

Мр Сања Граић-Спејановић,
Асистент на Факултету политичких наука
Универзитета у Београду

UDK 339.923:65.011
(прегледни чланак)

Фузије предузећа у антимонополском праву Европске уније

Резиме

Фузије предузећа нису директно подвргнуте општим нормама европског антимонополског права, односно генералној забрани монополског споразумевања из члана 85. и забрани злоупотребе доминантног положаја из члана 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ. Традиционални став европске легислативе према спајању предузећа јесте афирмативан, с обзиром да фузије представљају један од најефикасних начина увећања конкурентске способности европских компанија на светском тржишту. Међутим, уколико се дејства фузије рефлектују на унитарном тржишту, пада се оне подвргавају другачијим критеријумима контроле, с обзиром на опасност повреде интереса других европских предузећа.

Најзначајнији правни извор у комуниарном праву конкуренције за питања узрочно-последичног односа спајања предузећа и нарушавања конкуренције јесте Правило о контроли концентрација између предузећа из 1990. године, којим су предвидјене санкције за оне случајеве спајања којима се ствара или јача доминантна позиција и које резултирају значајним смањењем ефективне конкуренције на заједничком тржишту. Институт ефективне конкуренције проистекао је из традиције европског антимонополског права. Ефективна конкуренција представља правни стандард уставновљен комисијом између поштуне конкурен-

ције као идеалног појма и дозвољеног испољавања тржишне моћи, као минимума остваривања слободе удруживања и ефикаснијег пословања, путем спајања са другим предузећем.

Најважнији аспекти примене антимонополских прописа у савременим условима пословања јесу превенција, путем прописивања обавезне пријаве надлежним органима одређених категорија спајања и утврђивањем прага тржишног учешћа, односно вредносних фузије, што је још један од доприноса европске свейској доктрини и пракси права конкуренције.

Кључне речи: Ефективна конкуренција, нарушавање конкуренције, хармонизација прописа, Правило о контроли концентрација предузећа, хоризонталне интеграције, концентрациона и кооперативна повезивања, тржишни удео, злоупотреба доминантног положаја, индиректна и директна контрола спајања предузећа.

Спајање предузећа јесте широко распрострањена тенденција у европској пословној пракси. Дејства фузије рефлектују се на унутрашњу структуру предузећа, али и на промену њиховог понашања на тржишту. Стварањем услова за ефикасније пословање спојених предузећа настаје и опасност од стицања, јачања и злоупотребе доминантног положаја.

Спајање предузећа схваћено као операција која резултира трајним променама у његовој структури има свој правни и економски аспект.

Спајање предузећа у правном смислу подразумева стварање новог предузећа, на које се преноси укупна имовина предузећа која се гасе без спроведене ликвидације, у замену за акције новог предузећа или новчану исплату, чија вредност не прелази 10% номиналне вредности акција, односно, уколико немају номиналну вредност, рачуноводствене вредности.¹⁾

Економско спајање односи се на формирање групе предузећа са циљем да се аутономна преузимања повежу тако да постоји узајамно учешће и реципроцитет управљања једних у другима.²⁾

Контрола укрупњавања предузећа спада у посебну и врло развијену област европског права конкуренције.

Правила европског права конкуренције која се тичу спајања предузећа примењују се по правном аутоматизму и на компаније које нису из земаља чланица Европске уније, уколико њихове активности имају утицај на стање конкуренције на унитарном тржишту.³⁾

1. Third Council Directive, Art.4

2. Commission Notice Regarding Concentrative and Cooperative Operations (the Joint Venture Notice), App.7; Види: Bos P., Stuyck J., Wytinc P.: "Concentration Control in the European Economic Community", Brussels, 1992., p.139

3. Види: Лопандић Д., Хармонизација и садржај привредног права Европске заједнице, Правни живот бр. 5-6, Београд, 1992., с.714

Савремено европско право, мада фаворизујући фузије као облик слободе удруживања привредних субјеката, али и као начин јачања конкурентности домаћих у односу на ваневропска предузећа на светском тржишту⁴⁾, садржи детаљну антимонополску регулативу спајања предузећа.

Европско антимонополско право има за циљ да онемогући стварања или отклони баријере слободној трговини на јединственом тржишту, подржавајући при том ефикасност, иновације и снижење цена у пословању.⁵⁾

Европско антимонополско право садржи две категорије правила:

- правила која се односе на споразумевање два или више субјекта које може имати и елементе завере – ово су норме понашања и
- правила која се односе на доминантан положај, која представљају мешовите норме, с обзиром да њихова примена подразумева испуњење два услова; доминантну позицију на тржишту као структурални предуслова и понашање које је усмерено на злоупотребу таквог положаја.⁶⁾

Конституисање права конкуренције Европске уније везано је за сам моменат њеног настанка и Уговор о оснивању ЕЕЗ, што говори о значају који ова област има у унитарном праву.

За усклађивање постојећих прописа и стварање новог права и у овој области Уговор о оснивању предвиђа два узајамно допуњавајућа метода. Први се односи на приближавање, координацију и хармонизацију⁷⁾, а други на традиционалну правну технику унификације права.⁸⁾

У тексту Римског споразума, међутим, место нису наше одредбе о контроли спајања предузећа. Два су разлога за то: тржишна интеграција и светска конкурентност. Наиме, транснационалне фузије биле су један од основних инструмената у правцу остварења јединственог тржишта, јер су омогућавале брзо превазилажење националних баријера. Са друге стране, ту је стална тежња за надигравањем америчких привредних гиганата у светској тржишној утакмици.

4. Обезбеђивање компетитивног европског тржишта наведено је као први од пет суштинских елемената за утемељење европске економске интеграције по споразуму из Мастрихта. Остали елементи су: европска монетарна унија, отвореност спрам земаља нечланица, уједначавање нивоа развијености између земаља и региона и усмереност на изградњу Европског друштва. Више види код: Савић Н., Постоје ли могућности за нормализацију наше економске политике и њено прилагођавање са споразумом из Мастрихта?, Финансије бр. 9-10, Београд, 1992., с.488

5. Jacobs D., Stewart-Clark J.: "Competition Law in the European Community", London, 1991., p.19; Timberg S.: The Effect of the European Common Market on Anti-Trust and Patent Policy", Legal Problems in International Trade and Investment, New York, 1962., p.71

6. Види: Bos P., Stuyck J., Wytinck P.: "Concentration Control in the European Economic Community", Brussels, 1992., p.3

7. Види: Winters L., Wang Z., Eastern Europe's International Trade, Manchester, 1997., p.45

8. Види: Вукадиновић Р., Општа питања слободе оснивања предузећа и хармонизације права трговачких друштава у оквиру ЕЕЗ-а, Правни живот бр. 11-12, Београд, 1990., с.1775

Правила права конкуренције Европске уније која за циљ имају регулисање понашања привредних субјеката у конкурентским односима на европском тржишту имају супранационални карактер.

У случају постојања правне регулативе Европске уније и правне регулативе држава чланица о једном питању, поставља се питање које је од њих више, јаче и има превенство примене у случају њиховог сукоба.

С обзиром да Уговор о оснивању представља међународни уговор, његове одредбе су инкорпорисане у унутрашња права држава чланица по правном аутоматизму, према општим правилима.

Уговором о оснивању ЕЕЗ установљен је независни правни поредак чија решења обавезују не само државе чланице и њихове владе, већ и правна и физичка лица.

Дакле, право конкуренције Европске уније јесте примарно у односу на национална права држава чланица.

Домашај примене прописа конкуренције у унитарном праву одређен је у персоналном и територијалном смислу.

Персонални домашај права конкуренције подразумева његову примену на пословне односе између предузећа. При томе се појам предузећа одређује уз примену критеријума комерцијалне или привредне делатности као основног. Појам предузећа у смислу унитарног права конкуренције представљају стога како правна, тако и физичка лица која обављају привредну активност.⁹⁾

За територијално дејство права конкуренције, сходно теорији ефекта, није од значаја где је настало или одакле је изазвано понашање које се регулише антимонополским нормама, већ на којој територији је изазвано дејство или је настала последица.

