

Др Сања Граић-Стејановић

доцент, Факултет пољопривредних наука, Универзитет у Београду

Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентски ризик

Резиме

Предмет овог рада је дефинисање правног појма и сагледавање правне природе кооперативних пословних подухвата, који могу представљати специфичан вид спорних улагања, и испитивање каузалне везе таквих пословних трансакција са системом тржишне конкуренције (домаће земље).

Кооперативни пословни подухват подразумева широк делокруг пословних трансакција партнера које су ушле уговорној основи, представљају заједнички циљ и контролу у погледу спровођења посла, као и одређену социјалност у погледу његовог временског трајања.

Озбиром да домаћа позитивна регулатива уређује само заједничке подухвате који представљају пословну концентрацију, а да су ситуације пословне кооперације домаће и иностране партнера која може да има за предмет, односно резултира у координисаном конкурентском понашању остале изван њеног домаћаја, потребно је озбиљно размислити ово правно питање и одговарајућа решења уврстати у прописе који уређују материју спорних улагања и заштитне конкуренције.

Кључне речи: *Међународно заједничко улагање, заједнички пословни подухват, кооперативни заједнички подухват, пословна концентрација, координација конкурентског понашања, хоризонтални споразуми о повезивању, злоупотреба доминантног положаја*

1. Заједнички пословни подухват са иностраним елементом

1. 1. Појам

Инострано улагање подразумева унос новчаних средстава или имовине у домаћу земљу, с циљем остваривања профита. У случају када инострано улагање укључује сарадњу са домаћим привредним субјектом, уз заједничку контролу пословања и интенцију остваривања добити, реч је о заједничком улагању са страним елементом.

Заједнички пословни подухват подразумева постојање три конститутивна елемента: заједнички циљ, са једне, односно контролу у погледу спровођења пословне операције, са друге, и одређену сталност у погледу њеног временског трајања, са треће стране. Термином заједничког пословног подухвата може бити обухваћен читав низ разнородних правних послова, који подразумевају различите видове сарадње (по правилу) два партнера у одређеном временском периоду, при чему однос њиховог учешћа у остваривању трансакције може бити релативно уједначен (50-50%) или установљен у корист доминације једне (домаће или иностране) стране.

Страно улагање у виду пословног подухвата уговорног карактера подразумева, сходно домаћој регулативи, стицање сваког имовинског права страног улагача којим он остварује своје пословне интересе у домаћој земљи, а изван директних инвестиција које се реализијују стицањем акција или удела у домаћем предузећу.¹⁾

1. 2. Мотиви, *pro et contra*

Међународни заједнички подухват подразумева постојање елемента иностраности, који се може налазити у субјекту, када се везује за држављанство односно националну припадност учесника, или објекту трансакције, када се врши локализација уставновљених права и обавеза страна. Посао страног улагања са аспекта домаће земље има двоструку димензију. Предности таквог посла по правилу и са квантитативног и квалитативног аспекта надмашују аргументе против, при чему је битно истаћи да се евентуални, обично скривени, недостаци првенствено односе на случајеве директних страних инвестиција, а знатно ређе на кооперативне пословне подухвате са страним елементом.

Најзначајнији аргументи у прилог подршке страних улагања односе се на повећање стопе извоза²⁾, трансфер нових технологија и вештина, унапређење менаџерских техника и пословних знања, умањење стопе незапослености, креирање заједничког система од постојећих природних ресурса и нових производних погона, развој инфраструктуре и олакшан излаз на нова тржишта.³⁾

1. Члан 3., тач.2 Закона о страним улагањима (Службени лист СРЈ бр 3/02 и 5/03).

2. За кретања на нивоу међународне трговине види: <http://www.unctad.org>.

