

мр *Ивана РАКИЋ*
истраживач сарадник Института за упоредно право у Београду

ПРИМЕНА ПРОПИСА О КОНТРОЛИ КОНЦЕНТРАЦИЈА НА СТРУКТУРНЕ ВЕЗЕ – ОСВРТ НА ПРЕДЛОГ ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ

Резиме

У раду се анализира контролиран предлог Европске комисије да измени прописе ЕУ о контроли концентрација и да прошири примену ових прописа на стицање неконтролног мањинског учешћа у основном капиталу другог учесника на тржишту (структурне везе). Европска комисија указује на то да се структурним повезивањем учесника на тржишту може нарушити конкуренција, али да се прописи о контроли концентрација не могу у том случају применити, јер стицање неконтролног мањинског учешћа не подлеже контроли концентрација коју врши Европска комисија.

Аутор даје крајњак приказ предлога Европске комисије и оцену ефикасности ових предлога на административно оштећење Европске комисије и учесника на тржишту, на правну сигурност и на прописе о контроли концентрација Републике Србије. Иако се структурним везама може нарушити конкуренција, у раду се указује на то да се усвајањем предлога може значајно оштерити Европска комисија и да се увећава правна несигурност у погледу мањинских улагања. Узимајући у обзир све аргументе који се износе у раду, аутор закључује да прописе ЕУ о контроли концентрација не би требало проширити на структурне везе и да је најбоље решење да се ништа не ради поводом најављених предлога, тј. да се ти предлози не прихватају.

Кључне речи: *структурне везе, мањинско учешће, неконтролно учешће, контрола концентрација, право конкуренције, ЕУ.*

I Уводне напомене

Европска комисија врши контролу концентрација са тзв. комунитарном димензијом пре спровођења концентрације (*ex ante* контрола), тако да учесници на тржишту који намеравају да спроведу концентрацију морају да је пријаве и да од Европске комисије добију одобрење за њено спровођење, под условом да пријављена концентрација подлеже контроли, односно да се на њу могу применити прописи о контроли концентрација.¹ Уредба ЕУ о концентрацијама не предвиђа дефиницију концентрација, већ само наводи појединачне правне облике концентрација којима се обухватају све капиталне трансакције које доводе до укрупњавања учесника на тржишту и које морају бити предмет контроле концентрација.

У Преамбули Уредбе ЕУ о концентрацијама прописано је да се појам концентрација мора одредити тако да се обухвате капиталне трансакције које доводе до трајних промена у контроли учесника на тржишту и стога у структури тржишта (т. 20). То значи да је за право конкуренције најбитније стицање контроле над другим учесником на тржишту, па је за примену прописа о контроли концентрација потребно утврдити да ли се након концентрације мења контрола, како би се утврдило да ли пријављена капитална трансакција представља концентрацију.² Пошто је остваривање контроле над другим учесником

1 На нивоу Европске уније примењује се Уредба Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године (Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24/2004; даље у тексту: Уредба ЕУ о концентрацијама), којом су регулисане оне концентрације које могу да угрозе конкуренцију на јединственом тржишту ЕУ или на његовом битном делу. Уредба ЕУ о концентрацијама прописује тзв. финансијске прагове чијим преласком за учеснике у концентрацији настаје обавеза пријаве, чиме ограничава своју примену само на концентрације које имају тзв. комунитарну димензију. Прописани прагови имају искључиви значај разграничења надлежности између органа ЕУ и надлежних тела земаља чланица – уколико концентрација има комунитарну димензију она је у искључивој надлежности Комисије и на њу се примењује Уредба ЕУ о концентрацијама, а искључује се надлежност тела земље чланице и примена њеног националног права. Више о концепцији *комунићарне димензије* вид. Edurne Navarro Varona *et al.*, *Merger Control in the European Union – Law, Economics and Practice*, New York, 2005, стр. 66–68; André Decocq, Georges Decocq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris 2004, стр. 208–209.