За правни режим фузија у унитарном праву као претходно питање поставља се решења антиномије савременог привредног живота – како подстицати удруживање европских предузећа која би била у могућности да конкуришу изваневропским компанијама а да се при томе не наруши конкуренција на европском тржишту и не угрози положај малих предузећа.¹⁰⁾

9. Физичка лица обављају економску делатност сами или преко контролисаних фирми, а могу бити ангажовани и као комерцијални саветници од стране трећих лица. Персонални домашај права конкуренције односи се и на удружења предузећа која послују преко својих представника, као и удружења која нису званично регистрована, али обављају комерцијалну делатност. Правила конкуренције имају се применити и на непрофитна предузећа и организације, уколико су ангажована на одређеним пословима комерцијалне природе, с обзиром да се обављање комерцијалне делатности не изједначава са пословањем у циљу стицања добити. Више види код: Вукадиновић Р.: Право Европске уније, Београд, 1995., с.204

10. Јанковец И.: “Сузбијање опасности која због доминантног положаја неког предузећа може да настане за слободну утакмицу на тржишту”, Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније”, Крагујевац, 1994., с.69

Контрола фузија у европском праву се остварује као:

- Индиректна контрола, применом чланова 85. и 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ и
- Директна контрола, која се остварује у два домена: применом комуни-тарних прописа, а пре свега Правила о контроли концентрација која имају комунитарну димензију, са једне, и применом националних прописа¹¹⁾ на случајеве малих и средњих фузија, са друге стране. Прописи националних законодавстава о контроли спајања фузија, без обзира на значајне међусобне разлике, имају за општи став давање примата принципу тржишне структуре над критеријумом оцене злоупотребе понашања.

1. Правна регулатива

1.1. Уговор о оснивању ЕЕЗ

1.1.1. Монополско споразумевање

Чланови 85. 86. представљају темеље на којима је грађено антимонополско унитарно право, које је до данас дограђивано и развијено у најзаокруженији и нај-модернији правни систем ове врсте у свету.

Одредбама члана 85. прописана је забрана за све рестриктивне споразуме између предузећа, одлуке удружења предузећа и договорну праксу удруживања којима се може утицати на трговину између држава чланица и чији су циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта.

Заједничко тржиште почива на четири основне слободе: слободи кретања лица, слободи кретања капитала, слободи промета робе и слободи вршења услуга. Његово функционисање у правном смислу претпоставља доношење низа аката секундарног законодавства у циљу обезбеђења услова за дозвољену конкуренцију.

Заједничко тржиште се дефинише као простор на коме се сучељавају понуда и тражња свих држава чланица без дискриминације од држава чланица или било ког другог облика извитоперења конкуренције.¹²⁾

Ограничење конкуренције, односно монополско понашање, односи се на три, по обиму и по садржини, различита вида негативног деловања на конкуренцију којима се она или спречава, или ограничава или извитоперује. При томе није неоп-

11. Специфична одлика контроле фузија јесте примена принципа узајамног судског ексклузивитета, наспрам теорије двоструке баријере која се примењује у случајевима антимонополске регулативе других питања. Види: Dupre B.: "EEC Merger Control and the Oligopoly", London, 1993., p.27

12. Вукадиновић Р.: "Појам комунитарног правног система и правне карактеристике унутрашњег тржишта у Европској заједници", Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске Уније", Крагујевац, 1994., с.14

ходно да је реч о постојећој конкуренцији, већ и потенцијална конкуренција може бити објект заштите.

У одређеним случајевима прописана је могућност изузимања споразума од генералног принципа забране, појединачна или групна.

Последица забране монополских споразума је њихова ништавост.

Појам споразума из члана 85. одређује се према унитарном праву (при чему је улога Суда правде доминантна), а општи принципи грађанског, трговачког и компанијског права држава чланица могу се применити само у недостатку унитарних правила.

Картелни споразум представља правно релевантну сагласност воља два или више предузећа, која има за циљ или за последицу спречавање, ограничавање и нарушавање конкуренције чиме се може утицати на трговину између држава чланица.

Картелни споразуми подразумевају постојање три елемента:

- реч је о хоризонталном ограничењу конкуренције;
- у склапању и извршењу учествује више предузећа приближне економске снаге;
- учесници су обавезни на предузимање споразумом предвиђених мера.¹³⁾

Различити видови картелног споразумевања (уговори, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса) односе се на различите степене сагласности воља привредних субјеката, од најнижег – прећутног споразумевања у случају усаглашене праксе, преко изричитих споразума којима недостаје правна снага – цен-тлменских споразума, до највишег степена усаглашености релевантних воља – картелних споразума закључених у одређеној правној форми.¹⁴⁾

Члан 85. Уговора о оснивању ЕЕЗ релевантан је за спајање предузећа као уговорни однос између привредних субјеката, који се дефинише у смислу класичних уговора грађанског права, односно као сагласност воља усмерених на одређени правно дозвољени предмет.

Примену члана 85. на фузије треба тумачити веома рестриктивно, јер је генерални став Европске комисије да његове одредбе нису погодне за примену у случајевима статусних спајања, пре свега зато што би био обухваћен сувише велики број случајева спајања предузећа, али и с обзиром да институт ослобођења из тачке три овог члана није примењљив на фузије, као и због неадекватности санкције ништавости из тачке два за овај институт

13. Шогоров С: “Средстава ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније”, Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније, Крагујевац, 1994., с. 52

14. Шогоров С.: “Средства ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније”, Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније”, Крагујевац, 1994., с.53

1.1.2. Доминантан положај предузећа на тржишту

Одредбама члана 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ регулисано је понашање предузећа или групе предузећа која су стекла доминантан положај на унитарном тржишту.

Тржишна доминација представља способност предузећа да самостално формира цене или се на други начин понаша независно од постојећих услова на тржишту. То значи да доминантно предузеће није изложено довољном степену конкуренције, који је иначе карактеристичан за односно тржиште.

Сматраће се да доминантна позиција постоји када тржишно учешће привредног субјекта износи изнад 40% или 45%, иако тај удео по себи не значи и постојање контроле тржишта.

За спајања предузећа која резултирају тржишним учешћем мањим од 25% постоји претпоставка да не нарушавају ефективну конкуренцију.

Само стицање монополског или доминантног положаја не сматра се забрањеним, већ је забрањена само његова злоупотреба.

До злоупотребе доминантног положаја долази када се доминантан положај одржава неодговарајућим понашањем којим се нарушава конкуренција.

Појмови “доминантан положај” и “злоупотреба” нису дефинисани законским текстом.

Чланом 86. наведени су одређени типични примери злоупотребе доминантног положаја.

Нарушавање конкуренције злоупотребом доминантног положаја претпоставља постојање три елемента: да једно или више предузећа имају доминантан положај на релевантном тржишту, да на неодговарајући начин користе свој положај и да таквим понашањем могу утицати на трговину између држава чланица.

Спајање предузећа може резултирати стварањем или јачањем доминантне позиције која омогућава фактичко лидерство у ситуацији када стварна или потенцијална конкуренција бива у значајној мери одстрањена или нарушена на значајном делу релевантног тржишта.

Чланом 86. регулисани су случајеви стицања доминантног положаја предузећа интерним развојем, као и ситуације фузија предузећа које су резултирале стварањем или јачањем доминантног положаја.

Члан 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ релевантан је, дакле, за фузије у случају кумулативног испуњења два услова:

- доминантан положај на тржишту предузећа које је проистекло из операције фузије
- злоупотреба доминантног положаја предузећа.

Поставља се, међутим, питање корелативне везе између два наведена услова у светлу фузије као предмета антимонополске регулативе.

Наиме, у случају доминантног положаја предузећа које је настало спајањем може бити основа за преиспитивање оправданости фузије.

Међутим, како је у унитарном праву санкционисана само злоупотреба доминантног положаја које је регистровано и послује као самосталан и јединствен правни субјект, па је оправдано поставити питање да ли је чињеница да је порекло његовог настанка фузија довољна “правна копча” која би упутила на примену анти-монополских норми.

Уколико је одређено предузеће стекло доминантну позицију на тржишту, што по себи није кажњиво, оно може спајањем са другим предузећем појачати тржишну моћ и злоупотребити свој положај, што несумњиво потпада под домашај режима забране из члана 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ.