3. Mendoza A.: International Business Planning – Policy and Procedure, St.Paul, 2001., стр. 249.

Најчешће резерве домаће земље према иностраним инвестицијама занимају се на претпоставкама:

- да у домену конкурентности, домаћи пословни субјекти бивају угрожени доласком иностраних, по правилу мултинационалних и знатно ефикаснијих конкурената;
- да пословне одлуке које доносе инострани субјекти не одговарају у довољној мери специфичним оквирима и потребама домаћег пословног и културног амбијента;
- неадекватности трансферисане технологије са аспеката специфичних потреба развоја домаће земље;
- ограничавања локалног индустријског развоја;
- неузимања у обзир стваног значаја и оптималних модела заштите човекове околине;
- вршења индиректних утицаја на домаћој политичкој сцени.

Наведени аргументи за и против могу се условно помирити стварањем регулативног оквира домаће земље који би кроз дефинисање меког система контроле, односно надгледања страних улагања тежио да на најмању меру сведе његове негативне аспекте, полазећи првенствено од следећих принципа: обезбеђења значајног учешћа у управљању од стране домаћег партнера, знатног учешћа домаћег партнера у оствареној дивиденди, односно профиту, омогућавања локалној заједници да кроз страном улагање остварује социјалне циљеве заједнице, од којих је смањење стопе незапослености најважнија и директног и потпуног коришћења предности које доноси трансфер нових технологија.⁴⁾

1. 3. Уговор о страном улагању

Зависно од правног облика у коме се реализује иностраном улагање, закључују се три основне врсте споразума:

- статусни споразуми, односно уговори о оснивању предузећа и уговори о стицању акција или удела;
- концесиони споразуми, који се односе на уговор о концесији и уговор о финансирању пројекта, односно БОТ аранжману;
- облигациони споразуми, који обухватају читав низ различитих облика пламана инвестиција (нпр. у домену интелектуалне својине и финансијских услуга) који не подразумевају статусне и власничке импликације.

Уговоре о страном улагањима одликује сложена структура, без обзира да ли за предмет имају директне или индиректне инвестиције и закључују се у писменој форми, на одређено или неодређено време. Уговор о оснивању има статусно дејство, јер представља основ за формирање основног капитала предузећа, трансфер

4. Folsom R., Gordon M., Spanogle J.: International Business Transactions, Sec. Ed., West Group, St. Paul, 2001., стр. 842

технологије и менаџмента, права на добит и одговорности у погледу сношења ризика за пословање предузећа.⁵⁾

Уговор о страном улагању, у ужем смислу, односи се на различите категорије инвестирања које не резултирају стицањем власничког удела у домаћем предузећу, од којих се као основни јављају комерцијални послови у домену купопродаје робе и услуга, са једне, односно споразуми базирани на уступању технологије и знања, са друге стране.

У ситуацији када се страном улагање реализује и као заједнички подухват, поступак закључења, као и садржина уговора добијају на сложености, услед чега се потписивање преговора, односно прединкорпорацијског акта, јавља као први корак у његовој реализацији, при чему је упутно дефинисати посебно следеће елементе заједничке сарадње: мотиве и циљеве пословања, који су значајни за евентуално касније субјективно тумачење споразума, поступак обавештавања органа домаће земље о страном улагању, односно добијање одговарајуће сагласности, дефинисање оквира и поступка за остваривање предвиђених олакшица за иностранца заједничка улагања, првенствено у пореском и царинском домену, избор форме организовања предузећа које се оснива, односно у које се улаже, висину и структуру оснивачког капитала, управљачку структуру, стицање права на непокретностима, коришћење права интелектуалне својине, врсту и основна квантитативна и квалитативна обележја производа, односно услуга који су предмет пословања, закључење основних оперативних споразума (набавка сировина, лизинг опреме, техничка помоћ, лиценце), принципе тржишног и маркетиншког наступа, избор меродавног права у погледу тумачења споразума и решавања евентуалних спорова, начине и последице престанка обављања заједничког посла.⁶⁾

Када је реч о основном уговору о заједничком подухвату, као битни елементи јављају се: дефинисање сврхе заједничког посла, односно предмета подухвата, који се реализује као једнократна или дугорочна сарадња, руковођење заједничким пројектом и избор органа управљања, права и обавезе страна у погледу уступања и коришћења права индустријске својине, регулисање пореских обавеза, правни режим имовине уступљене на коришћење за потребе заједничког посла, дефинисање релевантног и географског тржишта на које се заједнички подухват пројектује, израда стратегије тржишног наступања, решавање спорова и избор меродавног права.