2 Примери капиталних трансакција у којима нема промене контроле над учесником на тржишту углавном се односе на случајеве када тржишни учесник који већ поседује већински удео у капиталу другог друштва жели да стекне и преостале уделе (нпр. када већински акционар упућује понуду за преузимање преосталих акција циљног друштва) или на операције повезаних учесника на тржишту које се односе на њихову унутрашњу реорганизацију (нпр. спајање контролног и за-

на тржишту (стицање *контиролној* учешћа) основни услов за примену Уредбе ЕУ о концентрацијама, стицање мањинског учешћа у сопственом капиталу не представља концентрацију, под условом да се тиме не остварује контрола над другим учесником на тржишту, односно да се не стиче *контиролно* мањинско учешће.

Европска комисија, међутим, најављује могућност измене прописа о контроли концентрација и, између осталог, предлаже да се примена правила о контроли концентрација прошири и на капиталне трансакције којима се стиче неконтролно мањинско учешће у основном капиталу другог учесника на тржишту (*сџрукџурне везе*), па је тим поводом, у јуну 2013. године, покренула и јавну расправу.³ Полази се од тога да и такве трансакције могу угрозити конкуренцију (иако веома ретко), а да се Уредба ЕУ о концентрацијама не може у том случају применити, јер се примењује само на стицање контролног учешћа. Посебно се указује на то да таква могућност већ постоји у неким земљама чланицама (Немачка, Велика Британија и Аустрија), као и у САД, Канади и Јапану.⁴

Овај рад је отуда посвећен анализи предложених решења и могућем утицају ових предлога на стварање подстицаја учесницима на тржишту за повезивањем, на административно оптерећење Европске комисије и на правну сигурност, а посебно ће се указати на могућност измене Закона о заштити конкуренције Републике Србији⁵ под утицајем најављене реформе ЕУ регулативе, уколико она буде извршена.

висног друштва, спајање зависних друштава или пренос учешћа које контролно друштво поседује у капиталу једног зависног друштва на друго зависно друштво). Концентрацију не представља ни повећање основног капитала зависног друштва чији је једини члан контролно друштво, као ни подела привредног друштва које престаје да постоји на нова друштва.

- 3 Најављене измене прописа о контроли концентрација укључују и одређена процедурална питања у вези са упућивањем концентрације на процену Европској комисији, али се може рећи да проширење домена контроле на стицање неконтролног учешћа представља најконтроверзнији предлог и изазива највећу пажњу. Вид. European Commission, *Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control*, Part 1/3, Brussels 2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/merger_control_en.pdf, 7.12.2013, стр. 3–23. Вид. и http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html, 7.12.2013.
- 4 Вид. European Commission, *Annex to the Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control*, Annex II – *Non-controlling minority shareholdings and EU merger control*, Brussels 2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/consultation_annex2_en.pdf, 7.12.2013, стр. 10–18.
- 5 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, даље у фуснотама: ЗЗК).

II Појам концентрације

Одређивање појма концентрације чини суштину поступка контроле,⁶ јер од квалификације одређеног понашања учесника на тржишту зависи примена правила о контроли концентрација. Ако се такво понашање не може одредити као концентрација, оно не подлеже контроли, а на њега се евентуално могу применити одредбе о рестриктивним споразумима и забрани злоупотребе доминантног положаја, уколико је таквим понашањем нарушена конкуренција.

Имајући у виду потребу да се утврди појам концентрације и узимајући у обзир најзначајније карактеристике, концентрације се могу одредити као различити облици статусног или уговорног обједињавања учесника на тржишту којима се на трајној основи мења контрола над једним или више учесника на тржишту и којима се они доводе под заједничку контролу, чиме се остварује пословно јединство свих учесника у концентрацији који су до тада били самостални. Промена контроле над учесником на тржишту, при томе, настаје као последица значајних промена у власничкој и управљачкој структури тог тржишног учесника или у структури капитала, које доводе до губитка његове пословне независности и до настанка односа зависности од другог учесника на тржишту у погледу доношења пословних одлука. Отуда се концентрације могу одредити и као пословни подухвати који воде трајним променама у власничкој структури учесника у концентрацији услед које они губе пословну независност, без обзира на правни облик концентрације и на престанак правног субјективитета.⁷

Може се отуда закључити да се најважнија карактеристика концентрација, која одражава суштину концентрације, односи на могућност стицања контроле над другим учесником на тржишту након концентрације, због чега се оне у упоредном праву и дефинишу у складу са овом карактеристиком – навођењем оних облика повезивања учесника на тржишту којима се један тржишни учесник доводи под контролу другог учесника на тржишту. На тај начин се концентрацијама обухватају статусне промене спајања и припајања привредних друштава (фузије), стицања контроле или преузимања, и поједини облици заједничког улагања (енгл. *joint venture*).