Унитарно право тржишну доминацију дефинише као динамички процес, па се за доминацију на тржишту за коју се процени да неће дуго трајати сматра да не представља значајнију опасност за остваривање конкуренције.¹⁵⁾

Питање граница домета одредаба члана 86. у случају фузија и даље је отворено, у домену проблема као што су, на пример, могућност примене члана 86. у случају фузије путем преузимања доминантног предузећа од стране недоминантног, затим непостојања конзистентног система пред-фузионе нотификације чиме је повређено начело јавности, примена одредаба члана 86. на проблем колективне доминације и друго.

Основна дилема везана за примену члана 86. на фузије предузећа, ипак, јесте да ли има смисла не контролисати фузије које резултирају стварањем предузећа које има доминантну позицију на одређеном тржишту и евидентно нарушава конкуренцију, с обзиром на чињеницу да је примена члана 86. предвиђена за случајеве када већ постојеће доминантно предузеће злоупотребљава свој положај.

1.1.3. Примена чланова 85. и 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ на фузије предузећа

Чланови 85. и 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ регулишу два различита облика тржишног понашања предузећа.

Чланом 85. регулисано је стицање колективне тржишне моћи на основу одређених видова споразумевања између привредних субјеката.

Чланом 86. регулисано је понашање одређеног привредног субјекта који располаже одређеним степеном тржишне моћи.

У неким ситуацијама, ипак, долази до преклапања у домену примене ова два члана, када се не може разграничити да ли се ради о посебним, одвојеним актима два или више привредних субјеката или између њих у одређеном домену постоји поклапање, односно сагласност, што ће релативно често бити случај на олигополским тржиштима.¹⁶⁾

15. Постоји више критеријума на основу којих се може разумно очекивати да ће доминантан положај једног предузећа на тржишту бити краткотрајан: тржиште које је у настајању, тржиште производа велике вредности и сл.

16. Марковић-Бајаловић Д.: “Тржишна моћ предузећа и антимонополско право”, Београд, 1998., с.64

Примена правила из чланова 85. и 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ нема за циљ да забрани, па чак ни успори фузионе активности привредних субјеката, већ да оцену њихове компатибилности са заједничким тржиштем учини бржом и поузданијом, а у случајевима када спајање озбиљно прети нарушавању слободне конкуренције, да ефикасније спречи њихова негативна дејства.¹⁷⁾

За признавање директног дејства и спровођење одредаба чланова 85. и 86. Уговора о оснивању, било је потребно донети посебна имплементирајућа правила и упутства, од којих је за област спајања предузећа свакако најважније Правило о фузијама броји 4064/89.

Став Комисије европске уније био је да одредбе чланова 85. и 86. нису погодне за директну примену у области фузија предузећа. Члан 85. Уговора о оснивању може се применити на концентрације које су базиране на споразумима између предузећа којима се ограничава конкуренција. Међутим, његова шира примена не би имала правно оправдање из следећих разлога:

- Критеријуми на основу којих се оцењује постојање картела не могу се примењивати на случајеве концентрације. Фузије су увек недозвољене уколико доводе до неумерене тржишне снаге, за разлику од одређених облика рестриктивних споразума који се смарају допуштенима уколико је корист од њихове примене већа од штете коју наносе конкурентским односима на тржишту.
- Санкција апсолутне ништавости предвиђена ставом 2. члана 85. Уговора о оснивању непримерена је на концентрације којима се вређају одредбе из става 1. овог члана и нису подесне за изузетке предвиђене ставом 3. истог члана.
- Правне последице забране концентрације нису подесне за реституцију.
- Уколико би се на фузије предузећа примењивале одредбе члана 85. Уговора о оснивању, онда би концентрације настале пре ступања на снагу Правила број 17. (март 1962. године) биле ништаве уколико су њима повређене одредбе члана 85., а нису биле нотификоване Комисији до новембра 1962. године.
- Одредбе члана 85. Уговора о оснивању које су применљиве на рестриктивне споразуме и договорну праксу не могу се промењивати на послове на девизним берзама.¹⁸⁾

С обзиром на евидентну правну празнину у области антимонополске регулативе фузије предузећа до доношења Правила о контроли концентрација између предузећа, Суд правде је у неколико познатих случајева покушао да проблем премости примењујући и тумачећи чланове 85. и 86. Уговора о оснивању на постојеће случајеве фузија, односно концентрација.

У случају *Continental Can* из 1973. године (6/72, *Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. v. Commission*, /1973/ ECR 215) први пут је заузет став да компа-

17. Jacobs D, Clark J.: "Competition Law in European Community", London, 1991., p.79

18. Вукадиновић Р.: "Право Европске уније", Београд, 1995., с.244

нија, која је већ стекла доминантну позицију на заједничком тржишту може злоупотребити свој положај и повредити одредбе члана 86. уколико појачава своју позицију преузимањем конкурената.

У овом случају, компанија *Continental Can* из New York-a, која је преко своје ћерке у Немачкој имала доминантан положај на знатном делу заједничког тржишта, злоупотребила је свој положај преузимајући преко своје ћерке из Белгије холандску компанију која је била једини значајни конкурент у производњи одређене амбалаже.

Комисија је наложила компанији *Continental Can* да прекине кршење члана 86. Римског уговора, на шта је она уложила жалбу Суду правде, са тврдњом да је Комисија погрешно интерпретирала члан 86. у настојању да успостави контролу интеграција на темељу Уговора о оснивању.

Суд правде је одлучио у правцу “ослањања на дух, општи смисао и текст члана 86., као и на систем и циљ Уговора о оснивању ЕЕЗ”.

Суд је поводом овог случаја заузео став да је економска снага једног од конкурената на тржишту, уколико је несразмерно велика у односу на снагу осталих конкурената, сама за себе довољна да поремети несметано одвијање тржишне утакмице.

Јачање већ постојећег доминантног положаја путем спајања предузећа представљаће злоупотребу када води недопуштеном циљу, а то је спречавање или ограничавање конкуренције на одређеном тржишту.

Одредбе члана 86. примењују се дакле и на случајеве спајања предузећа, јер би било нелогично забранити картелне споразуме а не контролисати спајања, с обзиром да по оба основа може доћи до стварања монополске или олигополске ситуације на тржишту.

Са друге стране, има мишљења да одредбе члана 86. нису погодне за примену у сврху остваривања контроле спајања, јер би то значило дискриминацију фузија којима се јача доминантна позиција на одређеном тржишту, у односу на спајања којима се такав положај ствара, а која не би била контролисана.

Суд правде потврдио је да спајања могу бити забрањена као облик злоупотребе доминантног положаја јер “свака структурална промена путем фузије погодна је да утиче на тржишне услове уколико значи увећање економске моћи предузећа”¹⁹⁾

У случају *Philip Morris* из 1987. године (142. & 156./84. *BAT v. Commission* / 1987./ ECR 4487) Суд правде је заузео став да се одредбе члана 85. Уговора о оснивању ЕЕЗ могу применити на споразуме чији је циљ стицање потпуне или делимичне својине на предузећу путем спајања.

Овом одлуком напуштено је рестриктивно тумачење члана 85. Римског споразума, према коме се он односио само на споразуме који за непосредан предмет или последицу имају угрожавање конкуренције и његово дејство проширено је на

19. Суд о случају *Continental Can v. Commission*

уговоре којима се врши економско или правно повезивање предузећа, уколико они посредно могу изазвати нарушавање конкуренције на тржишту.

Иако стицање својинских права од стране једне компаније у конкурентској компанији или спајање са њом не значи само по себи понашање којим се ограничава конкуренција, такво стицање може да послужи као подлога за вршење утицаја на тржишно понашање компанија, тиме што се нарушава конкуренција на тржишту на коме оне послују.

Сваки споразум мора бити оцењен у ширем економском контексту и у светлу ситуације на односном тржишту, при чему се узима у обзир не само његово непосредно дејство, већ и потенцијални ефекти.

Занимљиво је питање, везано за примену члана 86. на случајеве спајања предузећа, да ли јачање доминантне позиције путем фузија по себи установљава злоупотребу, или је неопходно да се нарушавање конкуренције објективно демонстрира у одређеном појавном облику. Комисија је заузела став у прилог тези да мора постојати појавни антиконкурентски ефекат фузије предузећа. Остаје да се квантитативно и квалитативно детерминише антиконкурентски ефекат произашао из спајања предузећа за који је вероватно да ће довести до нарушавања конкуренције.