5. Ђирић А.: Уговори о страним инвестицијама, Страна улагања, Ниш, 2001., стр.73

6. Folsom R., Gordon M., Spanogle J.: International Business Transactions, Sec. Ed., West Group, St. Paul, 2001., стр.851

2. Облици међународних пословних подухвата

2.1. Критеријум правног субјективитета

Основна подела заједничких подухвата односи се на разликовање статусних и уговорних повезивања.

Прва категорија статусне повезаности подразумева оснивање новог предузећа, односно куповину акција или удела у постојећем, у коме оба партнера имају власничко учешће и контролу. У ситуацији када иностранци улагач инвестира у пословни субјекат у државни пријема, са релативно трајним интересом за обављање пословне делатности, располагањем релевантним степеном контроле и активним учешћем у организовању и спровођењу управљачког процеса текућим пословањем, реч је о постојању директних, односно непосредних инвестиција као најћвешћег вида иностраних улагања.

Директне инвестиције реализују се кроз три основна вида улагања: у оснивање новог предузећа, путем фузија или преузимањем, односно куповином дела акција, односно удела постојећег предузећа.

Домаћа регулатива предвиђа да се директно страном улагање остварује инвестирањем у постојеће домаће предузеће у коме улагач стиче акције или уделе, са једне, или оснивањем предузећа, самостално или заједно са домаћим или иностраним партнером, са друге стране.⁷⁾ Директним се сматрају оне инвестиције које су пласиране у изградњу нових капацитета у секторима производње, истраживања и развоја као и сектору услуга, а које могу бити предмет међународне трговине⁸⁾ и као такве су предмет посебног подстицајног и повлашћеног нормативног режима. Непосредно иностраном улагање остварује се као заједнички подухват (оснивањем домаћег предузећа), као греенфилд или броњфилд инвестиција (када се пословање отпочиње на месту где већ постоји одређена инфраструктурна подршка).

Индијектне, односно портфолио инвестиције не укључују као конститутиван елемент активно учешће у управљању предузећем, већ се пласирају од стране иностраног улагача са основном интенцијом максимизације профита и остварују кроз стицање хартија од вредности и берзанску трговину. По правилу, портфолио инвестиције се реализују у кратким временским оквирима, што је други фактор разграничења у односу на директне инвестиције.⁹⁾

7. Члан 4. Закона о страним улагањима.

8. Члан 2., тач. 3 Уредбе о условима и начину привлачења директних инвестиција (Службени гласник РС бр. 56/2006).

9. Следствено томе, портфолио инвестиције се по правилу реализују у оквирима националне регулативе која се односи на трговину хартијама од вредности, без уплива међународних извора којима се уређују и штите директне стране инвестиције, што је решење подложно преиспитивању, обзиром на глобални тренд пораста учешћа портфолио инвестиција у пословима страних улагања и сходно томе потребе креирања заједничких принципа и инструмената заштите индијектних инвестиција на међународном нивоу.

За разлику од наведених статусних видова, уговорна повезивања конституирана су искључиво на бази партнерског споразума о спровођењу заједничког подухвата који не резултира у њиховом структуралном повезивању, нити губитку, односно сужавању домена правног субјективитета страна учесника. У основи уговорних пословних подухвата у суштини стоји концепт ортачког односа, заснован на идеји краткорочног партнерства ради реализације одређеног посла у циљу остварења добити.¹⁰⁾

2. 2. Елемент иностраности у субјекту

Зависно од субјеката, учесника посла, а под претпоставком да се он реализује на територији домаће земље, заједнички пословни подухват може бити остварен између: предузећа која имају домаћу националну припадност, више иностраних улагача, иностраног улагача и домаћег предузећа и иностраног улагача и домаћег субјекта који послује, односно располаже државним капиталом.¹¹⁾

