

*Проф. др Радован Д. Вукадиновић,
Правни факултет, Крагујевац
Директор Центра за право ЕУ*

Ограничења аутономије удруживања привредних субјеката - пример концентрација у праву ЕУ

*Ни својим се правом служити немои',
ишк другоме на шипеиу ил' досаду.
Чл. 1000. ОИЗ*

Резиме

Концентрације настају у случајевима када се два или више претходно независних предузећа споје (мерџер), или кад једно или више независних предузећа ствекну директну или индиректну контролу над целим или делом другог предузећа или других предузећа. Контрола постоји у случајевима кад је могуће извршити "одлучујући утицај" на друго предузеће. Способности вршења "одлучујуће утицаја" се према посебном комуниарном Правилу (уредби, Регулацион) о концентрацијама мери преко својине над имовином или преко гласачких или других управљачких права, уговора или "других средстава".

Појам концентрација предузећа, према томе, обухвата спајање или фузију (мерџер), стицање или кувину (акуизицион) и одређене врсте заједничких пословних подухвата (јоинт венчурес) више предузећа.

Код разматрања питања дозвољености успостављања различитих пословних и стипусних веза између предузећа полази се од претпоставке да и за предузећа као субјекте права важи основно начело аутономије воље. Од посебног значаја су две слободe које произилазе из овог начела: слобода (право)

предузећа да сама одређују врсту делатности којом ће се бавити и слобода да сама одлучују са којим другим субјектима, па и предузећима, ће ступити у пословне односе одређујући при томе и њихову садржину. Према отишшој теорији аутономије воље, ове слободе или овлашћења се могу корисити у законом постављеним границама.

Према комунитарном праву нису све концентрације саме по себи забрањене. Забрањени су само они облици концентрације којима се ствара или појачава доминантна позиција и који имају за резултат значајно смањење ефективне конкуренције на заједничком тржишту или на његовом значајном делу. Мериторну оцену о томе даје Комисија.

Оправдање за постављање граница којих се морају придржавати предузећа у коришћењу својих овлашћења из аутономије воље се могу наћи како у отиштим начелима грађанског права, тако и у посебним правилима. Према отиштем начелу забране злоупотребе права, ни предузећа не смеју вршити своја права тако да угрожавају туђа права. У том смислу права других субјеката одређују границе аутономије воље оних првих. Осим отиштим начелима, границе концентрација предузећа су постављене и посебним правилима која су створена ради заштите посебних комунитарних интереса.

Кључне речи: слобода удруживања, концентрација предузећа у праву ЕУ, фузија предузећа, преузимање предузећа, заједнички пословни подухвати, доминантан положај, злоупотреба доминантног положаја, ограничавање конкуренције.

Појам и појавни облици концентрација предузећа

Без обзира на своју величину предузећа често нису у стању да ефикасно обаве одређене сложене послове, било због тога што не располажу довољним финансијским средствима, кадровима и научним и техничким знањима и опремом, било због просторне дислокације. Због тога се међусобно повезују и договарају о координираном наступу на одређеном тржишту. Зависно од постављених циљева, интензитета и трајности међусобних веза, облици и начини повезивања и заједничког наступања и пословања могу бити врло разноврсни. У комунитарном праву се ови облици означавају генералним именом *концентрације* (енглески: *concentration*, немачки: *Zusammenbeschluss*).

Концентрације настају у случајевима када се два или више претходно независних предузећа споје (*merger*), или кад једно или више независних предузећа стекну директну или индиректну контролу над целим или делом другог предузећа или других предузећа. Контрола постоји у случајевима кад је могуће извршити "одлучујући утицај" на друго предузеће. Способност вршења "одлучујућег утицаја" се према посебном комунитарном Правилу (уредби) о концентрацијама¹⁾ мери преко својине над имовином или преко гласачких или других управљачких права, уго-

вора или "других средстава". У том смислу и стицање мањинског улога може омогућити управљачку контролу кад такав акционар има право вета.

Појам концентрација предузећа, према томе, обухвата спајање или фузију (*merger*), стицање или куповину (*acquisition*) и одређене врсте заједничких пословних подухвата (*joint ventures*) више предузећа.