Контрола тржишне структуре подлеже регулативи чланова 85. и 86. Ипак, нема сумње да би директна контрола спајања предузећа била знатно боље решење у односу на индиректну контролу коју пружа примена ових чланова, дајући при том, разумљиво, само делимичан одговор на питање европских концентрација.

Са друге стране, и после доношења Правила о контроли концентрација, одредбе чланова 85. и 86. и даље налазе сложену, али значајну примену у области спајања предузећа.

1.2. Правило о контроли концентрација између предузећа

Фузије предузећа у европском праву дуго су уживале благонаклон став, с обзиром да је сматрано да је њихова предност јачања конкурентности европских у односу на друга, нарочито америчка предузећа знатно јача у поређењу са опасношћу коју оне имају за односе слободне конкуренције.

Контроли су била подвргнута понашања привредних субјеката која већ имају доминантну позицију, али не и понашања усмерена на стицање доминантне позиције на тржишту.

Фузије предузећа, чак и када су представљале пут ка стицању доминантне позиције, толерисане су јер су омогућавала европским предузећима да увећају димензије и стекну довољан степен економске снаге како би успешно конкурисала осталим предузећима на светском тржишту.

На комунитарном тржишту понашање овако снажних предузећа подвргавано је контроли.

Са друге стране, има мишљења да се европска конкурентност на светском тржишту не унапређује толерисањем монополских фузија, јер компаније које имају монополску или доминантну позицију објективно слабе тржиште.

Временом је постало јасно да због објективно велике важности коју област фузија има у унитарном праву неопходно је донети посебно Правило којим би били створени услови за посебан систем њихове контроле.

Разлози за доношење посебног Правила на нивоу заједнице долазили су и из једног другог угла – национална антимонополска законодавства могла су да регулишу импликације фузија на домаћем терену, али су била немоћна у случају ефеката “преко границе”. При томе, нека законодавства, као на пример британско, немачко и француско, имају развијен систем регулативе области спајања предузећа, што није случај са неким другим државама чланицама.

С обзиром на немогућност адекватне примене чланова 85. и 86. на спајање предузећа, и имајући у виду разлике у националним законодавствима, Комисија је инсистирала на доношењу општих правила о контроли фузија, јер је њихов значај за стварање или снажење доминантне позиције која води значајном елиминисању постојеће или потенцијалне конкуренције са дела заједничког тржишта несумњиво велики.

Комисија Европске уније предложила је Савету још 1973. године први предлог правила на основу кога би добила потребна овлашћења за контролу фузија на европском тржишту.

Правило о контроли концентрација између предузећа бр. 4064/89²⁰⁾ ступило је на снагу 21. септембра 1990. године.

У међувремену, неколико деценија је регулатива фузија предузећа од стране права конкуренције била заснивана само на екстензивном тумачењу чланова 85. и 86. Уговору о оснивању.

Правило о контроли концентрација се примењује на фузије предузећа који имају комунитарну димензију.²¹⁾ Уколико то није случај, фузија предузећа потпадаће под јурисдикцију националних правних режима.

Случајеви спајања који немају комунитарну димензију, али имају утицај на трговину између земаља чланица, биће предмет разматрања Комисије и на њих могу бити примењене одредбе чланова 85. и 86. Римског споразума.²²⁾

У циљу прецизирања одређених питања и разрешења недоумица око спорних ставова који су се појавили током спровођења Правила, као “носећег” прописа у овој области, Комисија је издала више Саопштења, од којих су најважнија два из 1990. године:

- Саопштење које се односи на спредна ограничења у концентрацијама и

20. Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ 1989, No. L 395/1

21. Фузије са комунитарном димензијом, односно “од значаја за Заједницу” јесу оне операције у којима учествују предузећа са светским дохотком од преко 5 милијарди ECU и дохотком на простору Заједнице од најмање 250 милиона ECU. Изузетно, наведени случајеви фузија неће бити “од значаја за Заједницу” уколико учесници спајања остварују више од 2/3 свог светског дохотка у једној држави чланици, јер се тада полази од претпоставке да се не оштећују међудржавна трговина.

22. Rowley J., Baker D.: “International Mergers - the Antitrust Process”, London, 1991., p.5

- Саопштење које се односи на сједињене и усклађење послове

Правило Савета Европске уније број 4064/89 о контроли повезивања међу предузећима установљава независан и заокружен систем правних норми којим се омогућава контрола повезивања предузећа као облика корекције тржишних структура. При томе се повезивање предузећа односи само на оне случајеве који подразумевају трајну измену структуре предузећа учесника у правцу стварања јединственог економског ентитета.

Концентрација представља економски процес у току кога два независна предузећа уједињују делатности или делове делатности, што резултира реално стварање јединствене економске целине.²³⁾

Концентрације постоје када се:

- споје два или више независних предузећа
- једно или више лица која већ контролишу најмање једно предузеће, односно када једно или више предузећа стекну контролу, потпуну или делимичну, над једним или више других предузећа.²⁴⁾

Појам концентрација у смислу одредаба Правила о контроли повезивања међу предузећима обухвата:

- Фузије предузећа ;
- Куповину дела или целог предузећа;
- Одређене видове заједничких подухвата, односно концентративна заједничка улагања која резултирају стварањем новог привредног ентитета.

Остваривање заједничке контроле над предузећем може се реализовати у виду кооперативног или концентрационог заједничког подухвата на које се примењује теорија двоструког стандарда.²⁵⁾

Уколико се заједнички подухвати извршавају на трајној основи свих функција једног независног економског ентитета, уз трајну промену у структури предузећа, биће реч о концентрацији. Код концентративних облика повезивања предузећа не стоје у односима стварне или потенцијалне конкуренције.²⁶⁾

Одредбе Правила принципијелно се не примењују на кооперативна заједничка предузећа, односно заједничке пословне подухвате који за предмет или последицу имају координацију конкурентског понашања предузећа која су независна, већ су за њих релевантна решења из чланова 85. и 86. Уговора о оснивању ЕЕЗ.

Међутим, изменама Правила о контроли концентрација између предузећа од 1. III 1998. године дошло је до промене режима кооперативних повезивања. Наиме,

23. Ренард Ф.: "Право конкуренције у Европској унији", Правни живот бр. 12, Београд, 1998., с.635

24. Fine F.: "Mergers and Joint Ventures in Europe – the Law and Policy of the EEC", London, 1993., p.141

25. С обзиром на то да концентративни споразуми морају бити јасно разликовани од кооперативних, правила о картелним повезивањима не би требало примењивати на фузије. У европском праву стога теорија двоструког стандарда се примењује у процедуралној контроли, док је у америчком праву реч о њеној субстанцијалној примени.

26. Вукадиновић Р.: "Право Европске уније", Београд, 1995., с.248

заједнички правни третман концентрационих и кооперативних повезивања између предузећа новелиран је изменама Правила о контроли концентрација између предузећа из 1998. године у правцу инкорпорисања у сферу примене одредаба Правила и оних кооперативних облика повезивања из којих настаје привредни субјект који има карактеристике трајне и самосталне јединице. Оснивање таквог предузећа третира се као случај спајања у смислу члана 3., ст.2, као што је то случај и са концентративним предузећем, у смислу члана 3., став 1. Правила о контроли концентрација између предузећа.

Примена Правила о контроли концентрација између предузећа као претходно питање поставља утврђивање о ком облику повезивања је у конкретном случају реч, с обзиром да самостални акти једног или више предузећа потпадају под режим предвиђен одредбама 85. и 86. Уговора о оснивању, код се одредбе Правила примењују у случају правних аката који резултирају губитком правне и економске самосталности и трајном променом структуре предузећа – дакле фузија.

Повезивање као концентрација предузећа у смислу члана 3. Правила представља фузију два или више предузећа или ситуацију када лице које већ има контролу над неким предузећем куповином хартија од вредности или имовине, уговором или на други начин, стекне непосредну или посредну контролу над другим предузећем или његовим одређеним делом.

Појам концентрације дакле обухвата два вида повезивања:

- фузију предузећа
- фактичко стицање контроле над одређеним предузећем.²⁷⁾

Фузија може бити остварена на два начина:

- спајањем два или више предузећа путем преузимања
- спајањем два или више предузећа путем стварања новог предузећа.