2. 3. Функционална класификација

Полазећи од критеријума садржинског одређења заједничког подухвата, они се могу разврстати у неколико основних категорија:

- Реализација пројекта, која подразумева једнократно повезивање партнера из различитих категорија делатности ради спровођења сложеног посла који захтева тимски рад (чести су у домену изградње и извођења инвестиционих радова);
- Заједничка улагања у домену истраживања и развоја, која уживају посебну подршку домаће државе, обзиром да на њено тржиште доводе нове производе (на пример, у области фармацеутске произвође);
- Послови у области истраживања и експлоатације минералних и рудних богатстава, које карактерише постојање високе стопе ризика и трошкова;
- Заједничко наступање у домену организовања извозног посла и наступа на новим, по правилу иностраним тржиштима, што је облик који директно подлеже примени правила о заштити конкуренције.¹²⁾

2. 4. Концентрација и кооперација

Пословна концентрација обухвата три категорије повезивања предузећа:

10. Зависно од критеријума трајања пословне сарадње, у англосаксонском праву разликују се институт *joint venture*, који подразумева краткотрајни вид повезивања, и *partnership*, којим се означава заједнички подухват у дугорочном периоду времена.
11. Од посебног значаја за домаћу привреду у овом тренутку јавља се специфичан вид заједничког улагања кроз сарадњу јавног и приватног сектора (*Public Private Partnership*), у коме споразум о сарадњи закључују предузеће које послује приватним капиталом и државни, односно орган локалне самоуправе или јавно предузеће, ради управљања одређеном делатношћу или добрима. Види: тач. 3.1. Стратегије подстицања и развоја страних улагања (Службени гласник РС бр. 22/06)
12. Vagts D.: *Transnational Business Problems*, Sec.ed., New Zork, 1998., стр. 472

- фузију, односно спајање, које резултира гашењем правног субјективитета бар једног од учесника;

- стицање контроле, односно одлучујућег утицаја у предузећу, правним или фактичким путем, при чему се утицај пројектује на сферу својине, права коришћења или остваривања управљачке функције и може бити остварен директно или индиректно;¹³⁾

- заједнички подухват, као посебан вид колективног остваривања контроле над предузећем од стране два или више субјеката, у ком случају је са аспекта права конкуренције неопходно утврдити да ли је реч о концентрационом или кооперативном послу.¹⁴⁾

Кооперативни пословни подухват остварује се као уговорна форма повезивања и односи се на случајеве координације пословања независних предузећа ради реализације заједничког циља, једнократно или као континуиран пословни однос.

2. 5. Концесије

Посебан облик страних улагања представља концесија, као правни посао који се остварује између даваоца концесије (концедента) и примаоца концесије (концесионара), са циљем остваривања већег степена ефикасности у експлоатацији предмета концесије, који је двојак и односи се на искоришћавање природних богатстава, односно добара у општој употреби, са једне, или делатност јавних служби, са друге стране, а реализује се закључењем уговора о концесији који представља формалан, двострано обавезан, мешовит (грађанско-правни и јавно-правни) и споразум са трајним престаџама.¹⁵⁾

3. Нарушавање конкуренције као (могућа) правна последица

3. 1. Контрола концентрационог подухвата

Заједнички подухват, као и фузија предузећа, резултира креирањем амбијента антиконкурентске опасности. Ово стога што се посао заједничког улагања неретко и бира као компетитивна стратегија, у којој привредни субјекти који су раније деловали потпуно независно и често се међусобно налазили у конкурентском односу, сада тржишно иступају кооперативно и координирано.