Контрола се дефинише као могућност одлучујућег утицаја на другог или друге учеснике на тржишту, односно на њихово вођење

6 Jean Schapira *et al.*, *Droit européen des affaires – Tome 2*, Paris, 1999, стр. 711; D. G. Goyder, *EC Competition Law*, New York, 2003, стр. 346.

7 За потребе проучавања у овом раду, изразом *промене у власничкој структури* обухватају се и промене у управљачкој структури тржишног учесника и у структури његовог капитала.

послова, и може се остварити на различите начине.⁸ Контрола се заснива на правима, уговорима или било којим другим средствима, која појединачно или заједно, узимајући у обзир све чињеничне и правне околности конкретног случаја, пружају могућност одлучујућег утицаја на вођење послова другог или других учесника на тржишту.⁹ Није неопходно утврђивати да се овакав утицај заиста испољава, односно да ће заиста бити извршен (пошто до стицања контроле може доћи и када то није изричита намера учесника у концентрацији), али могућност остваривања одлучујућег утицаја мора бити стварна.¹⁰

III Структурне везе

Структурним везама се означавају везе које при мањинском власништву постоје између два учесника на тржишту,¹¹ тако да оне спадају у подврсту феномена корпоративног власништва.¹² Ове везе се најчешће успостављају између оних учесника на тржишту који послују на истом или повезаном (узводном или низводном) тржишту, и то улагањем једних учесника на тржишту у основни (сопствени) капитал других учесника на тржишту.

Учесници на тржишту су заинтересовани за оваква улагања због бројних користи које се остварују хоризонталним и вертикалним повезивањем на тржишту: учесници на тржишту који улажу у сопствени капитал другог учесника мотивисани су смањењем трошкова, посебно

8 Чл. 3(2) Уредбе ЕУ о контроли концентрација, чл. 5 ст. 2 ЗЗК.

9 Преузимање контроле се најчешће остварује куповином акција, односно стицањем удела у другом учеснику на тржишту и куповином имовине. Вид. т. 17 Обавештења Европске комисије о надлежностима према Уредби Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту (Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *OJ* C 95/2008, даље у тексту: Обавештење Европске комисије о надлежностима).

10 Вид. т. 16 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и пресуду у случају *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)*, бр. Т-282/02, одлука Општег суда (некада Првостепеног суда) од 23.2.2006, *ECR* 2006, II-319, т. 57–58. Суд је у овом случају утврдио да је за стицање контроле над другим учесником на тржишту битно да ли је контролни учесник стекао *мојућносћ* одлучујућег утицаја на другог учесника, без обзира на то да ли ће такву могућност заиста да користи.

11 Борис Беговић, „Структурне везе: ширење домена контроле концентрација и последице по правну сигурност“, у: Радмила Васић (уредник), *Правна сигурносћ у условима транзиције*, Београд, 2014 (у штампи), стр. 317 (Рад је изложен на конференцији „Правна сигурност у условима транзиције“, одржаној 5. и 6. новембра 2013. године на Правном факултету Универзитета у Београду).

12 *Ibid.*, стр. 318.

трансакционих трошкова (у случају вертикалних веза) и укупних фиксних трошкова (у случају хоризонталних веза), а учесници на тржишту у чији се капитал улаже остварују погодности, јер оваква улагања увећавају инвестиције у физички капитал.¹³

Европска комисија, међутим, у посебном документу указује на негативне ефекте трансакција којима се успостављају структурне везе између учесника на тржишту,¹⁴ сматрајући да структурна повезаност конкурената на тржишту може довести до значајног угрожавања конкуренције. Пошто стицање мањинског учешћа у сопственом капиталу представља концентрацију само ако се тиме остварује могућност одлучујућег утицаја на вођење послова другог учесника на тржишту, односно ако се стиче (правна или фактичка) контрола над другим учесником на тржишту, Европска комисија сматра да би контролом концентрација требало обухватити и капиталне трансакције којима се не успоставља одлучујући утицај на другог учесника на тржишту, а које означава као *структурне везе*.¹⁵