Повезивање предузећа претпоставља настанак новог привредног субјекта и има за последицу трајну измену структуре односног тржишта, с обзиром да предузећа у делу или укупном обиму обављања одређене делатности престају да се понашају као самостални субјекти и међусобни стварни или потенцијални конкуренти, и на тржишту иступају као једна целина.²⁸⁾

Правило о контроли концентрација примењује се, за разлику од члана 86., како на случајеве када доминантна позиција одређеног предузећа већ постоји, тако и на случајеве када ова позиција настаје и јача.

Правило о контроли концентрација прописује:

27. Када је реч о заједничким улагањима, прави се разлика између њихова два облика: када се заједничким улагањем ствара самостални привредни ентитет трајног карактера, са једне, и када заједничко улагање има за циљ или последицу координацију компетитивног понашања самосталних предузећа. У првом случају заједничко улагање третира се као повезивање предузећа, а у другом случају представља уговорни однос између независних предузећа и потпада под примену одредаба члана 85. Види код: Марковић-Бајаловић Дијана, *Тржишна моћ предузећа и антимонополско право*, Београд, 1998., с.381
28. Марковић-Бајаловић Д.: *“Тржишна моћ предузећа и антимонополско право”*, Београд, 1998., с.382

- поступак нотификације фузије предузећа и
 - поступак оцене њене допуштености
- од стране Комисије Европске уније.

Сматраће се да је концентрација сагласна са европским правом уколико не ствара нити појачава доминантну позицију коју имају индивидуално или заједно предузећа која покрећу поступак и ако конкуренција тиме није нарушена у значајној мери. Уколико ова два услова нису истовремено испуњена, намеравани поступак спајања биће одобрен, што илуструје релативно позитиван приступ фузијама која немају антиконкурентску намеру.²⁹⁾

Обавезу достављања пријаве Комисији има предузеће преузималац, односно предузећа која се спајају.³⁰⁾

1.3. Остали акти релевантни за фузије предузећа

1.3.1. Правило број 17³¹⁾

На основу генералних легислативних овлашћења из члана 87. Уговора о оснивању, Савет Европске уније донео је 1962. године Правило број 17. о спровођењу прописа конкуренције, којим је практично признато директно дејство одредбама чланова 85. и 86. Уговора о оснивању.

Комисија Европске уније овлашћена је да:

- врши испитивања
- захтева прекид кршења одредаба чланова 85. и 86. Римског споразума
- уводи казне.³²⁾

1.3.2. Бела књига

Веће корпоративне реорганизације, посебно у форми концентрација, треба да буду подржане, с обзиром да је то у складу са динамичком конкуренцијом и способности повећања конкуренције европске привреде. При томе мора бити осигурано да процес реорганизације не резултира трајним оштећењем конкуренције, па стога комунитарно право мора укључити одредбе о регулисању оних концентрација које могу спречити ефективну конкуренцију на заједничком тржишту или на његовом битном делу.

Белом књигом Комисије ЕЗ о комплетирању унутрашњег тржишта предложено је даље уједначавање прописа држава чланица у погледу фузије предузећа.

29. Ренард Ф.: "Право конкуренције у Европској унији", Правни живот бр. 12., Београд, 1998., с.635

30. Види: Kerse С.: "EEC Antitrust Procedure", London, 1988., p.79

31. Council Regulation, J.O. (1962), 204

32. Види: Рилке Б., Правило о контроли фузија, Право и привреда бр. 5-8, Београд, 1998., с.934

1.3.3. Треће ујуијсїво³³⁾

Треће упутство Савета Европске уније из 1978. године регулише питања посебних облика спајања акционарских друштава и заштиту акционара и трећих лица.

Предвиђена су два вида фузије: припајањем једног друштва другом и стварањем новог друштва.

Спајање путем припајања подразумева примену правила универзалне сукцесије за регулисање односа између друштва-преузимаоца и припојених друштава, као и за њихове односе према трећим лицима. На овај начин избегавају се посебни акти о преносу акције са једног предузећа на друго и пружа се гаранција поверљивости друштва које је припојено.

Пренос имовине врши се издавањем посебних акција које се предају акционарима друштва које се припаја или исплатом у готовини, ако то не прелази 10% од номиналне вредности тако издатих акција.

Спајање путем формирања новог друштва подразумева престанак више друштава без поступка ликвидације, преносом њихове имовине на новоосновано друштво у замену за његове акције.

Државе чланице обавезне су да у своја законодавства унесу обавезу контроле остваривања спајања и његове усклађености са законом од стране независних контролора.

1.3.4. Шесто ујуијсїво³⁴⁾

Шесто упутство из 1972. године регулише поделу акционарских друштава.

У погледу крајњих циљева, Шесто упутство је супротно Трећем, али у погледу правних техника, предвиђени модели исти су као и код спајања предузећа. Подела предузећа врши се путем стицања и формирањем нових друштава.³⁵⁾

1.3.5. Десето ујуијсїво³⁶⁾

Десето упутство се односи на проблематику међународног удруживања.

Учесници међународног удруживања могу бити акционарска друштва из различитих држава чланица.

Основни принципи и питања везана за поступак међународног удруживања акционарских друштава регулишу се аналогном применом правила Трећег упутства.

Сва остала питања везана за удруживање акционарских друштава различитих држава чланица уређују се коришћењем колизионих норми које упућују на примену права једне од држава чланица.

33. Council Decision 78/855, OJ 1978, No L 295/36

34. Council Decision 82/891, OJ 1982, No L 378/47

35. Види: Вукадиновић Р., Право европске уније, Београд, 1995., с.162

36. OJ 1985, No C 23/11

Циљ доношења Десетог упутства јесте уношење већег степена транспарентности у област спајања са иностраним елементом.

Неке од земаља чланица поднеле су предлог да се за спајање домаћег са иностраним предузећем као процедурални корак установи анонимно изјашњавање акционара, што би по мишљењима других представљало значајну повреду духа алијансе унутар Уније.³⁷⁾

Разлике у ставовима држава чланица по питању одредаба Десетог упутства су знатне, па је неизвесно колико дуго ће се на његово усвајање још чекати.

1.3.6. Тринаесто упућивање³⁸⁾

Тринаесто упутство, чији је предлог усвојен 10.11.1997. године, односи се на питања потпуног или делимичног преузимања предузећа, путем стицање одређеног вида контроле у њима.

1.3.7. Саопштење које се односи на споредна ограничења у концентрацији³⁹⁾

Овим саопштењем из 1990. године дата су појашњења која се односе на питање ограничења која су директно везана и неопходна за концентрацију. Ова ограничења се имају сматрати пратећим и секундарним у односу на операцију спајања предузећа, што значи да су по важности подређена основним циљу концентрације.

Под ограничењима се сматрају они случајеви на које су пристале стране учеснице, којима се ограничава њихова слобода деловања на тржишту (члан 3. Саопштења). При том, они не укључују ограничења на штету трећих страна.

Приликом оцене допуштености концентрације неопходно је истовремено проценити и допуштеност пратећих ограничења.

Ограничења морају бити и "неопходна или неопходна за спровођење концентрације", што значи да концентрације без њих не би могле бити реализоване, или би то било могуће по несигурнијим условима, уз знатно веће трошкове, са мањом вероватноћом на успешан исход или у знатно дужем периоду.

Комисија ће са своје стране, у оквиру граница које предвиђа Правило бр. 4064/89, узимати највећу вредност пословања односних предузећа, приликом процене услова за реализацију одређене концентрације предузећа.

1.3.8. Саопштење које се односи на сједињене и усклађене послове⁴⁰⁾

Правило број 4064/89 не односи се на случајеве повезивања предузећа које имају за циљ координацију тржишног понашања уколико оно подразумева задржавање њихове правне самосталности.

37. Maitland-Walker J.: "Guide to European Company Laws", London, 1993., p.178

38. Commission notice concerning takeover and other general bids, OJ No C 240/09, EC 1990

39. Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations, OJ 1990, No C 203/5

40. Commission notice regarding the concentrative and cooperative operations under Council Regulation (EEC) No 4064/89, OJ 1990, No C 203/10

Када се ради о случајевима повезивања која укључују и дугорочне структуралне промене у предузећу и координацију конкуренцијског понашања два или више субјекта, при чему се ове две компоненте не могу раздвојити, примениће се одредбе Правила Савета број 17.