Ипак, инструменти права конкуренције који се примењују на заједничке подухвате значајно се разликују у односу на оне релевантне за спајања предузећа, обзиром да фузија резултира елиминисањем бар једног привредног субјекта, док се заједничким наступањем ствара нов компетитивни савез, као вид триумвирата повезаних тржишних учесника.¹⁶⁾

13. Fine: Mergers and Joint Ventures in Europe, London, 2004., стр. 105

14. Види члан 3. Уредбе о контроли спајања бр. 139/2004 (OJ L24 2004)

15. Дабић Љ.: Концесије у праву земаља Централне и Источне Европе, Београд, 2002., стр. 109

16. Vagts D.: Transnational Business Problems, New York, 1998., стр. 479

Утврђивање каузалне везе између заједничког подухвата и нарушавања конкуренције као претходно питање претпоставља одређивање концентрационог или кооперативног карактера подухвата.

У случају када заједничко наступање за битна обележја има постојање структуралне компоненте јединства, са једне, и релативну трајност сарадње, са друге стране, правни однос и посао квалификују се као случај концентрационог заједничког подухвата. У праву конкуренције Европске уније то даље значи директну примену решења Уредбе о контроли спајања бр. 139/2004. Оваква, потпуно функционална заједничка улагања¹⁷⁾ са аспекта права конкуренције подводе се под режим који важи за фузије и аквизиције предузећа, односно ситуације поседовања одлучујућег утицаја и контроле над пословањем.

Са друге стране, уколико је заједнички подухват конципиран тако да подразумева или резултира усаглашеним понашањем учесника на тржишту, али без да је дошло до њиховог статусног, односно структуралног повезивања, примењују се општа правила о забрани монополског споразумевања или злоупотребе доминантног положаја.¹⁸⁾

Концентрација учесника на тржишту настаје и у случајевима заједничког улагања, под којим се у домаћем праву конкуренције подразумева оснивање и заједничко контролисање новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној основи, од стране најмање два независна постојећа субјекта.¹⁹⁾

Концентрациони заједнички подухват може (а не мора) имати за последицу стварање доминантног положаја на одређеном тржишту, који сам по себи не представља опасност, али указује на латентну могућност да такав субјект, услед своје објективне пословне моћи, преузима, директно или индиректно, контролу у другим предузећима, из разлога који проистичу из теорије економије обима²⁰⁾ и тиме наруши конкуренцијски еквилибријум.

Концентрациони заједнички подухват, са конкуренцијског аспекта посматрано, биће недопуштен, односно забрањен у случају када су кумулативно испуњена два услова: да се њиме ствара или појачава доминантна позиција на тржишту и да резултира значајним нарушавањем ефективне тржишне конкуренције.²¹⁾

Поступак оцене постојања и интензитета наведених критеријума је двостепен. Прва фаза квантитативне процене подразумева утврђивање вредности удела на релевантном тржишту роба или услуга, односно географском тржишту. Утврђивање постојања тржишне доминације врши се кроз одређивање степена учешћа предузећа на релевантном тржишту, путем испитивања односа између послова које предузима одређено предузећа и укупних послова који се реализују на тржишту.

17. Види: Commission Notice on the Concept Full-Function Joint Ventures 1998 OJ C 66/1.

18. У комунитарном праву конкуренције то подразумева одредбе чланова 81. и 82. Уговора о оснивању.

19. Члан 21., ст.1, тач. 3 Закона о заштити конкуренције (Службени гласник РС бр. 79/05).

20. Peacock A., Bannock G.: Corporate Takeovers and the Public Interest, London, 1991., стр. 27.

21. Члан 2. Уредбе о контроли спајања.

За постојање доминантне позиције нужно је и довољно утврдити да постоји објективна тржишна моћ предузећа да се понаша независно од положаја и услова половања других привредних субјеката.²²⁾ Према Уредби о контроли спајања, само случајеви у којима тржишни удео износи више од 25%, могу се сматрати доминантном позицијом.

