele părți la tranzacție va fi vânzarea către cel mai puternic. Pentru a putea răzbate în acest mediu în care liderul ar absorbi concurenții, compania inovatoare trebuie să se axeze pe idei care vor aduce plusvaloare liderului pentru a spori vandabilitatea. Astfel, decât să îl concureze direct, vor tinde să se concentreze pe idei care vor ajuta la definirea unei poziții și mai pregnante a liderului. Ca efect subsecvent și pe termen lung, se poate afirma că liderul se va distanța de concurenți, dar și că din ce în ce mai puține companii vor reuși să inoveze pe această nișă (i.e. funcții complementare care să îmbunătățească ecosistemul liderului de piață), astfel încât se va ajunge la o polarizare a pieței în ritm accelerat: concurenții vor ieși de pe piață din cauza diferenței tehnologice și a efectelor de rețea a liderului, iar ulterior liderul nu va mai avea nevoie de aportul creativ al companiilor inovatoare, rezultând la o scădere a interesului de a achiziționa companii dat și de lipsa intenției de a inova în orice fel.

Noțiunea de asasinat economic

Noțiunea de asasinat economic (killer acquisition) a fost folosită prima oară în doctrină cu referire la industria farmaceutică, unde au fost observate multiple achiziții ale unor companii, care inventaseră sau urmau să inventeze un anumit medicament, de către un cumpărător care deținea în portofoliu un medicament concurent, tocmai cu

¹¹ Comisia Europeană, „Orientări privind evaluarea concentrărilor neorizontale în conformitate cu regulamentul Consiliului privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi” (2008), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=ES).

¹² L. Zingales, F. Scott Morton, Guy Rolnik, „Stigler Committee on Digital Platforms”, 2019; K.A. Bryan E. Hovenkamp, „Antitrust Limits on Startup Acquisitions”, *Review of Industrial Organization* 56, nr. 4 (iunie 2020): 615–36, <https://doi.org/10.1007/s11151-020-09751-5>.

scopul de a elimina concurența potențială/incipientă prin lipsa intenției de a comercializa produsul achiziționat¹³.

Astfel, atunci când o companie decide să achiziționeze o inovație creată de altă companie tocmai pentru a sista potențialul de creștere al acesteia, întrerupând în mod artificial procesul inovativ, putem vorbi de un „asasinat economic”¹⁴.

În diferite sectoare de activitate, mai ales în cele care se bazează pe inovație pentru acapararea unei cote de piață ridicate (e.g. servicii IT – unde, pe lângă inovația tehnică de a stoca/căuta/compila volume mari de date în cel mai scurt timp, se pune accent și pe simplificarea interfețelor pentru utilizatori, fapt ce poate face obiectul unui design inovator sau al unei idei noi, cum a fost invenția ecranului tactil), va fi mai eficient din punct de vedere economic pentru o companie, parte a unui oligopol, să achiziționeze o inovație pentru a nu-i fi erodate profiturile și pentru a o putea utiliza împotriva concurenților săi.

Pe lângă cazul școală/clasic avut în vedere, când asasinatul economic presupune cumpărarea unei companii pentru a sista inovația și implicit de a diminua potențiala concurență, există mai multe *varietăți*/consecințe ale unui asasinat economic. Cea mai pregnantă este nu sistarea *per se*, ci doar controlul ideii inovatoare prin dobândirea drepturilor de proprietate intelectuală aferente. Drept consecință, sunt sistate și eforturile de cercetare și dezvoltare ale cumpărătorului, odată ce are acces la produsul inovator al companiei recent achiziționate, aspect ce va fi acoperit în următoarele paragrafe.

De asemenea, un *model de business* blamabil îl reprezintă utilizarea informațiilor, cunoștințelor tehnice și a strategiilor de marketing agresive pentru a copia un produs sau a negocia contracte directe cu furnizorii originali, astfel încât să poată fi puse la dispoziția consumatorilor cele mai râvnite produse la un cost mai mic, canibalizând cota de piață a concurentului de la care s-a preluat ideea. Un astfel de fenomen conduce la excluderea de pe piață a companiei inițiale care a descoperit produsul profitabil fără niciun cost de achiziție pentru platforma *cumpărătorului*. Toate companiile care se află în această luptă disproporționată cu o platformă dominantă sunt catalogate a fi în zona de anihilare (*kill zone*)¹⁵, întrucât reprezintă o pradă ușoară și profitabilă pentru o companie mare.