У пракси је најмање било чистих случајева спајања. Најчешће су концентрације оствариване правним или фактичким стицањем путем "директне или индиректне контроле", без обзира на коришћена средства.²⁾ При томе је под контролом подразумевана способност да се изврши "одлучујући утицај" на друго предузеће у погледу: својине или потпуног или делимичног права коришћења имовине предузећа, или састава, гласања или одлучивања органа предузећа. У пракси се показало да се "одлучујући утицај" може остварити и са 39% акција; кад ни један од осталих акционара није имао више од 4% акција, или и са 38% акција; ако је то комбиновано са обавезом да се објави јавна понуда за преузимање.

Посебан облик концентрације представљају *заједнички подухвати* код којих контролу над предузећем заједнички остварују два предузећа. Овде се постојање "заједничке контроле" цени према околностима сваког конкретнег случаја. При томе није од пресудног значаја само апсолутни износ акција којима располаже једно предузеће. Тако заједничку контролу могу вршити и два предузећа која располажу са 66% и 34% акција, ако друго предузеће располаже мањинским правом блокирања одлука. Чак и предузеће са 20% акција може у одређеним случајевима вршити заједничку контролу ако му је дато 26% гласова и право постављања одређеног броја директора.³⁾

Ако је установљено постојање заједничке контроле у даљем поступку је потребно утврдити да ли је у питању тзв. *кооперативни* или *концентрациони* заједнички подухват. Према одредбама члана 3(2) *Правила о концентрацијама*, под концентрацијама се *не* подразумевају они *заједнички (пословни) подухвати (joint ventures)* који имају за предмет или последицу координацију конкурентског понашања предузећа која остају независна. На ове кооперативне заједничке подухвате се не примењују одредбе *Правила о концентрацији*, већ класичне одредбе права конкуренције из чланова 81. и 82. Уговора о оснивању. Ако се, пак, заједнички подухвати извршавају на трајној основи свих функција једног аутономног економског ентитета, без обзира што се тиме не даје повода за повећање координације конкурентског понашања страна између њих самих или између њих и заједничког подухвата, такви подухвати ће се сматрати концентрацијом. Уствари, само у дру-

1. Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ 1989, No. L 395/1.
2. Fine, *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC*, London/Dordrecht/Boston, p. 105. наводи да је од јула 1991. године Комисији пријављен само један случај чистог спајања у традиционалном смислу, између две јапанске банке.
3. Примери наведени према Fine, *о.п. цит.*, п. 105.

гом случају долази до трајних промена у структури предузећа у питању и на њих се примењују одредбе *Правила о концентрацији*.

У истом споразуму могу бити садржани елементи обе врсте заједничког подухвата. Тако је на пример Комисија договор између два позната произвођача аутомобила *Renault* и *Volvo* сматрала заједничким подухватом са елементима концентрације и координације. У питању је био договор којим је била предвиђена међусобна размена акција и то: 25% акција у пословима са аутобусима и камионима и 45% у пословима са путничким аутомобилима, као и њихов заједнички утицај на укупно пословање, уз право сваке стране да под одређеним условима избегне заједничку контролу. Полазећи од теста економске интеграције, Комисија је споразуме о аутобусима и камионима третирао као концентрацију обухваћену *Правилном*, док је споразуме о путничким аутомобилима третирао као кооперативни заједнички подухват.⁴⁾

Недозвољене концентрације

Нису све концентрације саме по себи забрањене. Према одредбама члана 2. *Правила*, забрањени су само они облици концентрације којима се ствара или појачава доминантна позиција и који имају за резултат значајно сметање ефективне конкуренције на заједничком тржишту или на његовом знатном делу. Мериторну оцену о томе даје Комисија након спроведеног посебног поступка истраживања и оцењивања. Кључни критеријум оцене је промена контроле. Метод којим је извршена промена контроле над предузећем је ирелевантан, а стечена контрола се може вршити појединачно или заједнички.⁵⁾ У првој фази је потребно да Комисија оцени да ли постоји доминантна позиција, па тек ако утврди да постоји, цени њен утицај на конкуренцију. Оцена доминантног положаја се изводи у односу на релевантно тржиште производа или услуга и релевантно географско тржиште. При томе се у обзир узима учешће на тако одређеном релевантном тржишту, економска и финансијска страна предузећа, алтернативе које стоје на располагању произвођачима (добављачима) и потрошачима, приступ добављачима или тржишту, структура погођеног тржишта, правне и фактичке баријере за улазак, интереси потрошача и развој технологије, величина и значај осталих конкурената и потенцијална конкуренција. Тако је у преамбули *Правила* одређено да се учешће на тржишту које не прелази 25% неће сматрати као доминантна позиција.⁶⁾ Суд правде и Комисија су по овом питању заузимали различите ставове, зависно од конкретног случаја.