У погледу врста структурних веза, Европска комисија наводи да је потребно разликовати две основне врсте структурних веза,¹⁶ позивајући се на академске радове у којима је ова подела извршена.¹⁷ Прва врста структурних веза се односи на финансијски интерес који се заснива на праву стицаоца мањинског учешћа на присвајање дела профита који оствари учесник на тржишту у којем се стиче власништво, сразмерно стеченом учешћу.¹⁸ Финансијски интерес стицаоца мањинског учешћа отуда јесте да учесник на тржишту у којем има мањинско власништво оствари што већи профит, како би он путем дивиденди присвојио што већи део стеченог профита. Уколико стицалац мањинског учешћа има само право на присвајање профита, без икаквих управљачких права по основу стеченог учешћа, односно без утицаја на пословање учесника на тржишту у којем поседује мањинско учешће и без утицаја на одлуке које тај учесник доноси, реч је само о финансијском интересу, тзв. немом

13 *Ibid.*, стр. 318–319.

14 Вид. European Commission, *Annex to the Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control, Annex I – Economic Literature on Non-Controlling Minority Shareholdings (“Structural links”)*, Brussels 2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/consultation_annex1_en.pdf, 7.12.2013 (даље у тексту: *Annex I*), стр. 2 и даље.

15 European Commission, *Annex I*, стр. 6.

16 European Commission, *Annex I*, стр. 7.

17 Вид. Daniel P. O’Brien, Steven C. Salop, „Competitive Effects on Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 67, No. 3/2000, стр. 559–614.

18 D. P. O’Brien, S. C. Salop, *нав. чланак*, стр. 568.

финансијском интересу (енгл. *silent financial interest*), односно о пасивним структурним везама (енгл. *passive structural links*).¹⁹

Друга врста структурних веза се односи на корпоративну контролу која стицаоцу учешћа омогућава утицај на пословне одлуке које доноси тржишни учесник у којем има учешће, укључујући одлуке о ценама, о производњи или о продаји имовине тог учесника.²⁰ Степен корпоративне контроле може одговарати степену финансијског интереса, али то не мора увек да значи, пошто се у великом броју случајева степен корпоративне контроле и степен финансијског интереса значајно разликују (нпр. ако један учесник има 49% учешћа у основном капиталу неког учесника на тржишту, без икаквих управљачких права, а други власник има учешће 51% у капиталу истог учесника).²¹

IV Предлози Европске комисије

Вероватни повод за најављену измену прописа ЕУ о контроли концентрација преставља случај *Ryanair/Aer Lingus*, који се односи на покушаје ирске нискобуџетне (енгл. *low cost*) авиокомпаније *Ryanair* да преузме ирску авиокомпанију *Aer Lingus*, у којој (тренутно) има учешће 29,82%. Европска комисија је два пута забранила пријављену концентрацију путем јавне понуде за преузимање, сматрајући да би преузимање контроле над компанијом *Aer Lingus* угрозило конкуренцију, а поред тога, компанија *Ryanair* једном је одустала од концентрације.²² Након прве одлуке о забрани, Општи суд је донео две пресуде којима су потврђене одлука Комисије о забрани преузимања²³ и одлука Комисије којом је одбила да одреди мере деконцентрације, односно да захтева продају стеченог учешћа компаније *Ryanair* у компанији *Aer Lingus*.²⁴ У наведеним пресудама, Општи суд је потврдио мишљење Комисије да учешће компаније *Ryanair* у компанији *Aer Lingus* није контролно учешће и да због тога Комисија и не може да одреди мере деконцентрације, будући да није дошло до преузимања контроле и да није спроведена концентрација.

19 *Ibid.*, стр. 577; European Commission, *Annex I*, стр. 8.

20 D. P. O'Brien, S. C. Salop, *нав. чланак*, стр. 568.

21 Вид. *ibid.*, стр. 569–570; European Commission, *Annex I*, стр. 7.