În continuare, o altă formă a unui asasinat economic constă chiar în corolarul său, respectiv *asasinatul economic invers* (reverse killer acquisition). Această denumire este folosită de către Caffara¹⁶ pentru a desemna soarta cercetărilor aflate în desfășurare (dacă există) în compania cumpărătorului și care au același obiect precum cele ale companiei achiziționate, în sensul că ulterior tranzacției ele vor fi sistate întrucât se suprapun cu obiectul noii achiziții. Ipoteza avută în vedere se bazează pe faptul că achizitorul ar fi intrat oricum în piața societății cumpărate printr-o expansiune naturală, venind cu un produs propriu. Autoarea susține că sistarea eforturilor de cercetare ale achizitorului nu sunt benefice pentru societate și că între modelele „construiește” (în sensul extinderii naturale pe o piață) și „cumpără” (în sensul extinderii artificiale pe o

¹³ C. Cunningham, F. Ederer, S. Ma, „Killer Acquisitions Forthcoming in the Journal of Political Economy”, 2016.

¹⁴ Cunningham, Ederer, Ma.

¹⁵ A se vedea S.K. Kamepalli, R. Rajan, L. Zingales, „Kill zone” (National Bureau of Economic Research, 2020).

¹⁶ C. Caffarra, „How Tech Rolls”: Potential Competition and „Reverse” Killer Acquisitions”, *Competition Policy International* (blog), 27 mai 2020, <https://www.competitionpolicyinternational.com/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions/>.

pieță prin achiziție) multe companii din sectorul digital și din industria farmaceutică aleg să scurteze timpul și efortul pe care ar trebui să le aloce unei creșteri organice¹⁷; astfel se pierde un potențial competitor – cel constituit de cumpărător.

Astfel, pe lângă faptul că are discreția de a folosi (sau nu) inovația achiziționată, cu siguranță îi lipsește pe competitorii săi de aceasta. Pentru a contracara intenția unei companii de a aduce pe piață o idee care poate schimba statu-quo-ul venind cu acea *distrugere creatoare*¹⁸, liderul va dori să-și însușească ideea pentru a-și putea menține în continuare poziția pe piață. Observăm că se creează o practică – rațional economică – care conduce la situația în care orice idee inovatoare va fi cumpărată în stadiu incipient fie pentru a fi utilizată de lider în consolidarea propriei poziții, fie doar pentru a o pune într-un con de umbră și pentru a nu le permite competitorilor accesul și apropierea de cota lui de piață.

Plecând de la o observație din industria farmaceutică¹⁹, putem spune că și în marile companii din sectorul digital procesul de cercetare și dezvoltare devine arid cu timpul, nereușind să mai producă descoperiri inovatoare, și de aceea achiziționarea ideilor aparținând unor companii mai mici a devenit un model de business eficient pentru multe companii. În aceste condiții, amintim și rezultatele unui studiu recent pe piața farmaceutică conform căruia achizițiile au condus în general la diminuarea activității de cercetare și dezvoltare atât a companiei cumpărătoare, cât și a concurenților ei²⁰.

Dintr-o altă perspectivă, se poate afirma că modelul de business adoptat de către companiile mari nu este altceva decât outsourcingul cercetării către terțe companii mai mici, care doresc să-și asume riscul, iar ulterior să fie cumpărate. Mai mult, pe lângă calculul pragmatic prin care companiile mari au realizat beneficiile achiziționării doar a proiectelor de cercetare și dezvoltare viabile, studiile²¹ indică faptul că de cele mai multe ori companiile mari reduc fondurile pentru cercetare pentru că este mai *economic* pentru ele să delege riscul și mai eficient să cumpere un produs finit și sigur decât să investească fără a avea certitudinea că descoperă ceva (în timp util). Prin acest lucru, nu doar că există o certitudine cu privire la ceea ce cumpără, dar însuși riscul aferent cercetării este internalizat de companiile inovatoare mai mici și doar cele care au potențial serios să se impună pe piață vor fi cumpărate; celelalte care nu vor atrage suficiente fonduri sau ale căror idei nu vor prinde la public vor suporta singure (alături de investitorii lor) pierderile, fără ca marile companii să piardă vreun ban.