Код оцене како концентрација у питању утиче на конкуренцију Комисија не мора бити ограничена само краткорочним ефектима и условима конкуренције,

4. *Ibid.*, p. 106.

5. Kuile and E. Hordijk, *The Application of EC Competition Law to Mergers, Acquisitions and Joint Ventures*, u: *Business Law in Europe, Kluwer Deventer, Boston, Suppl.5*, May 1995. p. 17.

6. Навод број 15.

већ би у складу са преамбулом *Правила* своју оцену могла извести и у контексту општег оквира за остваривање основних циљева из члана 2. Уговора о оснивању, укључујући и јачање економске снаге Заједнице, њене конкурентности, али и социјалне кохезије из члана 158.⁷⁾ Проширивање броја релевантних критеријума ванправним елементима изван сфере конкуренције може имати далекосежне последице. Управо ови елементи могу утицати на блажи став Комисије приликом одобравања конкретних облика концентрација који би иначе, без ових додатних критеријума могли бити сматрани као недопуштени. Тиме ће се свакако охрабри велике концентрације у општем комунитарном интересу, али то може довести до правне несигурности, пре свега предузећа у питању, али и осталих предузећа чији ће конкурентни положај на тржишту зависити и од одобрених концентрација.

Комисија, међутим, није била увек спремна да подржи такве концентрације, као нпр. у случају *De Havilland*.⁸⁾

Право оцењивања допуштености концентрација Комисија је касније проширила и донекле ублажила посебним *саопштењем о ограничењима која се сматрају споредним или пратећим концентрацијама*.⁹⁾

Саопштење се односи на тумачење појма "ограничења која су директно везана и неопходна за концентрацију." Наиме, с обзиром да се према одредбама навода број 25. преамбуле, *Правила о концентрацијама* примењују на "предузећа у питању која су прихватила ограничења која су директно везана и неопходна за извршавање концентрације", то је за оцену допуштености концентрације неопходно да се истовремено оцени и значај и допуштеност тих "споредних или пратећих (*ancillary*) ограничења." Комисија је овим *саопштењем* изразила свој став у том погледу и практично пружила водич при тумачењу.

7. Навод број 13. Kuile and Hordijk наводе да се по овоме разликује комунитарно право спајања од сличног у Немачкој и Енглеској, у којима се води рачуна само о интересима конкуренције, док се према француском праву приликом оцене штетног утицаја концентрације узимају у обзир и могући аспекти индустријске политике (п. 33).
8. Случај IV/M053, *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*, OJ 1991, No L. 334/42. Navedeno prema Kuile and Hordijk, *ош. цит.*, р. 32, 33. Детаљније, Fine, *ош. цит.*, рр. 109-10. У питању је био договор о куповини произвођача авионских мењача (и мотора) "број један" - *De Havilland*-а, од стране произвођача "број два" - *ATR*, што је водило стварању новог предузећа *ATR/De Havilland*, које би држало 50% релевантног светског тржишта и 65% тржишта Заједнице. Предложеном концентрацијом не би се значајније оснажила позиција *ATR* на релевантном тржишту, али би *De Havilland* био елиминисан са релевантног тржишта на коме је већ егзистирало неколико конкурената: *British Aerospace*, *Saab*, *Fokker*. Стога је Комисија сматрала да постоји велика вероватноћа да ће купци, који су већ купили *ATR* и *De Havilland*-ове мењаче, обуставити даље наруџбине, па је одбила да узме у обзир и критеријуме индустријске политике. При томе је закључила да би нови ентитет могао пословати независно од његових конкурената и потрошача и тако стећи доминантну позицију. Одлука Комисије о одбијању је у једном делу правне теорије била грубо критикована. V. Kuile and Hordijk, *ош. цит.*, п. 33.
9. Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations, OJ 1990, No C 203/5.

