

др Ивана РАКИЋ, научни сарадник
Комисија за заштиту конкуренције, Београд*

ОЦЕНА ЗАЈЕДНИЧКИХ УЛАГАЊА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ НАКОН ОДЛУКЕ СУДА ПРАВДЕ У ПРЕДМЕТУ *AUSTRIA ASPHALT*

Резиме

Аутор анализира улогу тумачења Уредбе ЕУ о контроли концентрација од стране Суда правде ЕУ у предмету *Austria Asphalt*. Суд је прецизирао услове под којима се оцењују заједничка улагања која испуњавају *full-function* критеријуме у складу са правилима ЕУ о контроли концентрација и одлучио да промена из појединачне у заједничку контролу над постојећим учесником на тржишћу представља концентрацију само ако се заједничким улагањем ствара учесник на тржишћу који има функције независног учесника на тржишћу.

Кључне речи: заједничко улагање, *full-function* критеријуми, контрола концентрација, право конкуренције, Суд правде, ЕУ.

I Појам заједничког улагања

У праву конкуренције ЕУ не постоји изричита дефиниција заједничког улагања (*joint venture*), иако је у прописима који су важили пре „модернизације“ права конкуренције ЕУ такво објашњење било дато.

* Аутор је спољни сарадник Института за упоредно право у Београду. Ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају нужно ставове Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

Према правилима о заштити конкуренције, сматрало се да је резултат заједничког улагања (заједничког подухвата) учесник на тржишту (енгл. *undertaking*) који је под заједничком контролом два или више учесника на тржишту, и да у пракси заједничка улагања обухватају широк опсег деловања, од оних сличних концентрацијама до сарадње у посебним активностима, као што су истраживање и развој, производња или дистрибуција.¹

У академским радовима, заједничко улагање се дефинише као уговорно повезивање два или више учесника на тржишту у циљу остваривања одређеног заједничког пословног подухвата, тако што уговорне стране заједнички улажу средства у пословни подухват, деле ризик и добит, и заједнички доносе одлуке док подухват траје.² Удруживањем својих одређених потенцијала, учесници на тржишту се на овај начин повезују по сличним принципима као и физичка лица, и остају при томе самостални правни субјекти, а удружују се само због пословног подухвата у којем имају заједнички циљ и интерес (нпр. због заједничке производње, дистрибуције, пружања услуга, истраживања и развоја).³ Могу се отуда издвојити следећи конститутивни елементи заједничког улагања: заједнички циљ, заједничка контрола над спровођењем капиталне трансакције и одређена сталност у погледу трајања капиталне трансакције.⁴

Након усвајања Уредбе ЕУ о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године,⁵ и Обавештења Европске комисије о надлежностима према Уредби о контроли концентрација, из 2008.

1 Commission Notice on the distinction between concentrative and cooperative joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 385/1994, Art. 3; Commission Notice on the concept of full-function joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 66/1998, Art. 3.

2 Вид. и Златко Стефановић, „Посао уз заједнички ризик – Joint Venture“, *Правни животи*, бр. 11/1998, 515–516; Mladen Cerovac, *Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja*, 2010, <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 10. август 2017, 198.

3 Стефановић, 524; Mirta Kapural, „Razgraničenje zajedničkog pothvata (engl. *Joint venture*) kao koncentracije i kao sporazuma u pravu tržišnog natjecanja EU“, http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mirta_kapural/3_mk.pdf, 31. октобар 2017, 3.

4 Сања Граић Степановић, „Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентски ризик“, *Право и привреда* 5–8/2007, 454. Слично и Matthew Bennett *et al.*, „Horizontal Cooperation Agreements“, у: J. Faull, A. Nikpay, *Mergers*, Oxford University Press, 2014, 890; Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2014, 733.

5 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L. 24/2004.

године,⁶ општеприхваћено је да се концепција заједничког улагања у пракси ЕУ изједначава са стицањем, односно постојањем заједничке контроле над другим учесником на тржишту и да заједничким улагањем увек настаје учесник на тржишту над којим се врши заједничка контрола.⁷

Разликују се, међутим, начини стицања овакве заједничке контроле: оснивање новог учесника на тржишту које ће бити под заједничком контролом његових оснивача; стицање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је контролу вршио трећи учесник на тржишту; и стицање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању. Дакле, заједничко улагање може настати оснивањем новог учесника на тржишту или стицањем заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту (који је био под појединачном контролом трећег учесника или једног од учесника у заједничком улагању).