Друга етапа има квалитативно обележје и односи се на процену утицаја односног случаја концентрационог заједничког подухвата на конкурентски тржишни амбијент. Уредба о контроли спајања, у односу на претходно важећу Уредбу о контроли концентрација између предузећа број 4064/89, садржи већи број корективних критеријума који иду у правцу допуштености концентрација, које доприносе пре свега јачању домаће конкурентности на глобалном тржишту, са једне, односно социјалне кохезије, са друге стране.²³⁾ Приликом оцењивања допуштености одређеног случаја заједничког подухвата, односно његовог утицаја на односе конкуренције, Комисија процењујући (евентуално) постојање доминантне позиције узима у обзир различите критеријуме који се односе на привредну и финансијску моћ учесника, структуру тржишта, правне и друге препреке за улазак на тржиште, трендове у понуди и потражњи за релевантне робе и услуге, могућност избора добављача и приступ снабдевању, интересе интермедијарних и коначних потрошача, као и даљи економски и техничко-технолошки напредак, уколико није супротан интересима потрошача и не ствара препреку конкуренцији.²⁴⁾

Процесно гледано, контрола концентрација према одредбама Уредбе о контроли спајања спроводи се у две основне фазе. Први степен нотификације подразумева обавезну пријаву свих планираних концентрација у оквирима Европске уније које имају комунитарну димензију, пре него што се приступи њиховој реализацији. У другој фази, Комисија оцењује допуштеност пријављене концентрације у смислу њене усаглашености са заједничким тржиштем, односно ефекта који би она произвела на структуру конкуренције која је на њему успостављена, сходно чему доноси одлуку о компатибилности или одлуку о инкомпатибилности концентрације са заједничким тржиштем.²⁵⁾

Сличан двостепени систем, који подразумева биполарност у поступку оцењивања допуштености заједничког подухвата у смислу употребе не само индикатора квантификације, већ и ширих, флексибилнијих - квалитативних критеријума, садрже антitrustовске одредабе америчког права. Од посебног значаја у том смислу су Упутства о интеграцијама Министарства правде из 1992. године, која утврђују пет фаза поступка процене релевантних података за доношење одлуке о допуштености, односно недопуштености једног случаја интегрисаног наступања:

22. Вукадиновић Р.: Право Европске уније, Београд, 1995., стр. 239.

23. Вукадиновић Р.: Право Европске уније, Крагујевац, 2006., стр. 507.

24. Члан 2. Уредбе о контроли спајања; Види код: Шогоров С., Хармонизација права конкуренције ЕУ и права конкуренције СРЈ, Право и привреда бр. 5-8, Београд, 1996., стр. 314.

25. Против одлуке Комисије може се поднети тужба ради поништења одлуке Суду прве инстанце, а онда и уложити жалба пред Судом правде.

- процена да ли заједничко наступање значајно увећава концентрацију на тржишту;
- предвиђање могућих ефеката на постојеће односе конкуренције;
- процена да ли би ограничавање конкуренције као последица заједничког подухвата било ублажено порастом конкурентности услед иступања других тржишних учесника;
- оцена позитивних ефеката заједничког посла и њихов однос са негативним последицама који се могу рефлектовати у домену конкуренције;
- тест објективне оправданости (неопходности) повезивања, у смислу напуштања релевантног тржишта од стране једног од субјеката у случају када заједнички подухват не би био реализован.²⁶⁾

3. 2. Утицај кооперативног подухвата на конкуренцијску равнотежу

У случају да заједнички подухват не буде квалификован као концентрациони, а то претпоставља одсуство два битна елемента: трајности деловања и аутономности креираног ентитета²⁷⁾ - у питању је кооперативни посао и за њега се у погледу оцене са становишта права конкуренције као релевантана јављају правила прописана члановима 81. и 82. Римског уговора.