Тако се у смислу одредби члана 3. *саопштења*, под "ограничењима" сматрају она на која су пристале стране у концентрацији којима се ограничава њихова слобода деловања на тржишту. Међутим, она не укључују ограничења на штету трећих страна. Да би се таква ограничења сматрала "директно везаним" морају бити "праатења за извршавање концентрације, односно потчињена по важности основном циљу концентрације." Стога то не могу бити битна ограничења потпуно различита по природи од оних која настају из саме концентрације. То не могу бити ни уговорни споразуми којима се успоставља економско јединство између претходно независних страна, или се организује заједничка контрола од стране два предузећа над трећим. На таква ограничења се не примењују одредбе *Правила*, нити се она тумаче у складу са *саопштењем*, већ у складу са одредбама чланова 81. и 82. (85. и 86.) Уговора о оснивању.

Ограничења морају бити и "нужна или неопходна за спровођење концентрације," што значи да без њих не би могле бити спроведене концентрације, или би се могле спровести под несигурнијим условима, уз знатно веће трошкове, у знатно дужем периоду или са значајно мањом вероватноћом на успех. Све то се мора оценити на објективној основи,¹⁰⁾ али се оцена испуњености ових услова не може дати у генералном смислу, већ за сваки конкретан случај. При томе се морају узети у обзир и: природа ограничења, принцип пропорционалности, дужина трајања и предмет и географско поље, а све то у складу са оним што спровођење концентрације разумно захтева.

Правило о концентрацијама и аутономија удруживања привредних субјеката

Код разматрања питања дозвољености успостављања различитих пословних и статусних веза између предузећа полази се од претпоставке да и за предузећа као субјекте права важи основно начело аутономије воље. За ова разматрања су од значаја две слободе које произилазе из овог начела: слобода (право) предузећа да сама одређују врсту делатности којом ће се бавити и слобода да сама одлучују са којим другим субјектима, па и предузећима, ће ступати у пословне односе одређујући при томе и њихову садржину. Према општој теорији аутономије воље, ове слободе или овлашћења се могу користити у законом постављеним границама. Када је реч о комунитарним предузећима, онда су те границе одређене комунитарним прописима, пре свега комунитарним правилом (уредбом) о контроли концентрација.

Оправдање за постављање граница којих се морају придржавати предузећа у коришћењу својих овлашћења из аутономије воље се могу наћи како у општим начелима грађанског права, тако и у посебним правилима.¹¹⁾ Према општем начелу забране злоупотребе права, ни предузећа не смеју вршити своја права тако да

10. Чл. II 5. саопштења.

угрожавају туђа права. У том смислу права других субјеката одређују границе аутономије воље оних првих. Осим општим начелима, границе концентрација предузећа су постављене и посебним правилима која су створена ради заштите посебних комунитарних интереса.

Економски разлози правног регулисања концентрација

Зависно од степена повезаности, концентрације могу, као што је раније напоменуто, утицати на унутрашњу структуру повезаних предузећа и на понашање других субјеката на тржишту.

Концентрација утиче на унутрашњу структуру предузећа у том смислу што долази до делимичног или потпуног губљења правне и економске самосталности једних и економског јачања других предузећа. Таквим статусним променама се мења положај запослених, акционара и других лица која по различитим основама имају одређена права према предузећима која улазе у концентрацију. С друге стране, ове промене могу утицати и на положај трећих лица изван предузећа у питању, као што су повериоци.¹²⁾

Концентрација утиче на тржиште у том смислу што и друга предузећа мењају начин свог понашања примеравајући га снази и понашању новонастале концентрације; променом на пример обима или асортимана производње, делатности и слично. Ове промене могу штетно утицати на положај трећих лица - потрошача у смислу сужавања избора производа који им се нуде или обима коришћења погодности приликом куповине или обима заштите у каснијем коришћењу производа.

Промена унутрашње структуре предузећа и промена његове тржишне снаге и утицаја могу водити ка стицању доминантног положаја, а касније и до његове злоупотребе. Међутим, јачање тржишне и производне снаге предузећа није само по себи, ни правно забрањено, ни економски непожељно. Са аспекта остваривања макро економских интереса Европске уније, некад је чак и пожељно стварати и подстицати оваква повезивања како би се створили јаки привредни субјекти који би, са једне стране, због своје финансијске и економске моћи били у стању да предводе технолошки напредак у оквиру Заједнице и, да са друге стране, парирају сличним предузећима из САД и Јапана.

Опасност се, међутим, налази у природној тежњи тако повезаних предузећа прво, да стичу доминантан положај, а касније да га и злоупотребе на штету осталих тржишних субјеката и на штету крајњих потрошача. Због тога се у праву конкуренције Европске уније као централно, поставило питање решавања ове антиномије савременог привредног живота:¹³⁾ како подстицати повезивање у циљу стварања јаких корпорација које би представљале технолошке замајце, а да се при

11. За упоредно право вид. Д. Марковић-Бајаловић, *Тржишна моћ предузећа и антимонополско право*, Београд, 2000, стр. 253. и даље.