Примена правила о заштити конкуренције на заједничка улагања зависи од квалификације понашања учесника на тржишту у конкретном случају, па се на појединачно понашање могу применити правила о рестриктивним споразумима и/или о контроли концентрација, или се правила о заштити конкуренције уопште не могу применити. Процена таквог понашања се врши у сваком конкретном случају (*case by case*), јер заједничко улагање, по својој природи, укључује сарадњу стварних или потенцијалних конкурената којом би се могла нарушити конкуренција на тржишту.

II Оцена испуњености *full-function* критеријума

Узимајући у обзир различите облике сарадње учесника на тржишту који настају као резултат заједничког улагања, концентрацијама се означавају она заједничка улагања када два или више учесника на тржишту стварају новог учесника на тржишту и преузимају заједничку контролу над њим, преносећи на заједничког контролисаног учесника обављање исте врсте делатности коју су они до тада самостално обављали. Отуда концентрацију представља само оно заједничко улагање два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*).

6 Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings), OJ C. 95/2008.

7 Вид. т. 62, 63, 76. и 79. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

Постојање концентрације се отуда утврђује на основу критеријума обављања свих функција самосталног учесника на тржишту (енгл. *full-function*), на основу којег се врши и разликовање заједничког улагања које представља концентрацију од рестриктивних споразума. Ово разликовање је неопходно, јер учесници у заједничком пословном подухвату некада не преносе обављање делатности на заједничког учесника, него задржавају своје функције како би наставили да самостално обављају делатност, када заједничко улагање има за циљ координацију њихових тржишних активности, па тиме и елиминисање међусобне конкуренције на неком плану. Заједничко улагање се и тада сматра концентрацијом, али се оцењује и у складу са прописима о рестриктивним споразумима.⁸

Ако заједнички учесник преузима послове контролних учесника и све функције самосталног учесника на тржишту у одређеној делатности, а контролни учесници престају да обављају ту делатност, онда се сматра да је заједнички учесник способан да самостално функционише на тржишту, односно да је потпуно функционалан учесник на тржишту. Његова функционалност и економска самосталност не значи да он има самосталност у погледу усвајања стратешких одлука, јер се у супротном не би могло сматрати да је над њим стечена заједничка контрола. Због тога се сматра да заједнички учесник испуњава услов функционалности ако је самосталан у оперативном смислу.⁹

Међутим, у пракси се поставља питање да ли у свим случајевима који се односе на различите облике заједничког улагања учесника на тржишту треба применити *full-function* критеријуме како би заједничко улагање било предмет контроле у складу са правилима о контроли концентрација или је такву контролу могуће вршити применом других правила. Пракса Европске комисије указује на то да се *full-function* критеријуми не примењују у свим наведеним случајевима, као и да се не примењују једнако у сличним ситуацијама.¹⁰ Њихова примена зависи од начина реализовања заједничког улагања, па се тако увек примењују

8 Вид. чл. 2(4) Уредбе ЕУ о контроли концентрација. Више о пракси Европске комисије и о критеријумима који су се примењивали пре Уредбе о концентрацијама и пре Обавештења Европске комисије о надлежностима вид. F. L. Fine, „The ‘Cooperative’/‘Concentrative’ Dilemma of EC Merger Control: A Review of Commission Policy“, *Boston College International and Comparative Law Review* 1/1994, 1–31; H.-P. Götting, W. Nikowitz, „EEC Merger Control: Distinguishing Concentrative Joint Ventures from Cooperative Joint Ventures“, *Fordham International Law Journal* 2/1989, 185–204.

9 Вид. т. 93. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и случај T-282/02 *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)* [2006] ECR II-319, т. 62.

10 Вид. Ивана Ракић, „Заједничко улагање као предмет контроле у праву конкуренције: примена *full-function* критеријума“, у: Саша Кнежевић, Маја Настић, *Глобализација*

у случају оснивања новог учесника на тржишту, а не примењују се у случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту који је био под појединачном контролом трећег учесника. У осталим случајевима, критеријуми се не примењују увек, а није јасно од чега зависи њихова примена у конкретном случају. Таква пракса се није значајно променила ни након усвајања Уредбе о концентрацијама из 2004. године, као ни након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године.¹¹

Доследна примена *full-function* критеријума је најјаснија у случајевима „стварања“ заједничког улагања, оснивањем потпуно новог учесника на тржишту (нпр. у форми новог привредног друштва), с обзиром на то да је Обавештење Европске комисије о надлежностима овај случај детаљно предвидело. „Стварање“ (*creation*) заједничког улагања се по правилу знатно уже тумачи и схвата се као оснивање новог учесника на тржишту. Овакво тумачење произлази и из Уредбе о концентрацијама, која прави разлику између заједничког улагања путем оснивања новог учесника на тржишту, с једне стране, и стицања заједничке контроле над другим учесником, с друге стране. Уколико се утврди да се ради о „заједничком улагању два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*),¹² Европска комисија такву трансакцију оцењује у складу са правилима о контроли концентрација. Уколико се приликом оцене утврди да није испуњен неки од *full-function* критеријума, трансакција не представља концентрацију и не подлеже контроли.