Inovarea este motorul concurenței, indiferent de calitatea inovatorului. Economistul austriac Joseph Schumpeter susține că într-o piață (sau într-un segment al acesteia) dorința (necesitatea) companiilor prezente de a inova este direct proporțională cu presiunea competitivă careia trebuie să-i facă față²². Mergând mai departe și privind concurența dintr-o perspectivă economică, Schumpeter o definește ca un proces

¹⁷ Caffarra.

¹⁸ A se vedea J. Tavares de Araújo Jr, „Schumpeterian competition and its policy implications: The Latin American Case”, *Brazilian Journal of Political Economy* 19, nr. 4 (1999).

¹⁹ D. Daniel Sokol, „Merger Law for Biotech and Killer Acquisitions”, *Fla. L. Rev. Forum* 72 (2020): 1.

²⁰ J. Haucap, A. Rasch, Joel Stiebale, „How mergers affect innovation: Theory and evidence”, *International Journal of Industrial Organization* 63 (2019): 283-325, <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2018.10.003>.

²¹ G.M. Phillips, A. Zhdanov, „R&D and the Incentives from Merger and Acquisition Activity”, *The Review of Financial Studies* 26, nr. 1 (2013): 34-78.

²² de Araújo Jr, „Schumpeterian competition and its policy implications: The Latin American Case”.

dinamic în care companiile se străduiesc să supraviețuiască în pofida unui *set de reguli* care se schimbă permanent și care stabilește astfel câștigătorii și pierzătorii. Mai mult, acesta afirmă că, într-o piață concentrată, stimulii ce determină o companie să inoveze constau în posibilitatea de a ajunge lider prin inovare și folosind informații asimetrice, urmând ca, mulțumită acestei calități, să exploateze poziția dominantă și să-și mărească profitul²³.

Desigur, trebuie făcută diferența între dorința de a inova și capacitatea de a o face. Însă, chiar dacă, de obicei, companiile mari au bugete și departamente dedicate și sunt cele care indubitabil au cea mai bună poziție pentru a inova, acestea nu au dorința de a o face întrucât, dacă au o poziție dominantă, preferă să fructifice acest lucru fără a investi sume considerabile de bani pentru a oferi produse mai bune consumatorilor.

Arrow susține că o companie dominantă nu va inova de teama canibalizării propriilor produse, reușind să-ți mențină profiturile prin prisma poziției sale privilegiate²⁴. Totuși, tot Arrow explică faptul că există inovare din partea companiilor dominante tocmai datorită incertitudinii cu privire la menținerea poziției dominante care va determina liderul de piață să inoveze²⁵.

Pentru a împăca viziunea lui Schumpeter și pe cea a lui Arrow, Shapiro²⁶ armonizează și integrează viziunile celor doi, plecând de la punctul lor comun, și anume că este de necontestat că inovarea este mai intensă într-o piață unde nu există certitudine cu privire la liderul acesteia (concurenții încercând să dobândească o cotă cât mai mare), și vine cu completarea că toate companiile concurează între ele pentru a prelua cât mai mult din vânzările lor viitoare pe piața respectivă.

De cele mai multe ori, companiile care se află într-o poziție confortabilă aduc mici îmbunătățiri produselor lor cunoscute (e.g. un facelift pentru industria auto, o nouă schemă de culori sau adăugarea unei camere foto pentru telefoane), fără însă a promova un beneficiu major consumatorilor. Interesul lor este de a avea o canibalizare controlată a profitului datorat propriilor produse și, de aceea, marketingul are un rol important, atrăgând atenția consumatorilor asupra micilor îmbunătățiri drept descoperiri majore. Cei care vor să aducă o *distrugere creatoare* sunt *outsiderii*, care contestă poziția celor prezenți deja pe piață. Apariția telefonului inteligent sau, mai recent, a industriei auto exclusiv electrice au fost inovații care au schimbat statu-quo-ul și au redefinit o piață cu alți lideri²⁷.