12. Више о предностима и недостацима вид. М. Васиљевић, *Привредна друштва*, Београд, 1999, стр. 444.

томе тиме не наруши положај малих и средњих предузећа и потрошача који је у Европској унији регулисан правилима фер или лојалне конкуренције.

Кад су у питању комунитарни циљеви, Комисија је на значај концентрација указивала још у "Белој књизи" у оквиру мера и инструмената за остваривање унутрашњег тржишта, што је касније нашло места у преамбули *Правила о концентрацијама*, у којој се наводи да се уклањање унутрашњих граница може очекивати као резултат "већих корпоративних реорганизација у Заједници, посебно у форми концентрација. ... Такав развој мора бити поздрављен будући да је на линији захтева *динамичке конкуренције* (истакао аутор) и способности повећања конкуренције европске индустрије, побољшања услова за раст и подизање стандарда живљења у Заједници... Мора бити осигурано да процес реорганизације не резултира у трајном оштећењу конкуренције (и) стога комунитарно право мора укључити одредбе о регулисању оних концентрација које могу спречити ефективну конкуренцију на заједничком тржишти или на његовом битном делу."

Правно регулисање концентрација у праву ЕУ

Европска Комисија је од почетка сматрала да постојеће одредбе чланова 85. и 86. Уговора о оснивању, нису подесне да регулишу питање концентрација и да би требало донети посебно *правило (комунитарну уредбу, енгл.: regulation, нем.: Verordnung)* у коме би требало прописати услове повезивања предузећа и систем њихове контроле.¹⁴⁾ Према схватању Комисије одредбе ондашњег члана 85.(1) Уговора о оснивању би се могле применити само на концентрације базиране на споразумима између предузећа којима се ограничава конкуренција. Шира примена члана 85. на концентрације би осујетила остваривање циљева из Оснивачког уговора и створила несавладиве проблеме у њиховој примени. У овом смислу је Комисија истицала следеће разлоге.¹⁵⁾

Прво, критеријуми на основу којих се цени постојање картела се не могу примењивати на случајеве концентрација, јер се неки рестриктивни споразуми којима се ограничава конкуренција могу сматрати допуштеним на основу члана 85.(3), кад је корист од њихове примене већа од штете од рестриктивног дејства, док су концентрације према схватању Комисије увек забрањене ако доводе до "неумерене тржишне снаге."¹⁶⁾

13. В. Јанковец, Сузбијање опасности која због доминантног положаја неког предузећа може да настане за слободну утакмицу на тржишту, у: Р. Вукадиновић (ред.), *Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније*, Крагујевац, 1994, стр. 69.

14. Своје резерве у погледу примене постојећих одредби чланова 85. и 86. Уговора о оснивању, Комисија је изразила већ 1966. године у посебном Меморандуму о проблемима индустријске концентрације на заједничком тржишту, базираном на извештају групе експерата.

15. Детаљније у: Fine, *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC*, London/Dordrecht/Boston, 1994, pp. 43-48, marg. бр. 2-002 - 2-015.

16. Тачка 6. Меморандума.

Друго, санкција апсолутне ништавости предвиђена чланом 85.(2) Уговора о оснивању је непримерена концентрацијима којима се вређају одредбе члана 85.(1) и нису подесне за изузетке из става 3. истог члана. Исто тако, ни правне последице забране концентрације не могу, према схватању Комисије, бити подесне за рести туцију.¹⁷⁾

Треће, ако би се на концентрације примењивале одредбе члана 85.(1), онда би у складу са *Правилном број 17*, концентрације настале пре ступања на снагу *Правила*, (13. март 1962), биле ништаве ако су повредиле одредбе члана 85.(1), Уговора о оснивању, а нису биле нотификоване Комисији до првог новембра 1962. године.¹⁸⁾

Четврто, одредбе члана 85.(1) Уговора о оснивању, које су применљиве на рестриктивне споразуме и договорну праксу се не могу примењивати на послове на девизним берзама.¹⁹⁾

Због свега тога Комисија је инсистирала да Савет донесе посебно *правило (уредбу)* на основу кога би добила неопходна овлашћења да у оквиру Заједнице/ Уније контролише облике концентрације.