Пракса Европске комисије је доследна и јасна и у случајевима када се заједничка контрола стиче над постојећим учесником, и то тако што се она преузима од трећег лица које већ контролише тог учесника, као његов власник. Под таквим условима, овакво заједничко улагање се увек сматра концентрацијом, с обзиром на то да се оно тада цени према правилима о стицању заједничке контроле, независно од тога да ли постојећи учесник има све функције независног учесника на тржишту.¹³

и њраво, Зборник сажетакa са међународне конференције, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2017, 216–217 (предстоји објављивање рада).

11 Више Lars-Peter Rudolf, Bettina Leupold, „Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 5/2012, 439–451; Zlatan Balta, *Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation*, Lund: Faculty of Law – Lund University, Master thesis, 2012.

12 Вид. чл. 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

13 Вид. т. 91. Обавештења Европске комисије о надлежностима („[...] трансакција која укључује неколико учесника на тржишту који преузимају заједничку контролу

То значи да се *full-function* критеријуми не примењују приликом стицања заједничке контроле над трећим учесником на тржишту, што је изричито прописано Обавештењем Европске комисије о надлежностима из 2008. године. Према тим одредбама, заједничко улагање које се реализује стицањем заједничке контроле над трећим учесником на тржишту сматра се концентрацијом, без оцене испуњености *full-function* критеријума, чак и ако циљно друштво након концентрације неће испуњавати *full-function* критеријуме. То значи да се критеријуми не примењују, јер трансакција представља концентрацију и када критеријуми нису испуњени.¹⁴

Највише недоумица и несигурности у примени *full-function* критеријума постоји у случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању, када се дотадашња појединачна контрола једног од учесника у заједничком улагању мења у заједничку контролу свих улагача. У тим случајевима се поставља питање да ли се заједничко улагање тада посматра као стицање заједничке контроле (промена облика контроле) или као „стварање“ новог учесника, од чега и зависи да ли ће се примењивати *full-function* критеријуми (укључујући могућност да се тада утврди да трансакција није концентрација) или се ради о концентрацији која подлеже контроли, без обзира на примену критеријума.

Пракса показује да је Европска комисија и у оваквим случајевима недоследна и да не примењује јединствена правила, односно да некада примењује *full-function* критеријуме, а некада правила о стицању заједничке контроле или промени облика контроле из појединачне у заједничку контролу.¹⁵ Европска комисија је неуједначено поступала и пре доношења Уредбе о концентрацијама из 2004. године, а таква пракса је настављена и након усвајања ове уредбе, чак и након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године. Дакле, нови прописи нису нудили јасне критеријуме за поступање Европске комисије, тако да се није могло објаснити зашто у неким случајевима она примењује *full-function* критеријуме, а у неким не, односно зашто се поступање Европске комисије разликовало у истим случајевима.¹⁶ Једино се уочавала тенденција да је све више било одлука

над другим учесником на тржишту или над деловима другог учесника на тржишту, [...], од трећих лица, представља концентрацију у смислу члана 3(1) [Уредбе о концентрацијама], без потребе да се разматрају *full-function* критеријуми“).

14 Вид. Balta, 33–34; Claes Bengtsson, Josep Maria Carpi Badia, Massimiliano Kadar, „Mergers“, у J. Faull, A. Nikpay, *Mergers*, Oxford University Press, 2014, 569.

15 Вид. Ракић (2017), 216–217.

16 У литератури је изнето једно могуће објашњење поступања Европске комисије, према којем њено одлучивање и примена *full-function* критеријуми зависе од

о концентрацијама у којима се не примењују *full-function* критеријуми, а тек неколико у којима су критеријуми били примењени, нарочито од 2011. и 2012. године.¹⁷ У том погледу се и недоследност у поступању Европске комисије смањила, па би се могло рећи да је преовлађујућа пракса била да се у случају заједничког улагања које настаје променом контроле из појединачне у заједничку контролу не примењују *full-function* критеријуми и да се таква трансакција увек сматрала концентрацијом.