У домаћем праву, заједничко улагање које има за циљ координацију активности између учесника на тржишту који задржавају правну самосталност неће се сматрати концентрацијом и на њега се сходно примењују правила о забрани хоризонталног и вертикалног споразумевања.²⁸⁾

Кооперативне заједничке послове карактерише велика разуђеност и разноликост у погледу њихових појавних облика, односно комбинација које се стварају у домену хоризонталног повезивања, као и тржишних услова у којима се одвијају.²⁹⁾

Када је реч о критеријумима који се узимају у обзир приликом доношења оцене о нарушавању конкуренције као последице кооперативног заједничког подухвата, иде се у правцу њихове чвршће економске утемељености и мање формалистичког приступа, па се по правилу односе (и) на: број и реалну економску моћ учесника на релевантом тржишту, специфична обележја генезе раста њихове привредне снаге, економску моћ учесника самог јоинт вентуре посла, њихов претходни конкурентски однос, капацитет сваког од учесника заједничког посла да иступа самостално према конкурентима, пословни амбијент у којем је креиран заједнички подухват, мотиве и објективне показатеље економске оправданости за његово стварање, пројектовану снагу и утицај заједничког наступања на релевантом тржишту и друге показатеље индикативне за процену ризика који може настати по нарушавању конкуренције.³⁰⁾

26. Гоган П.: Интеграције, аквизиције и реструктурирање корпорација, Нови Сад, 2004., стр.154.

27. Члан 3 (4) Уредбе о контроли спајања.

28. Члан 22., ст. 1, тач. 3 Закона о заштити конкуренције.

29. EC Commission Guidelines on the Applicability of Article 81 to Horizontal Cooperation Agreements.

30. Vagts D.: Transnational Business Problems, Sec.Ed., New York, 1998., стр 480.

Оцена антимонополских аспеката у случају заједничког улагања стварних или потенцијалних конкурената биће условљена следећим околностима:

- испољавањем дејстава на тржишту на коме послује односни привредни субјекат,
- нарушавање конкуренције, као последице заједничког улагања, рефлектује се и на другим тржиштима;
- одредбе самог уговора о заједничком улагању представљају основу ограничавања конкуренције.³¹⁾

Одредбама члана 81. прописана је забрана за све рестриктивне споразуме између предузећа, одлуке удружења предузећа и договорну праксу удруживања којима се може утицати на трговину и чији су циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта.³²⁾

Споразуми претпостављају постојање три битна елемента: реч је о хоризонталном ограничењу конкуренције, у склапању и извршењу учествује више предузећа приближне економске снаге и учесници су обавезни на предузимање споразумом предвиђених мера. Разнородни видови 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 формално-правна снага – центлменских споразума, до највишег степена усаглашености релевантних воља – картелних споразума закључених у одређеној правној форми.³³⁾

Постојање споразума, одлука и договорне праксе није аутоматски забрањено³⁴⁾, 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.

Од предвиђене генералне забране монополских споразума предвиђени су појединачни и групни изузеци. У домаћем праву, на захтев учесника у споразуму може се од стране Комисије за заштиту конкуренције одобрити појединачно изузеће споразума или једног његовог дела од забране, уколико се утврди да он доприноси унапређењу производње или расподеле робе, односно подстицању техничког или

31. Dobkin J., Burt J., Krupskz K., Spooner M.: Joint Ventures with International Partners, Washington, 1994., стр. 104

32. Ограничење се не односи нужно на постојеће односе, већ и потенцијална конкуренција може бити објекат заштите.

33. Шогоров С.: Средства ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније, у - Правни и економски оквири укључивања југословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније, Крагујевац, 1994., стр. 53

34. Чланом 81. прописана је клаузула генералне забране монополских споразума, која за последицу има њихову апсолутну ништавост у случају кумулативног испуњења три услова:
- постојања споразума или усаглашеног понашања предузећа;
- конкуренција на комунитарном тржишту је спречена, ограничена или извитопераена;
- наноси се штета трговини између држава чланица.

економског развоја, а потрошачима обезбеђује правичан део користи и не искључује конкуренцију у битном делу односне робе или услуга.³⁵⁾ Када је реч о изузећу споразума по врстама, у категорији хоризонталних споразума могу бити изузети од забране нарочито споразуми о специјализацији, истраживању, развоју и сарадњи.³⁶⁾

У комунитарном праву предузеће које се позива на изузетке обавештава Комисију о односном споразуму и тражи "негативно одобрење" или врши корекције споразума, како би се подвео под већ дозвољене групне изузетке. Примена блок изузетака на случајеве кооперативног заједничког улагања има посебан значај у домену споразума који за предмет имају истраживање и развој или селективну продају и дистрибуцију.³⁷⁾

За разлику од монополских споразума 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 се састоји и испољава у виду понашања, као фактичког радњи.