Након дуготрајних политичких преговора и компромиса Савет је 21. децембра 1989. године усвојио *Правило број 4064/89 о контроли концентрација између предузећа*,²⁰⁾ (у тексту само *Правило* или *Правило о концентрацији*). *Правило* је ступило на снагу 21. септембра 1990. године, а касније је 1997. године измењено и допуњено.²¹⁾ Ради прецизирања неких спорних питања у поступку спровођења ових правила Комисија је донела више саопштења, као што су: *саопштење које се односи на споредна ограничења у концентрацијама*²²⁾ и *саопштење које се односи на сједињене и усклађене послове*.²³⁾

На основу вишегодишњег искуства у примени постојеће уредбе о концентрацијама из 1989. са изменама од 1997. године и вођених дискусија са заинтересовим субјектима које су објављене у тзв. Зеленој књизи²⁴⁾, Европска комисија је крајем 2002. године одлучила да предложи свеобухватну реформу наведених комунигарних прописа. Реформе обухватају предлог измена постојеће уредбе, предлог саопштења о одобравању хоризонталних спајања о којима је вођена јавна дискусија до краја марта 2003. године и побољшавање праксе и других административних мера

17. *Ibid.*, тач. 11

18. *Ibid.*, тач. 12-13.

19. *Ibid.*, тач. 13.

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. Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997 (published in *OJ L* 180, 9.7.1997, p. 1, corrigendum *OJ L* 40, 13.2.1998, p. 17).

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

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

24. B.: Green Paper on the review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, 11 December 2001, COM(2001) 745 final.

у намери да се повећа транспарентност и савесност у поступку испитивања спајања. У том циљу Комисија је већ сачинила предлог Уредбе о концентрацијама и упутила га Савету на усвајање.²⁵⁾

И Суд правде је својом праксом допринео не само тумачењу спорних одредби наведених правила, већ је и усмеравао развој овог дела комунитарног права конкуренције. Тако је у случају *Continental Can*²⁶⁾ из 1973. године заузео став да компанија, која је већ стекла доминантну позицију на заједничком тржишту, може злоупотребити свој положај и повредити одредбе члана 82, ако појачава своју позицију преузимањем конкурената. У питању је била одлука америчке мултинационалне компаније *Continental Can* са седиштем у Њујорку, да преко своје немачке филијале *SLW* стекне контролу и над *TDV*, холандским конкурентом *SLW*-а. Споразумом између *Continental Can* и *TDV* било је предвиђено да *Continental Can* оснује Delaware корпорацију *-Europemballage-*, на коју би *Continental Can* пренео своје учешће у *SLW*, и да онда *Europemballage* понуди на продају унапред одређени број акција којима располаже у *DTV*. Кад је касније *Europemballage* преко своје филијале у Бриселу купио 80% акција и заменљивих обвезница у *DTV*, Комисија је у складу са одредбама члана 82. Уговора о оснивању покренула поступак и писменом одлуком наложила *Continental Can*-у да престане са повредом истог члана. У спору који је тим поводом покренут, Суд правде је потврдио одлуку Комисије.

У случају *Philip Morris*, из 1987. године,²⁷⁾ Суд је, супротно претходној пракси, установио правило да се одредбе члана 81. могу применити на споразуме чији је циљ стицање потпуне или делимичне својине на предузећу путем спајања, куповином или реорганизацијом. У питању је био споразум закључен 1981. године између познатог произвођача цигарета *Philip Morris-a (PM)* и његовог конкурента *Rembrandt Group (Rembrandt)*, јужноафричке компаније за производњу и промет дувана и алкохолних пића, којим је *PM* купио од *Rembrandt-a* 50% његових акција у *Rothmans Tobacco (Holdings)*, скраћено *RH*, за 350 милиона долара. На тај начин *PM* је обезбедио 21,9% учешћа у профиту свог конкурента *Rothmans International (RI)*, а свака страна је обезбедила право да одустане од споразума ако било која од њих стекне акције оне друге стране у *RH*, (у случају *RH*: ако буде располагала њеним акцијама у *RI*). *PM* је обезбедио право једнаког представљања као и *Rembrandt* у шесточланом извршном одбору у *RH*, укључујући и право заједничког избора председника. На крају, *Rembrandt* се обавезао према *PM* да ће обезбедити да *RI* сарађује са *PM* у областима као што су заједничка дистрибуција, заједничка производња, техничко знање и искуство и истраживање. Све то је резултирало у заједничкој контроли *PM* и *Rembrandt* над пословањем *RI*. По захтеву *British American Tobacco (BAT)* и *RJ Reynolds (RJR)*, Комисија је нашла да споразум крши одред-

25. Proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings *OJ C 20*, 28.01.2003, pp.4-57.

26. Случај 6/72, *Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. v Commission*, (1973) *ECR* 215.