Atunci când un produs sau un serviciu este capabil să creeze o nouă piață, companiile trebuie să se adapteze rapid *pentru a concura pentru acea piață*, nu *în acea piață* ca în varianta clasică. Interesant este că, în viziunea Școlii din Chicago, laissez-faire ar funcționa și în aceste condiții atât timp cât cel care a avut primul avantajul inovării nu va simți presiunea competitivă a celorlalți, o *frică existențială* – nu o oportunitate de

²³ de Araújo Jr.

²⁴ K.J. Arrow, „Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”, 1962.

²⁵ Arrow.

²⁶ C. Shapiro, „Did arrow hit the bull's eye”, *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*. Chicago: University of Chicago Press (para NBER), 2012.

²⁷ A se vedea R. Cuthbertson, P.I. Furseth, S.J. Ezell, „Apple and Nokia: The Transformation from Products to Services”, în *Innovating in a Service-Driven Economy: Insights, Application, and Practice*, ed. R. Cuthbertson, P.I. Furseth, S.J. Ezell (London: Palgrave Macmillan UK, 2015), 111-29, https://doi.org/10.1057/9781137409034_9, OECD, „Start-Ups, Killer Acquisitions and Merger Control”, OECD, 2020, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)24/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)24/en/pdf).

tranzacționare prin care să-și mărească influența din partea concurenților²⁸. În acest context, Katz²⁹ afirmă că, atunci când competitorii se luptă pentru crearea unei noi piețe (competition for the market), este mai profitabil să fuzioneze, indiferent de rata cu care ar intra pe piață competitorii subsecvenți sau de profiturile viitoare actualizate (discounted future profits).

Totuși, Bryan și Hovenkamp³⁰ vin și contrazic parțial această ipoteză, susținând că, potrivit rezultatelor studiului lor, dacă politica concurențială într-o jurisdicție ar fi complet laissez-faire, comportamentul/deznodământul companiilor nou-înființate va fi ineficient pentru consumatori, în sensul că respectiva idee inovatoare va fi cumpărată, fie de lider, pentru a o folosi pentru sine și totodată ținând-o departe de competitori, fie de următorul de pe locul al doilea, pentru a diminua diferența tehnologică față de lider, dacă liderul apreciază ineficientă achiziția. Mai mult, ei argumentează că și atunci când nu i-ar aduce un beneficiu real, neputând să o utilizeze/integreze în propriul ecosistem, liderul o va achiziționa pentru a-și menține poziția prin restricționarea posibilității următorului de a se apropia³¹. Astfel, nu se pot crea premisele unui competitor real care să schimbe ordinea pe piață, consumatorii nereușind să beneficieze de inovații, întrucât orice beneficiu/eficiență va fi absorbit de companiile care deja au o cotă importantă pe respectiva piață.

De multe ori s-a observat că, în practică, inovația reprezintă doar o îmbunătățire marginală sau un complement³² al produsului deja deținut de cumpărător și rar se întâmplă ca la momentul tranzacției să fie cumpărată o societate autonomă care s-a dezvoltat independent pe piață. Astfel, este dificil de anticipat dacă societatea-țintă ar fi intrat pe piață și ar fi comercializat cu succes produsul (încât să se poată autofinanța). În același sens afirma și Tomasson Valletti, economist-șef al Departamentului de Concurență al CE, că permițând unei companii precum Google, care are deja „un miliard de aplicații”, să achiziționeze o altă aplicație aduce un beneficiu social limitat comparativ cu permiterea companiei să se dezvolte și eventual să devină un concurent important³³. Totuși, în acest context, trebuie avut în vedere scenariul în care respectiva companie are resursele și potențialul de a se dezvolta independent și nu cazul în care, în lipsa achiziției, ar putea intra în insolvență.

²⁸ OECD, „Start-Ups, Killer Acquisitions and Merger Control”, 10.

²⁹ M.L. Katz, „Big Tech Mergers: Innovation, Competition for the Market, and the Acquisition of Emerging Competitors”, *Information Economics and Policy*, septembrie 2020, 6, <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100883>.

³⁰ Bryan și Hovenkamp, „Antitrust Limits on Startup Acquisitions”.