2. Правни режим

2.1. Клаузула генералне забране и случајеви изузимања

У смислу одредаба чланова 85. и 86. Уговора о оснивању сва средства ограничења конкуренције су као таква забрањена.

Сва ограничења нарушавања конкуренције на други начин, која су извршена употребом других средстава, а не споразума, одлука и договорених равнања, са једне, и злоупотребом доминантног положаја, са друге стране, имала би се дакле сматрати дозвољеним.

Из овог разлога од огромне је важности јасно разграничити недопуштена средства нарушавања конкуренције према другим понашањима којима се конкуренција ограничава, али која се сматрају дозвољенима.⁴¹⁾

Европско антимонополско право, са циљем што шире постављене заштите слободне тржишне конкуренције од сваког могућег ограничавања, усвојило је теорију последице као најширу, јер се њом обухватају и она нарушавања конкуренције која измичу теорији предмета и субјективној теорији.

Утврђивање узрочно-последичних односа између одређеног споразума и ограничења конкуренције на тржишту вршиће се само уколико се ограничење конкуренције не показује ни као циљ, ни као предмет споразума а све су индикације да је до њега дошло. Оваквим решењем у европском антимонополском праву спојене су добре стране свих теоријских ставова (теорије циља, предмета и последице) и омогућено да се на најбољи начин остварују циљеви уговора у области конкуренције.⁴²⁾

Општа клаузула забране из члана 85., став 1. Уговора о оснивању се не односи генерално на фузије предузећа, што је опречан принцип у односу на америчко право.

На фузије предузећа могу се применити одредбе генералне забране само уколико споразум о спајању предузећа садржи клаузулу којом се врши ограничавање конкуренције. Ништавост се односи само на онај део споразума о фузији који садржи клаузулу о ограничавању конкуренције.⁴³⁾

41. Шогоров С.: “ Средства ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније”, Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније, Крагујевац, 1994., с.49

42. Шогоров С.: “ Средства ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније”, Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније”, Крагујевац, 1994., с.58

43. Шогоров С.: “ Правно регулисање конкуренције у оквиру ЕЕЗ, Београд, 1977., с. 119

Чланом 85. прописана је клаузула генералне забране монополских споразума, која за последицу има њихову апсолутну ништавост у случају кумулативног испуњења три услова:

- постојање споразума или усаглашеног понашања предузећа;
- конкуренција на комунитарном тржишту је спречена, ограничена или извитоперена;
- наноси се штета трговини између држава чланица.

Члан 85. предвиђа алтернативно циљно и последично ограничавање конкуренције као основ за његову примену.

Постојање споразума, одлука и договорне праксе није аутоматски забрањено, већ ће то бити случај само уколико они за циљ или последицу имају спречавање, ограничавање или извитоперавање конкуренције на тржишту и ако се не могу оправдати применом правила “rule of reason” и “de minimis”. То у ствари значи да повреда мора бити знатна, а њено постојање се цени према околностима или ситуацији на тржишту која би постојала да спорног понашања нема.

Правило резона (“rule of reason”) даје могућност за флексибилну оцену постојања повреде конкуренције, при чему се тежи успостављању равнотеже између дејстава у конкретном понашању предузећа која су за и против конкуренције у једном споразуму.⁴⁴⁾

Правило минимализма (“rule de minimis”) односи се на случајеве споразумевања међу предузећима којима се врши незнатно нарушавање конкуренције на одређеном тржишту, јер “de minimis non curat lex”.

Од предвиђене генералне забране монополских споразума чланом 85. предвиђени су појединачни и групни изузеци. Комисија Европске уније је овлашћена за доношење одлука о ослобођењу од опште монополске забране, у случају испуњења услова из става 3. члана 85. Уговора о оснивању.

Изузеће се од забране, у посебном поступку пред Комисијом, споразуми између предузећа који:

- доприносе унапређењу производње или расподеле робе или унапређују технички и економски развој;
- свим учесницима омогућавају правично учешће у тако оствареним погодностима;
- који не намећу предузећима ограничења која нису неопходна за остваривање тих циљева;
- не дају могућност тим предузећима да битан део производње искључе из конкуренције.

За разлику од правила резона и правила де минимис, чијом применом се дејство генералне забране из члана 85. само ограничава, комунитарно право познаје и дозвољене изузетке, односно одступања. Предузеће које се позива на ове изузетке обавештава Комисију о односном споразуму и тражи “негативно одобрење”

44. Вукадиновић Р.: “Право Европске уније”, Београд, 1995., с. 219

или врши корекције споразума како би се подвео под већ дозвољене групне изу-зетке.

За разлику од монополских споразума из члана 85. код којих се извор и правни основ забрањеног понашања налазе у сагласности воља између предузећа, без обзира да ли је сагласност и отелотворена у виду формално-правног акта или не, злоупотреба доминантног положаја из члана 86. састоји се и испољава у виду понашања као фактичкој радњи, по правилу појединачних предузећа.

Чланом 86. Уговора о оснивању предвиђена је као забрањена јер није у складу са заједничким тржиштем свака злоупотреба у коришћењу доминантног положаја на тржишту или његовом битном делу од стране једног или више предузећа, уколико би то могло штетно утицати на трговину између држава чланица.

Забрана злоупотребе доминантног положаја односи се како на спречавање злоупотребе већ стеченог доминантног положаја, тако и на његово успостављање и задржавање.

Злоупотреба доминантног положаја оцењује се према дејству које такво понашање има у односу на потрошаче, а које је неправично, дискриминаторно и штетно, али и с обзиром на импликације које такво понашање има на структуру тржишта, чија се равнотежа нарушава.

Злоупотреба доминантног положаја постоји у случају да предузеће које има доминантну позицију на тржишту исту прошири тако да на тржишту остану само она предузећа чије је пословно понашање директно условљено понашањем доминантног предузећа.

Комисија приликом процене злоупотребе доминантног положаја једног предузећа по правилу полази од објективног појма злоупотребе, у складу с којим се понашање предузећа са доминантним положајем има сматрати злоупотребљеним у свим случајевима када је степен конкуренције ослабљен због ослањања на методе које су различите од оних у условима нормалне конкуренције у производњи или пружању услуга.⁴⁵⁾

Комисија Европске уније, поступајући према Правилу о фузијама, у поступку оцене одређеног случаја спајања предузећа полази од анализе структуре тржишта. При томе, утврђивање постојања доминантног положаја врши се уз узимање величине тржишног удела као основног критеријума, и то како самог предузећа чија се доминација испитује, тако и осталих конкурената.

2.2. Поступак контроле спајања предузећа

Спајање предузећа у савременим условима пословања показује се често као неминовност на путу развоја привредних субјеката и то по два основа: нужност улагања великих финансијских средстава ради примене нових научно-технолошких достигнућа у пословању је за мала предузећа неоствариво, а са друге стране

45. Вукадиновић Р.: "Право Европске уније", Београд, 1995., с.240

спајање са другим привредним субјектом омогућава побољшање тржишне позиције и конкурентности, што представља легитимни циљ.

Међутим, у одређеним ситуацијама фузија предузећа нарушава слободну утакмицу на тржишту. Стога је потребно ове опречне и оправдане захтеве ускладити. Наиме, треба дозволити фузије предузећа, али у оној мери у којој не угрожавају слободну утакмицу на тржишту.⁴⁶⁾

Комисија као стандард легалитета одређеног случаја фузије узима стварање или јачање доминантне позиције услед чега долази до значајног нарушавања ефективне конкуренције на тржишту Уније или његовом значајном делу, као последице концентрације.

Комисија ће зауставити реализацију одређене фузије уколико установи да она ствара или јача доминантну позицију за предузеће на одређеном тржишту, услед чега би конкуренција на њему била значајно ометана.

Изузеће неких рестриктивних споразума којима се ограничава конкуренција од клаузуле генералне забране из члана 85. став 3. Уговора о оснивању ЕЕЗ не може бити примењена у случају фузија.