27. Случај 142. и 156/84, *BAT v Commission*, (1987) *ECR* 4487.

бе ондашњих чланова 85.(1) и 86. Уговора о оснивању, без обзира што није довео до концентрације, па је од страна затражила да измене свој споразум.

Новим измењеним споразумом из 1984. године, *PM* је вратио све акције у *RH* у замену за 38,8% непосредних својинских права у *RI* и за 24,9% (испод једне четвртине) гласачких права. *Rembrandt* је преко *RH*, над којим је поново имао потпуну својину, задржао 30,8% у капиталу *RI* и 43,6% гласачких права. Измењеним споразумом није било предвиђена кооперација, али је и даље остала клаузула о повлачењу из уговора сваке стране у случају да друга страна стекне све акције у *RI*. То је практично значило стицање контроле од стране *Philip Morris* у случају да *Rembrandt* прода све своје акција које има у *RI*. Тако измењени споразум Комисија је сматрала допуштеним, па је у том смислу писменим одлукама обавестила тужиоце: *BAT* и *RJR*, да одбија њихове приговоре. У свом образложењу Комисија, између осталог, наводи да: "PM-ово мањинско учешће у акцијама и гласачка позиција, заједно са повлачењем из управе холдинг компаније и изостављање уговорних одредби о сарадњи између *PM* и *Rembrandt* у погледу *RI*, не дозвољавају да се закључи да су предмет или дејство новог споразума ограничавање или спречавање конкуренције... У контроли над пословањем *RI*, *PM* и *Rembrandt* сада учествују као мањински акционари без било каквог средства да утичу на управљање *RI*." Против такве одлуке *BAT* и *RJR* су се, међутим, жалили Суду правде.

Према схватању Суда основно питање је било да ли и у којим околностима стицање мањинских права у акцијама у конкурентској компанији може представљати повреду чланова ондашњих чланова 81. и 82. (85. и 86) Уговора о оснивању. У одговору на постављено питање Суд је у својој двосмисленој и контроверзној одлуци,²⁸⁾ подржао одлуку Комисије да стицање акција не значи повреду одредби ондашњег члана 85.(1) Уговора о оснивању, али је, између осталог, навео и да:

"Иако стицање својинских права од стране једне компаније у конкурентској компанији не значи само по себи понашање којим се ограничава конкуренција, такво стицање ипак може служити као инструмент за утицање на комерцијално понашање компанија у питању тако што ограничава или витопери конкуренцију на тржишту на коме послују.

Ово посебно важи у случају када компанија која инвестира споразумом обезбеди правну или фактичку контролу комерцијалног понашања друге компаније или кад споразум предвиђа комерцијалну сарадњу између компанија или ствара структуру која ће вероватно бити искоришћена за такву сарадњу.

То може бити и у случају кад споразум пружа компанији која инвестира могућност појачавања њене позиције у каснијој фази и преузимање ефективне контроле над другом компанијом. У обзир се мора узети не само непосредно дејство споразума, већ и његова потенцијална дејства и могућност да споразум може бити део дугорочног плана.

28. Fine, *ош. цит.*, р. 56.

На крају, сваки споразум мора бити оцењен у његовом економском контексту и посебно у светлу ситуације на самом релевантном тржишту..."

Релативност ограничења

Стварни ефекат ограничавања слободе удруживања и повезивања предузећа је у извесној мери ублажен или релативизован ограничавањем примене Правила о концентрацијама само на концентрације са комунитарном димензијом и увођењем поступка пријављивања као превентивног поступка.

Комунитарним правилом о концентрацијама дефинисано је да концентрације са комунитарном димензијом постоје у случајевима спајања, стицања и у заједничким подухватима:

(1) ако укупан промет свих укључених компанија премашује 5 милијарди евра. За банке и осигуравајуће компаније доњи праг износи једну деситину њихове укупне имовине

и

(2) ако укупан промет најмање две укључене компаније у оквиру Заједнице прелази износ од 250 милиона евра, и ако

(3) свака од укључених компанија не остварује више од две трећине од укупног прихода у оквиру једне и исте државе чланице.