Након поступања Суда правде ЕУ у предмету *Austria Asphalt*,¹⁸ услови за примену чланова 3(1)(b) и 3(4) Уредбе ЕУ о контроли концентрација, као и за оцену испуњености *full-function* критеријума су разјашњени, у складу са тумачењем датим у пресуди Суда и у складу са тачком 3 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Према Обавештењу Европске комисије о надлежностима, тумачење члана 3. Уредбе ЕУ о концентрацијама дато у том обавештењу не прејудуира тумачење које могу дати судови ЕУ, што значи да је тумачење Суда правде постало обавезујуће. Тумачење од стране Суда се разликује од преовлађујуће праксе Европске комисије, тако да пресуда у случају *Austria Asphalt* има велики значај за примену правила о контроли концентрација ЕУ и за даље поступање Европске комисије, као и националних тела за заштиту конкуренције и судова у земљама чланицама.

III Одлука Суда правде у предмету *Austria Asphalt*

Поступак у предмету *Austria Asphalt* покренут је на захтев Врховног суда Аустрије (*Oberster Gerichtshof*), ради доношења прелиминарне одлуке (одлуке о претходном питању), у вези са тумачењем члана 3 Уредбе ЕУ о контроли концентрација.¹⁹ Давање мишљења Суда прав-

овлашћених службених лица која решавају конкретан предмет и од њиховог разумевања предвиђених критеријума (Balta, 54; Rudolf, Leupold, 442).

17 Вид. Balta, 40.

18 Случај *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt*, бр. С-248/16, одлука Суда од 7. септембра 2017. године.

19 Поступак доношења одлуке о претходном питању (прелиминарна одлука) од изузетног је значаја за развој права ЕУ, јер има за циљ да унапреди сарадњу између националних судова и Суда правде и да обезбеди једнообразну примену права ЕУ у земљама чланицама. Суд правде је надлежан да доноси одлуке о претходним питањима у вези са тумачењем оснивачких уговора, ваљаношћу и тумачењем акта које су донели органи ЕУ. Када се проблем тумачења права ЕУ или ваљаности неког акта ЕУ постави пред неким националним судом, тај суд може, ако сматра да је одлука о томе потребна за доношење његове пресуде, да затражи од Суда правде да одлучи како треба тумачити конкретан текст или акт. Ако се такво питање постави у поступку пред националним судом чије одлуке не подлежу правном леку према националном праву, за овај суд постоји обавеза да се обрати Суду

де се односило на решавање претходног питања у спору који се пред Врховним судом Аустрије водио између привредног друштва „Austria Asphalt GmbH & Co“ OG и аустријског Савезног тужиоца надлежног за заштиту конкуренције (*Bundeskartellanwalt*).

Спор је био у вези са трансакцијом која се реализовала куповином 50% удела у друштву које се бавило производњом и продајом асфалта који се користи за изградњу путева, од стране друштва „Austria Asphalt“, које је имало намеру да купи уделе од дотадашњег јединог власника циљног друштва – компаније „Teerag-Asdag“. Циљно друштво је заправо било власник фабрике у оквиру које се налазило постројење за производњу асфалта и која је продавала готово све производе само свом матичном друштву. Након трансакције, било је предвиђено да циљно друштво нема функције независног учесника на тржишту (*non-full-function joint venture*) и да настави да снабдева само своја матична друштва. Дакле, након реализације заједничког улагања, променила би се контрола над циљним друштвом – из појединачне контроле (коју је вршило друштво „Teerag-Asdag“) у заједничку контролу (коју би вршила друштва „Austria Asphalt“ и „Teerag-Asdag“).

Трансакција је била пријављена аустријском телу надлежном за заштиту конкуренције, а током испитивања концентрације је утврђено да је потребно спровести испитни поступак, односно другу фазу испитивања, пред аустријским Картелним судом (*Kartellgericht*). Картелни суд је међутим сматрао да трансакција представља концентрацију са европском (комунитарном) димензијом и да треба да буде пријављена Европској комисији, због чега се друштво „Austria Asphalt“ жалило Врховном суду Аустрије, сматрајући да трансакција не треба да буде пријављена Европској комисији. Врховни суд се затим обратио Суду правде ЕУ, захтевајући мишљење од овог суда и одговор на питање да ли према правилима ЕУ настаје концентрација у случају промене облика контроле из појединачне у заједничку контролу над постојећим учесником на тржишту над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању и који задржава контролни удео у постојећем учеснику, али само под условом да циљно друштво након стицања заједничке контроле (учесник који настаје заједничким улагањем) испуњава *full-function* критеријуме.