22 Вид. случајеве *Ryanair/Aer Lingus* (бр. COMP/M.4439, одлука Европске комисије од 27.6.2007), *Ryanair/Aer Lingus II* (бр. COMP/M.5434, одлука од 23.1.2009), *Ryanair/Aer Lingus III* (бр. COMP/M.6663, одлука од 27.2.2013).

23 Вид. случај *Ryanair Holdings plc v. European Commission* (бр. T-342/07, одлука од 6.7.2010, ECR 2010, II-03457).

24 Вид. случај *Aer Lingus Group plc v. European Commission* (бр. T-411/07, одлука од 6.7.2010, ECR 2010, II-03691).

Иако није дошло до преузимања контроле над компанијом *Aer Lingus*, компанија *Ryanair* је задржала учешће које је стекла пре објављивања понуда за преузимање.²⁵ Будући да се радило о непријатељском преузимању, компанија *Aer Lingus* је сматрала да компанија *Ryanair* користи стечено значајно мањинско учешће како би приступила њеним поверљивим стратешким плановима, открила пословне тајне, блокирала доношење посебних одлука и захтевала ванредне седнице скупштине друштва у циљу промене постојећих стратешких одлука компаније, и да на тај начин угрожава конкуренцију на тржишту.

Имајући у виду могуће негативне ефекте структурних веза на конкуренцију и постојећа решења у упоредном праву, Европска комисија је дала одређене предлоге за измене регулативе који још увек нису прецизирани, будући да се постављају бројна питања и да постоје бројне могућности комбиновања различитих решења. Ипак, издвојена су два алтернативна предлога: први је систем пријављивања (*ex ante* контрола), а други је дискрециона могућност накнадне оцене трансакција којима се остварује структурна повезаност учесника на тржишту (*ex post* контрола).²⁶

Систем пријављивања (енгл. *notification system*) значи да се *ex ante* контрола проширује на оцену трансакција којима се стиче неконтролно мањинско учешће, тако да би учесници у овим трансакцијама били обавезни да поднесу претходну пријаву концентрације, која би требало да садржи ограничен број података и била би слична скраћеној пријави концентрације.

Другим предлогом су обухваћена два решења: систем самовредновања (енгл. *self-assessment system*) и систем обавештавања (енгл. *transparency system*). У првом случају, Комисија би накнадно могла да испитује било коју структурну повезаност за коју сматра да би могла угрозити конкуренцију, полазећи од података до којих је сама дошла и од података које је добила од трећих лица. Учесници у трансакцији тада не би морали да унапред подносе било какву пријаву. У другом случају, учесници би имали обавезу да кратким саопштењем обавесте Комисију о стеченом „проблематичном“ учешћу, које би након тога било објављено на интернет сајту Комисије у циљу обавештавања трећих лица о спроведеној трансакцији који би тада могли да дају своје коментаре. У оба случаја,

25 После приватизације авиокомпаније *Aer Lingus*, компанија *Ryanair* је постепено повећавала своје учешће у приватизованој компанији, тако што је прво стекла 16,03% учешћа, па је затим повећала учешће на 19,21%, односно 25,17%, да би у моменту подношења последње пријаве концентрације имала 29,82% учешћа у капиталу компаније *Aer Lingus*.

26 Вид. European Commission, *Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control*, стр. 7.

Комисија разматра да ли да учесницима пружи могућност добровољне пријаве у циљу обезбеђивања правне сигурности, да ли да у том случају предвиди суспензију за оне трансакције које још нису спроведене и да ли би у интересу правне сигурности требало ограничити период у којем би Комисија могла да испитује наведене трансакције и на који рок би тај период био ограничен. Комисија такође разматра да ли би од учесника захтевала подношење пријаве концентрације у пуној форми, уколико би након прве процене трансакције одлучила да спроведе испитивање концентрације и да ли би тада учесници морали да прекину спровођење трансакције ако она већ није реализована.²⁷ У сваком случају, за наведене трансакције би вероватно важили исти прагови нотификације и исти тест за оцену концентрација, као код концентрација којима се стиче контролно учешће.