Чланом 82. Уговора о оснивању предвиђена је као забрањена 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.

Стварање доминантног положаја на тржишту заједничким пословним подухватом није по себи недопуштено. Подухват се неће сматрати недозвољеном чак иако је његов искључиви циљ било повећање привредне моћи на тржишту, с намером нарушавања слободне конкуренције. Забрањеним се сматрају само радње којима се злоупотребљава³⁸⁾ доминантни положај, али не и постојање доминантног положаја по себи, нити радње којима се до њега дошло. При томе, намера и испољена понашања субјеката усмерена на нарушавање конкуренције по себи нису недопуштена.³⁹⁾

Постоји више критеријума према којима се даје појмовно одређење злоупотребе доминантног положаја и елемената на основу којих би се утврђивало да је до злоупотребе заиста и дошло. Први се односи на утврђивање чињенице да ли се

35. Члан 9., ст.1 Закона о заштити конкуренције.

36. Под условом да период на који су закључени није дужи од седам година и да производе дејство на целој територији Републике Србије; види члан 13., ст.1 Закона о заштити конкуренције.

37. Furse M.: Competition Law of the EC and UK, Fifth Ed., 2006., стр. 369.

38. Злоупотребом доминантног положаја сматрају се нарочито радње којима се: намећу неправедне цене или други услови пословања, ограничава производња, тржиште или технички развој на штату потрошача, примењују неједнаки услови пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту и условљава закључење уговора тиме да друга страна прихвати додатне обавезе које нису у вези са предметом уговора; види члан 18. Закона о заштити конкуренције.

39. Шогоров С.: "Правно регулисање конкуренције у оквиру ЕЕЗ", Нови Сад, 1977., стр.191.

одређено искоришћавање тржишног положаја може постићи само при постојању доминантног положаја или и у другим ситуацијама. Даље, у сваком конкретном случају важно је утврдити да ли доминантно предузеће остварује одређене предности које би при пуном дејству конкуренције на тржишту биле недостижне. Злоупотреба доминантног положаја постоји када доминантно предузеће из такве ситуације на тржишту извлачи неадекватне користи, чије се постојање мора утврдити, изван граница разумне сумње.

Најзад, када је реч о домаћем праву, потребно је најпре јасно уочити могућу каузалну повезаност заједничких улагања и посебно координираних пословних подухвата са нарушавањем тржишне равнотеже и повредном ефективне конкуренције, а затим реаговати на регулаторном нивоу прецизирањем одговарајућих решења, обзиром на њихову изузетну појавну разноликост и сложеност, нарочито у погледу могућности не само изузећа, већ и ослобађења од забране, уз претходно увођење категорије кооперативних заједничких улагања под светла правила о заштити конкуренције.

Sanja Graić-Stepanović, Ph.D.

Assistant Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

INTERNATIONAL JOINT VENTURE AND ANTI-COMPETITION RISK

Resume

Subject of this work is to determine legal notion and reviewing legal nature of cooperative joint ventures that might have elements of foreign investments and research causal ties of such business transactions with the system of market competition (of the host country).

Cooperative joint ventures, means wide range of business transactions of partners based on agreed principle, represent common goal and control in carrying out activities as well as certain continuity regarding time limits.

Since domestic positive regulations determine only joint activities representing business concentration and that in situation of business cooperation of domestic and foreign partner that can have as a subject, that is, result in coordinated competing behavior out of its reach, it is necessary to review this legal question and appropriate solution include into the regulations which regulate material of foreign investments and protection of competition.

Key words: *International joint investment, joint venture, cooperative joint venture, concentration, coordination of competing behavior; horizontal cooperation agreement, abuse of dominant position.*