³¹ În sectorul digital ideile inovatoare sunt protejate prin patente, iar cine deține drepturile de autor le poate monetiza. Dacă luăm în calcul deținerea exclusivă a drepturilor de autor, fără obligația/posibilitatea de a acorda o licență de utilizare și celorlalți competitori, atunci cumpărătorul se va diferenția de competitori cu cât ideea protejată și deținută în exclusivitate este mai revoluționară; în continuare a se vedea investigația în curs deschisă de Competition and Markets Authority împotriva Tesco pentru restricționarea accesului la terenuri pentru competitorii care doreau să își deschidă supermarket în proximitatea magazinelor Tesco – <https://www.gov.uk/government/news/cma-demands-action-after-tesco-blocks-rival-supermarkets>.

³² Bryan și Hovenkamp, „Antitrust Limits on Startup Acquisitions”.

³³ J. Aranze, „DG Comp Chief Economist: Reverse Burden of Proof to Catch Killer Acquisitions”, noiembrie 2018, <https://globalcompetitionreview.com/dg-comp-chief-economist-reverse-burden-of-proof-catch-killer-acquisitions>.

Evaluarea posibilității cumpărătorului de a intra în mod natural pe piața unde activează compania-țintă

Pentru a evalua *ex-ante* intenția unui cumpărător de a intra natural/organic pe piața unde activează compania-țintă, analiza poate avea ca punct de plecare suma pe care e dispus să o plătească dacă tranzacția nu s-ar putea realiza³⁴. Aceasta reprezintă un indicator care semnalează când achizitorul este interesat de un produs sau un serviciu complementar activității sale și care i-ar permite să intre pe o altă piață în viitorul apropiat. Atunci când un cumpărător oferă un preț consistent înseamnă că societatea-țintă deține „bunuri” (e.g. cunoștințe tehnologice, angajați specializați sau baze de utilizatori) și are potențial de creștere, putând să ajungă chiar să concureze pe piața cumpărătorului³⁵.

Dacă în lipsa autorizării tranzacției cumpărătorul ar urma să intre organic pe piața relevantă a companiei-țintă, atunci putem afirma că tranzacția reprezintă o diminuare a presiunii concurențiale (viitoare), în consecință având un efect negativ asupra bunăstării consumatorilor. Plecând de la această definiție *lato sensu*, putem include multe tranzacții în categoria de asasinate economice. Totuși, pentru a nu asimila noțiunea de asasinat economic cu reducerea presiunii concurențiale, suntem de părere că pentru a fi un asasinat economic trebuie ca respectiva tranzacție să determine sistarea comercializării produsului/serviciului achiziționat, iar compania-țintă să fi avut potențialul de a concura cumpărătorul.

În final, amintim că potrivit studiului Latham et. al.³⁶ pot fi distinse mai multe categorii de achiziții și care se referă la:

- îmbunătățiri marginale pentru activitatea principală bază a cumpărătorului, în care compania achiziționată a avut o idee/tehnologie specifică, dar nu ar fi avut scopul, resursele și nici dorința de a concura cu cumpărătorul (e.g. Apple a cumpărat companii specializate în semiconductori, realitate augmentată și recunoaștere vocală, iar Amazon a cumpărat companii de distribuție);
- bunuri complementare activității principale (e.g. Google a achiziționat companii în cloud computing, iar Apple a achiziționat companii de cartografiere);
- servicii integrate vertical care se integrează în ecosistemul cumpărătorului, care însă nu puteau reprezenta o amenințare reală pentru activitatea principală a cumpărătorului (e.g. Amazon a achiziționat companii de streaming video, iar Apple a cumpărat tehnologie de recunoaștere a muzicii);
- domenii de activitate noi, fără legătură directă cu activitatea de bază, dar care ajută la diversificarea ecosistemului (e.g. Amazon și Google au achiziționat mai multe companii în domeniul automatizării și securității locuințelor, iar Apple și Google au făcut achiziții în sănătate/fitness);
- tehnologii actuale, spre care se orientează GAFAM simultan (e.g. inteligență artificială, recunoașterea vocii, prelucrarea și analiza datelor);

³⁴ O. Latham, I. Tecu, N. Bagaria, „Beyond killer acquisitions: are there more common potential competition issues in tech deals and how can these be assessed?” (CPI ANTITRUST CHRONICLE, 6 octombrie 2020).

³⁵ Katz, „Big Tech Mergers”.

³⁶ Latham, Tecu, Bagaria, „Beyond killer acquisitions: are there more common potential competition issues in tech deals and how can these be assessed?”.