Потребно је утврдити и критеријуме помоћу којих би се дефинисале трансакције које би биле обухваћене контролом, као и тзв. критеријуме „сигурне луке“ (енгл. *safe harbour*) којима би се одређене трансакције искључиле из примене нових правила (нпр. стицање учешћа мањег од 10%; непостојање специјалних права мањинских чланова – право вета или представљање у органима управе; остваривање значајног конкурентског утицаја – *competitively significant influence*, или суштинског утицаја – *material influence*). На тај начин би требало да се обезбеди правна сигурност за учеснике на тржишту, што значи да би требало утврдити јасне и недвосмислене критеријуме.²⁸

Иако су мишљења о увођењу измена у регулативу ЕУ о концентрацијама дубоко подељена,²⁹ постоји сагласност да ће проширење обухвата контроле значајно увећати трошкове повезивања учесника на

27 Вид. *ibid.*, стр. 10–11.

28 Вид. *ibid.*, стр. 8.

29 Вид. прилоге учесника у јавној расправи на интернет сајту Европске комисије, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html, 7.12.2013. Вид. и Mark Friend, „Regulating Minority Shareholdings and Unintended Consequences“, *European Competition Law Review*, Vol. 33, No. 6/2012, стр. 303–306; Kyriakos Fountoukakos, Molly Herron, „Mergers and joint ventures: An overview of EU and national case law“, *e-Competitions*, No. 40270/2011; Alec J. Burnside, „Minority Shareholdings: An overview of EU and national case law“, *e-Competitions*, No. 56676/2013; Bojana Ignjatovic, Derek Ridyard, „Minority Shareholdings, Material Effects?“, *CPI Antitrust Chronicle*, No. 1/2012, стр. 2–8; Christian Riis-Madsen, Sophia Stephanou, Killian Kehoe, „Reform of the EU Merger Regulation: Looking Out for the Minority“, *CPI Antitrust Chronicle*, No. 1/2012, стр. 2–7; Bernard van de Walle de Ghelcke, „Minority Shareholdings in EU Merger Control: “No, Thank You” or a Gap to be Filled?“, *Concurrences*, No. 3/2011, стр. 19–22; Pieter Kalbfleisch, „Minority Shareholdings in Competing Companies“, *Concurrences*, No. 3/2011, стр. 37–41; Gavin Bushell, „Minority Report? The EC’s public consultation on minority shareholdings“, *Kluwer Competition Law Blog*, August 2013, доступно на адреси: <http://kluwercompetitionlaw->

тржишту и да ће додатно оптеретити Европску комисију, што се потврђује и у мишљењима која оправдавају уношење измена. Највећи терет за све учеснике у поступку контроле представља систем пријављивања, док остала два решења мање оптерећују све стране, али истовремено уносе велику неизвесност у пословање учесника на тржишту и умањују правну сигурност, будући да би се контрола вршила накнадно (*ex post*). Због тога би учесницима на тржишту, у том случају, требало дати право да добровољно поднесу пријаву или обавештење, а Европска комисија би морала утврдити одговарајуће смернице или бар посебне критеријуме „сигурне луке“ за оне капиталне трансакције које се не би уопште контролисале. Поред тога, неопходно је прецизирати временски рок у којем би се накнадна контрола могла вршити, а не би било пожељно предвиђати суспензију за наведене трансакције, будући да је веома мали број ових трансакција које би угрозиле конкуренцију и које би могле бити забрањене.

Чак и они који се залажу за измене регулативе ЕУ, као и сама Европска комисија, признају да је занемарљиво мали број трансакција којима се стиче мањинско неконтролно учешће које би могле угрожити конкуренцију и да су то практично изузеци. Истовремено се у академским радовима упућује на економске анализе хоризонталних и вертикалних структурних веза које показују да структурне везе ипак не представљају значајну опасност по конкуренцију,³⁰ због чега се може рећи да се најављене измене чине неоправданим, посебно ако се има у виду да се на „проблематичне“ трансакције могу *ex post* применити правила о рестриктивним споразумима и злоупотреби доминантног положаја. Могло би се рећи да су користи од нове контроле несразмерно мале у односу на негативне ефекте које би она имала на учеснике на тржишту и на Европску комисију. Европска комисија би административно била непотребно оптерећена, а учесници на тржишту не само што би били дестимулисани приликом мањих улагања (посебно на финансијском тржишту), која тренутно не подлежу контроли, претходној нотификацији и суспензији, него би била умањена правна сигурност у погледу ових трансакција на тржишту и извесност у пословању учесника на тржишту.