Наиме, став је Комисије да су фузије предузећа које резултирају њиховом неумереном тржишном снагом увек забрањене.⁴⁷⁾

Једно предузеће може стећи доминантан положај на тржишту самосталним развојем, који уколико имплицира нарушавање конкуренције на тржишту биће подвргнут режиму предвиђеним чланом 86. Римског уговора.

Уколико је, међутим, доминантан положај на тржишту резултат спајања два или више предузећа, као основни правни извор појављује се Правило о контроли концентрација предузећа бр. 4064/89 којим је утврђен и режим оцене допуштености фузија.

Начело правне сигурности које представља општу правну позадину примене процедуралне структуре Правила, захтева да се поступак контроле спроведе само за одређену операцију концентрације (а у одређеним случајевима и кооперације), што значи да се испитују одредбе самог акта о спајању, а не концентрација економске снаге предузећа као таква.

Правилном о контроли концентрација између предузећа уређена су правила одвијања два поступка:

- Поступка нотификације, односно обавештења и
- Поступка оцене допуштености, односно усклађености спајања.

Комисија Европске уније ужива искључиво право да спроводи оба поступка и да на крају у одређеном предмету фузије донесе одлуку. Против одлуке Комисије

46. Јанковец И.: "Сузбијање опасности која због доминантног положаја неког предузећа може да настане за слободну утакмицу на тржишту (правна регулатива ЕУ у поређењу са нашим прописима)", Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније", Крагујевац, 1994., с.69

47. Тачка 6. Меморандума о проблемима индустријске концентрације на заједничком тржишту из 1966. године

може се покренути поступак пред Судом прве инстанце, а потом и уложити жалба Суду правде.

Уколико вредност операције фузије предузећа прелази одређени лимит, Правилном је прописана обавеза нотификације спајања, као превентивне мере у контроли спајања предузећа.

Право конкуренције Европске уније, више него било који други систем у свету, утемељило је превентивну функцију антимонополских прописа, која је огромна, јер се не односи на кажњавање субјеката који су прописана правила прекршили, већ има за циљ да до штетних ефеката спајања предузећа по ефективну конкуренцију на тржишту уопште и не дође.⁴⁸⁾

Споразум о фузији предузећа пријављује се Комисији у року од седам дана од дана закључења. У периоду од три недеље од дана пријава споразум се не може примењивати.⁴⁹⁾

Пријава фузије подразумева припрему тзв. "Form CO", уз навођење и опис релевантног географског и производног тржишта, конкуренцијске карактеристике тржишта и екстензивне информације о странама које учествују у спајању. При томе, посебно се штите поверљиве информације о учесницима и самој операцији фузије.⁵⁰⁾

Комисија објављује извршење нотификације спајања предузећа, уколико она има комунитарни карактер, водећи рачуна о чувању пословне тајне предузећа – учесника.

Уколико пријављена концентрација не изазива озбиљну сумњу у погледу компатибилности са заједничким тржиштем, Комисија је одобрава.

У случају да постоји основана сумња у компатибилност концентрације са заједничким тржиштем, Комисија доноси одлуку о покретању поступка контроле, који не може трајати дуже од четири месеца.

Комисија у одређеним случајевима може донети одлуку с резервом, или одлуку са суспензивним дејством, којима се предузећу налаже да учини одређене измене у погледу усклађивања плана спајања са заједничким тржиштем.

Поступак контроле фузија јесте превентиван. Операција спајања предузећа прати се током читавог њеног тока и подвргава се оцени допуштености пре него што евентуални негативни њени ефекти на тржишту већ буду испољени.⁵¹⁾

48. Види: Граић-Степановић С., Хармонизација фузија предузећа у Савезној Републици Југославији и Европској Унији, Право и привреда бр. 5-8, Београд, 1996., с.434

49. Комисија примењујући одредбе Правила на одређени случај спајања сагледава га у целини, укључујући и тзв. споредна ограничења. Да би се избегло вођење паралелних поступака у истом случају, предвиђено је да споредна ограничења могу бити посебан предмет уколико: представљају део споразума страна које учествују у фузији, подређени су основном циљу спајања и представљају нужан услов реализације фузије.

50. Folsom R., Lake R., Nanda V.: "European Community Law After 1992.", Deventer, 1993., p.360

51. Предузећа су обавезна да пријаве спајање у року од седам дана од дана закључења уговора о фузији.

Правилем је прописано постојање пресумпције компатибилности са заједничким тржиштем фузије чији тржишни удео не прелази 25%.⁵²⁾

У досадашњој пракси одлучивања Комисије о овим питањима, међутим, приметно је да, за разлику од ситуација када се примењује члан 86. Уговора о оснивању, и у случају веома високих вредности тржишног удела није доношена оцена о постојању положаја доминације. Најчешће образложење је да и у ситуацији веома високог тржишног удела постоји само индикација доминантне позиције, која, међутим, не мора постојати јер су, на пример, остали конкуренти на тржишту веома активни.

Тако је у случају *Alcatel/Telettra*⁵³⁾ било одлучено о непостојању тржишне доминације иако су утврђени тржишни удели у висини од 81 %, односно 83 %.

Правило о контроли концентрација између предузећа утврђује критеријуме по којима се, од стране Комисије Европске уније, врши испитивање допуштености појединих облика повезивања. Као основни критеријум појављује се утицај спајања предузећа на остваривање функционалне конкуренције.

Забрањеним ће се сматрати онај случај повезивања предузећа који је инкомпатибилан са заједничким тржиштем, с обзиром да се њиме ствара или ојачава доминантна положај предузећа на тржишту, чији је могући резултат спречавање функционалне конкуренције.⁵⁴⁾

Недозвољеним се сматрају фузије које значајно нарушавају ефективну конкуренцију.

Комисија спроводи поступак оцене дозвољености спајања предузећа, користећи као основни критеријум промену контроле, имајући при том два циља:

- да утврди да ли се фузијом ствара или ојачава доминантан положај на тржишту
- да ли се фузијом ремети одвијање функционалне конкуренције.

Концентрације предузећа нису по себи забрањене. Недопуштеним, односно инкомпатибилним са заједничким тржиштем се сматрају они облици повезивања којима се ствара или појачава доминантна позиција, што за резултат може имати значајно сметање ефективне конкуренције на заједничком тржишту или на његовом знатном делу.

Приликом тумачења и примене одредаба правила има се у виду тржишни аспект доминације предузећа и узима се да краткотрајна доминација не може имати значајнији утицај на остваривање конкуренције.⁵⁵⁾

52. Ова вредност је у односу на решења америчког права изузетно висока.

53. L122/48, O.J. 1991

54. Члан 2., став 3. Правила

55. Приликом одлучивања по основу члана 86. Уговора о оснивању, полази се од тржишне доминације као способности предузећа да самостално формира цене или се на други начин понаша независно од постојећих услова на тржишту, што уствари значи да доминантно предузеће није изложено довољном степену конкуренције.

То значи да Комисија може дозволити одређено повезивање којим се остварује доминантна позиција на тржишту, уколико установи да ће она бити само привременог карактера.

Приликом оцењивања допуштености одређеног случаја спајања предузећа, односно његовог утицаја на односе конкуренције, Комисија узима у обзир различите критеријуме који се односе на привредну и финансијску моћ учесника, могућност избора лифераната и добављача, приступ снабдевању и тржиштима, правне и друге препреке за улазак, трендове у понуди и потражњи за релевантне робе и услуге, интересе интермедијарних и коначних потрошача, као и развој економског и техничког прогреса, уколико није супротан интересима потрошача и не ствара препреку конкуренцији.⁵⁶⁾

Као релевантни не јављају се само краткорочни ефекти и постојећи услови конкуренције, већ Комисија приликом одлучивања има у виду шири контекст, а пре свега потребу јачања економске снаге и конкуритивности европске привреде.

Досадашња пракса указује на беневољентан став Комисије према случајевима спајања – док се хоризонталне фузије по правилу подвргавају строгом систему контроле, у осталим случајевима приступ је благонаклон.

Велики значај повећање конкурентности европских предузећа на светском тржишту путем фузије често условљава употребу ванправних елемената као образложења за блажи став Комисије приликом одобравања одређених облика концентрације који би иначе били сматрани недопуштеним.

Из тих разлога долази до реализације великих операција спајања предузећа, које се правдају општим комунитарним интересом, иако је очигледно да оне имају за последицу знатно ометање ефективне тржишне конкуренције.