На друге облике концентрација се примењују одредбе чланова 81. и 82. Уговора о оснивању. Државе чланице могу, пак, у складу са одредбама члана 22.(3), *Правилу*, захтевати да Комисија предузме акцију и против концентрација које немају комунитарну димензију ако таква концентрација ствара или појачава доминантну позицију што доводи до значајног ометања конкуренције на територији државе чланице у питању.

Кад је реч о превентивном спречавању забрањених концентрација, *Правилу о концентрацији* је предвиђен поступак нотификације или обавештавања о намераваном спајању, као и поступак оцене допуштености, односно усклађености спајања. *Правилу* је Комисији дато искључиво право да спроводи овај поступак и да о томе донесе одговарајућу одлуку, с тим што се против одлуке може покренути поступак прво пред Судом прве инстанце, а онда уложити и жалба Суду правде.

Правило полази од начела тзв. *прејиходног обавештења* (нотификације), којим је предузећима у питању наметнута обавеза обавештавања Комисије о концентрацијама са комунитарном димензијом најкасније недељу дана од дана закљученог споразума или оглашавања јавне понуде или стицања контроле. Комисију о томе обавештавају обе стране у случају спајања и заједничких подухвата, или само она страна која стиче контролу над једним или више предузећа.²⁹⁾ Одмах након добијања обавештења Комисија је дужна да у року од месец дана (прва фаза)

29. Чл. 4.(1) Правила о концентрацији.

испита да ли је концентрација обухваћена Правилком и да о томе донесе одговарајућу одлуку. При томе је могуће разликовати неколико ситуација.³⁰⁾

Ако Комисија установи да концентрација у питању није обухваћена *Правилком*, доноси писмену одлуку којом констатује да концентрација у питању *није у складу* са заједничким тржиштем. У случају кад је концентрација обухваћена *Правилком* и по оцени Комисије не изазива озбиљну сумњу у погледу њене компатибилности са заједничким тржиштем, доноси одлуку којом се не противи њеном постојању и *поштерђује* њену *усклађеност* са заједничким тржиштем. На крају, ако установи да је концентрација обухваћена *Правилком*, али изазива озбиљну сумњу у погледу њене компатибилности са заједничким тржиштем, одлучиће да *покрене одговарајући процес* са обавезом да у року од наредна четири месеца донесе одлуку (друга фаза). У последњем случају Комисија може наложити предузећима да ускладе или промене план концентрације и након обавештења да су предузећа поступила у складу са тим, може одмах донети одлуку о усклађености. Комисија је овлашћена да, и не чекајући обавештење о извршеним усклађивањима, донесе условну одлуку или одлуку са резервом којом се са суспензивним дејством одређују услови које треба да испуни модификовани план концентрације. У сваком случају, о својој одлуци Комисија без одлагања обавештава предузећа у питању и надлежне власти држава чланица. Ако Комисија благовремено не донесе одговарајућу одлуку сматраће се да је концентрација одобрена.

Концентрација не може "ступити на снагу" пре него што о томе буде послато обавештење или пре рока од прве три недеље након слања обавештења. Ако предузеће не обавести Комисију, или намерно да погрешне или непотпуне податке у обавештењу, *Правилком* су прописане одговарајуће новчане казне у распону од 1000 до 50000 ECU за лица и предузећа у питању.

Radovan D. Vukadinović, Ph.D.
Professor, Faculty of Law, Kragujevac
Director of the Center for EU Law

Restrictions on Freedom of Association of Business Organizations - Concentrations in the EU Law

Summary

A concentration takes place when two or more undertakings which were formerly independent are brought under direct or indirect common control. The corporate reorganizations in the form of concentrations and this development may be welcomed as being in line with the requirement of dynamic competition, but they may also seriously impede competition. In the last case, the concentrations can affect the structure of the market pla-

30. Чл. 6 (1) (а, б, ц) Правила.

ce through concentration of economic power and may arouse fears of anti-competitive behavior. Therefore, the concentrations must be controlled. The neccessity of controlling arose the question about establishing of borders of autonomy or economic freedom of undertakings.

Key words: *freedom of association, concentration in EU law, merger, acquisition, joint ventures, dominant position, abuse of dominant position, limitation of competition*