Примена правила о контроли концентрација на стицање неконтролног мањинског учешћа представљала би радикалну промену и проширење појма концентрације, будући да се цео систем *ex ante* контроле концентрација заснива на промени, односно преузимању контроле над другим учесником на тржишту и на околности да спровођењем

blog.com/2013/08/08/minority-report-the-ecs-public-consultation-on-minority-shareholdings, 7.12.2013.

30 Вид. Б. Беговић, *нав. чланак*, стр. 320–328.

концентрације настаје нови, јединствени пословни ентитет. Основни предуслов за постојање концентрације и разлог за њено испитивање јесте остваривање контроле над другим учесником на тржишту. Уколико повезивањем учесника на тржишту не долази до преузимања контроле, онда такву трансакцију и не треба контролисати, а евентуално би се касније могла *ex post* вршити контрола понашања ових учесника применом правила о рестриктивним споразумима и злоупотреби доминантног положаја.

То значи да у праву ЕУ не постоји правна празнина која би захтевала овакву радикалну промену регулативе (којом би се обухватиле различите структурне везе између учесника на тржишту), а која се не би могла попунити широким тумачењем постојећих правила. Појам „контроле“ утврђен је довољно широко, тако да се њиме могу обухватити све ситуације у којима би стицање мањинског учешћа могло утицати на пословање другог учесника на тржишту. Уколико стечено учешће нема одлике „контролног“ учешћа, то значи да је утицај на пословање другог учесника толико мали да не завређује пажњу тела надлежног за заштиту конкуренције и да се таквим повезивањем вероватно не може угрозити конкуренција, с обзиром на то да се повезивањем стиче само мањинско власништво, које не омогућава „одлучујући“ утицај на другог учесника на тржишту.

Може се поставити и питање како би измене регулативе утицале на рад тела надлежних за заштиту конкуренције у земљама чланицама ЕУ и на њихов однос за Европском комисијом, као и на промену законодавства у земљама чланицама, будући да већина земаља утврђује појам „контроле“ и појам „концентрација“ по узору на право ЕУ и не предвиђа контролу стицања мањинског учешћа уколико се тиме не остварује контрола над другим учесником.

У том погледу се поставља питање како ће се измене одразити и на правила о концентрацијама у Републици Србији? Вероватно би у Србији поново биле извршене измене Закона о заштити конкуренције и постојећих подзаконских прописа, по угледу на промене регулативе ЕУ. Комисија за заштиту конкуренције би тиме била (пре)оптерећена контролом концентрација, а због смањења ресурса не би могла адекватно да се бави рестриктивним споразумима, који се сматрају највећим проблемом нарушавања конкуренције. На тај начин се *дугорочно* може нанети штета привреди Републике Србије, јер се проширењем домена контроле још више умањују подстицаји за мањинска улагања и правна сигурност.³¹

31 *Ibid.*, стр. 332-333. У домаћим академским радовима, већ се указује на негативне ефекте проширења домена контроле концентрација у Републици Србији, посебно

Ипак, ако се Европска комисија определи за измене регулативе, могли би се дати одређени предлози, који могу послужити и другим телима надлежним за заштиту конкуренције. Неке од могућих смерница су следеће:

- 1) Не би требало прихватити обавезну претходну пријаву центрације (*ex ante* контролу структурних веза), будући да представља највећи терет за учеснике на тржишту и Комисију, односно тела надлежна за заштиту конкуренције, иако она уноси најмање неизвесности у пословање учесника на тржишту. Уколико се, међутим, предвиди овакво решење, пријава би требало да садржи минималан број података, што би било важно и за добровољну пријаву, односно претходно обавештење о стеченом мањинском учешћу, уколико се таква могућност предвиди. То би значило да учесницима на тржишту треба дати право да могу да поднесу добровољну пријаву.
- 2) Требало би утврдити критеријуме „сигурне луке“ за оне трансакције које не би биле предмет контроле, мада остаје питање да ли тада утврдити квалитативне или квантитативне критеријуме. У сваком случају би се могло искључити повезивање учесника на неповезаним тржиштима, посебно учесника у конгломератским концентрацијама.
- 3) Могућност накнадне контроле (уколико она буде предвиђена) мора бити временски ограничена, тако да би се морала извршити само у предвиђеном року након реализовања трансакције. То значи да за стицање неконтролног мањинског учешћа не би требало да важи обавеза прекида спровођења. Осим тога, услови под којима би се накнадна контрола вршила морају бити јасни и прецизно утврђени, како би се у одређеној мери сачувала правна сигурност. Овакав предлог се чини оправданим и нужним, јер се накнадном контролом доводи у питање правна сигурност било којег мањинског улагања, с обзиром на то да концентрација може бити поништена након реализовања. Ипак, накнадна контрола се чини „мањим злом“ него *ex ante* контрола структурних веза,³² с обзиром на негативне ефекте *ex ante* контроле на друштвено благостање и на расипање ресурса због такве контроле. Накнадна контрола је у том погледу прихватљивије решење, упркос знатном умањењу правне сигурности.

на опасност умањења економске ефикасности и правне сигурности. Вид. *ibid.*, стр. 331–332.

32 *Ibid.*, стр. 331.

V Закључак

На основу досадашњег излагања може се закључити да би као оптимално, требало прихватити решење да Европска комисија ништа не мења у погледу прописа о контроли концентрација, јер се на тај начин неће умањити подстицаји за мањинска улагања и неће се додатно оптеретити Европска комисија, а сачуваће се правна сигурност. Ипак, остаје да се види да ли ће најављене измене прописа ЕУ о концентрацијама бити прихваћене, односно каква ће конкретна решења бити уколико измене буду уведене.

Постављена су бројна питања на које се чекају одговори (нпр. да ли омогућити добровољну пријаву, да ли предвидети суспензију, да ли контролом обухватити све врсте концентрација или изузети конгломератске концентрације, како утврдити критеријуме „сигурне луке“, односно критеријуме којима би се дефинисало неконтролно мањинско учешће и др.). Због тога се чини да потенцијални проблеми у вези са неконтролним мањинским учешћем нису довољни да оправдају уношење промена у систем контроле концентрација и проширење надлежности Европске комисије, па би било боље да се предложене измене не врше. Корист од најављене контроле могли би имати једино они учесници на тржишту који иначе желе и који су спремни да поднесу пријаву концентрације уколико нису сигурни да би она могла бити предмет контроле надлежних тела и да на тај начин добију потврду да могу да наставе са започетим улагањима.

Mag. Ivana RAKIĆ

Research Assistant at the Institute of Comparative Law, Belgrade

APPLICATION OF MERGER CONTROL RULES TO STRUCTURAL LINKS – A REVIEW OF EUROPEAN COMMISSION’S PROPOSAL

Summary

The article deals with the European Commission’s controversial and radical proposal to change the EU Merger Regulation and extend its scope to the acquisition of non-controlling minority shareholdings (structural links). European Commission points out that structural links may in some cases lead to

anticompetitive effects, but current EU merger control rules do not enable the European Commission to review such capital transactions, because a minority shareholding which does not confer control falls outside the scope of the Merger Regulation.

The author gives short review of European Commission's proposals with aim to evaluate their impact on administrative burdens on European Commission and undertakings, on legal certainty and on merger control legislation of the Republic of Serbia. Whilst it may be that in very limited circumstances a structural link may give rise to anticompetitive effects, such proposals may result in a highly disproportionate regulatory burden and may introduce a greater legal uncertainty around investments in minority shareholdings. Considering the reasons why this is the case, which are explained in the article, the author concludes that the EU Merger Regulation should not be extended to structural link cases – the best answer to this proposal is to do nothing, i.e. not to accept it.

Key words: *structural links, non-controlling minority shareholdings, merger control, control of concentrations, competition law, EU.*