Приликом оцене допуштености одређеног случаја спајања предузећа, фактори који се односе на јачање економске и социјалне кохезије не би смели имати превагу над критеријумом утицаја на конкуренцију као основног.

Постоји опасност да наведена пракса доведе до правне несигурности, како предузећа учесника фузија, тако и других тржишних субјеката на чији положај (не)остваривање односног спајања би имало утицаја.⁵⁷⁾

У пракси су могући случајеви истовремене примене два критеријума предвиђена Правилу: критеријум утицаја на конкуренцију, као основног и критеријум доприноса економској и социјалној кохезији, који у оквиру политике повећања конкурентности европских предузећа на светском тржишту не губи на значају.

Први случај у коме је Комисија једно повезивање оценила као некомпатибилно са заједничким тржиштем је *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*⁵⁸⁾, када је забрањено повезивање европских произвођача авионских мењача и мотора са ка-

56. Члан 2., став 2. Правила; Види код: Шогоров С., Хармонизација права конкуренције ЕУ и права конкуренције СРЈ, Право и привреда бр. 5-8, Београд, 1996., с.314

57. Вукадиновић Р.: "Право Европске уније", Београд, 1995., с.249

58. Случај: IV/M053 L334/42, О.Ј. 1991

надском компанијом, при чему су конкуренти на светском тржишту били остали европски произвођачи.

Ове две компаније представљале су светске лидере у својој делатности и њиховим спајањем, стварањем новог предузећа ATR/Havilland било би контролисано око 50% релевантног светског тржишта и око 65% тржишта Европске заједнице. Аргумент уштеде у трошковима који је наведен као оправдање није усвојен од стране Комисије са образложењем да допринос економском и техничком прогресу не иде у корист потрошача јер би доминација као резултат повезивања учинила рационалним да компанија уђе у рат ценама који би конкуренте удаљио са тржишта.⁵⁹⁾

Комисија по питању оцене дозвољености одређеног случаја фузије може одлучити на два начина.

Комисија ће дозволити спајање предузећа, безусловно или уз резерву да је потребно претходно изменити у одређеном домену првобитни план операције спајања (у случају чијег неиспуњења се изричу новчане казне).

Комисија може забранити спајање уколико оцени да се њиме ствара или ојачава доминантан положај на тржишту - фузија се проглашава инкомпатибилном са заједничким тржиштем.

Уколико су одређене активности на реализацији спајања већ предузете, а фузија проглашена недозвољеном, Комисија ће од предузећа захтевати повратак у пређашње стање.

Значајно питање везано за одредбе Правила које се односе на тржишу доминацију јесу олигополска тржишта. Уобичајено је, наиме, у складу са праксом заснованом на примени члана 86. Уговора о оснивању да се врши оцена доминантног положаја једног субјекта. Да ли се тржишна доминација односи само на индивидуалне, или и на колективне случајеве? Правило о контроли концентрација између предузећа примењује се на све случајеве доминације једног или више предузећа који имају за последицу ограничавање конкуренције.⁶⁰⁾

Приликом одлучивања Комисије о допуштености одређеног случаја спајања предузећа, уважавају се разлике које поједини облици повезивања могу имати на конкуренцију.

Хоризонтална повезивања са аспекта антимонополског права имају највећи значај. Сам појам доминације подразумева дефинисање одређеног тржишног амбијента. Хоризонтална повезивања увек имају за последицу спајање више тржишних удела у један, што значи непосредно стицање или ојачавање тржишне моћи.⁶¹⁾

59. Наведено према: Марковић-Бајаловић Д., Тржишна моћ предузећа и антимонополско право, Београд, 1998., 386

60. Марковић-Бајаловић Д.: "Тржишна моћ предузећа и антимонополско право", Београд, 1998., с. 390

61. Марковић-Бајаловић Д.: "Тржишна моћ предузећа и антимонополско право", Београд, 1998., с.387

Вертикална повезивања уживају благонаклон став Комисије у погледу њихове допуштености, чак и када је упитању релативно висок степен тржишног удела, с тим да се као услов учесницима фузије поставља давање гаранције присупа другим конкурентима на тржишту.

Конгломератска повезивања бивају подвргнута оцени допуштености Комисије с обзиром да је Правилком као критеријум процене конкурентности предвиђена и финансијска моћ предузећа.

Сасвим ретко се догађа да Комисија једну конгломератску фузију прогласи недопуштеном, због велике економске снаге привредног субјекта која доприноси доминацији на тржишту.

Комисија прописује новчане казне за предузећа и одговорна лица због непоштовања одредаба Правила о контроли концентрација између предузећа, са намером или из нехата.⁶²⁾

Из свега наведеног несумњиво проситиче да примена одредаба Правила о концентрацијама од стране Комисије има за основни циљ да обезбеди очување функционалне конкуренције у случајевима фузионисања предузећа, усклађујући га при том са захтевом јачања европске конкурентности на светском тржишту.

У периоду од 21. септембра 1990. године до 30. јуна 1996. године примењујући одредбе Правила о контроли концентрација између предузећа Комисија ЕУ разматрала је укупно 477 случајева спајања, при чему је поводом 26 спроведена детаљна истрага, а само пет фузија је забрањено (први је био случај *Aerospatiale and Alenias Joint Bid for de Havilland of Canada* in 1991),⁶³⁾ што говори у прилог тези о релативно афирмативном ставу европског антимонополског права према фузијама и враћа нас на опште питање правне регулативе фузија у функцији тржишне доминације предузећа.

Правно изучавање проблематике фузија своди се на изучавање сталне борбе између права привредних субјектата на слободно пословање (које антиципира и право на фузију) и ограничавање тог легитимног права због могуће повреде слободе других предузећа.

Тржишна моћ као израз правне и економске слободе фузионисаног предузећа може резултирати неслободном других субјекта, због чега, иако априори проистиче из права на удруживање и консенсуса воља, апостериори мора бити ограничена.

Да ли оно што је априори легитимно може апостериори бити нелегално посебно је питање, на које одговор треба тражити у комплексности савременог привредног окружења, противуречности између уговорно-правног полазишта и јав-

62. Ове казне су прописане за: непријављивање концентрације, давање погрешних информација приликом пријаве, достављање нетачних информација, непоштовање прописаних рокова, неиспуњавање обавезе измене плана концентрације и реализовање спајања предузећа које је проглашено инкомпатибилним са заједничким тржиштем.

63. Наведено према: Dinan D., *Encyclopedia of the European Union*, London, 1998.

но-правне резултате овог односа, али изнад свега у идеји правде и правичности, као коначном исходишту сваке правне сумње.

(чланак примљен 26. XI 1999.)

Sanja Grajić-Stepanović
Assistant, Faculty of Political Science

Mergers in the EU Anti-monopoly Law

Summary

Mergers between companies are not directly subjected to general norms of European anti-monopoly law or to the general ban on monopoly agreements under article 85 and ban on abuse of the dominant position under article 86 of the Treaty on establishment of the EEC. Traditional position of the European regulations concerning mergers is affirmative, considering that mergers are one of the most efficient ways for increasing competitiveness of European companies in the world market. However, if the effects of merger are reflected in the EU markets, then they are subjected to different control criteria, considering the danger of harming the interests of other European companies.

The most important legal source in the community competition law regarding the questions of cause-and-effect relationship in company mergers and distortion of competition is the Regulation on the control of concentrations between undertakings of 1990 which provides for sanctions for those cases of mergers which create and strengthen the dominant position and which result in significant disturbance of effective competition in the common market. The institution of effective competition has resulted from the tradition of European anti-monopoly law. Effective competition is a legal standard established through a compromise between free competition as an ideal notion and allowed expression of market power, as a minimal exercise of the freedom to merge and more efficient business performance, by means of a merger with another company.

The most important aspect in the implementation of anti-monopoly regulations under contemporary conditions is prevention, by means of prescribing obligatory registration with competent bodies of certain categories of mergers and by establishing a threshold of market share, i.e. the value of merger, which is another contribution to European doctrine and practice of competition law.

Key words: *effective competition, disturbance of competition, harmonization of regulations, the Regulation on the control of concentrations between undertakings, horizontal integration, concentration and cooperative associations, market share, abuse of the dominant position, indirect and direct company merger control.*