правде и затражи његово претходно мишљење. Прелиминарне одлуке Суда правде су обавезујуће за националне судове и представљају основу за примену права ЕУ од стране националног суда у конкретном предмету, али се овим одлукама не прејудира решење спора који спада у надлежност националног суда. Вид. Ивана Ракић, „Европски суд правде“, *Сирани љравни живој*, 1–2/2007, 251–252; Александра Чавошки, Ана Кнежевић-Бојовић, Душан Поповић, *Евројски суд љравде*, Београд, Институт за упоредно право, 2006, 62 и даље.

Суд правде ЕУ је указао на то да у пракси, одлукама Европске комисије, као и у Обавештењу Европске комисије о надлежности-ма, није прецизно утврђено значење израза „стварање заједничког улагања“ (*creation of joint venture*) ни тумачење члана 3 Уредбе ЕУ о концентрацијама, а да се истовремено, према члану 3 Уредбе ЕУ о концентрацијама, не може утврдити да ли настаје концентрација у случају промене из појединачне у заједничку контролу над учесником на тржишту који нема све функције независног учесника на тржишту. Суд је нагласио и да оваква дилема постоји и у академској заједници.²⁰

Суд сматра да, с једне стране, ова трансакција значи промену контроле над циљним друштвом, што би било у складу са чланом 3(1)(b) Уредбе ЕУ о концентрацијама, који говори о стицању заједничке контроле над другим учесником на тржишту, а да се, с друге стране, може говорити о „стварању заједничког улагања“, што би било у складу са чланом 3(4) Уредбе, па би нови учесник (циљно друштво) морао имати све функције независног учесника на тржишту, односно испунити *full-function* критеријуме.²¹ Даље, утврђује се да након овакве трансакције настаје учесник на тржишту који, при томе, неће испуњавати *full-function* критеријуме, јер су учесници у трансакцији потврдили да ће циљно друштво снабдевати само своје осниваче.²²

Приликом оцене постојања концентрације, Суд правде је имао у виду је смисао Уредбе ЕУ о концентрацијама да се контролом обухвате трансакције које доводе до трајних промена контроле над учесницима на тржишту и последично до промене у структури тржишта. Због тога предмет контроле могу бити само она заједничка улагања чији је резултат учесник на тржишту који има функције независног учесника на тржишту, тј. који испуњава *full-function* критеријуме.

У том смислу, Суд наводи да Уредба ЕУ о концентрацијама не прави, и да не треба прави, разлику између стицања заједничке контроле над новим друштвом које се оснива након заједничког улагања и над постојећим учесником на тржишту који је био под контролом једног од заједничких улагача. Суд сматра да је изједначавање ових трансакција оправдано, јер треба водити рачуна о томе да утицај заједничког улагања на структуру тржишта зависи заправо од појављивања на тржишту учесника који је резултат заједничког улагања, односно од његове изложености тржишту, па је и неопходно у сваком конкретном случају вршити оцену да ли тај учесник има функције независног учес-

20 Вид. т. 13. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године, случај *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt*, бр. C-248/16.

21 Вид. т. 19. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године.

22 Вид. т. 9. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године.

ника на тржишту. Овакво тумачење, према мишљењу Суда, у складу је и са чланом 3(1)(b) Уредбе ЕУ о концентрацијама, који наглашава промену контроле над другим учесником на тржишту, а не стварање новог учесника на тржишту. Према мишљењу Суда, другачије тумачење би условило неоправдано неједнако поступање Европске комисије према учесницима на тржишту који се оснивају као резултат заједничког улагања (што би било концентрација само ако нови учесник задовољава *full-function* критеријуме) и према учесницима на тржишту који су постојали пре заједничког улагања (који би били предмет контроле без обзира на то да ли тај учесник задовољава *full-function* критеријуме). Зато би „стварање заједничког улагања“ (о којем говори члан 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама) требало да обухвати и трансакције које доводе до стицања заједничке контроле над учесником на тржишту од стране најмање два друга учесника на тржишту, без обзира на то да ли је тај учесник, над којим се стиче заједничка контрола, постојао пре заједничког улагања.²³

Суд на крају закључује да се члан 3. Уредбе ЕУ о концентрацијама мора тумачити тако да концентрација настаје и променом облика контроле над постојећим учесником на тржишту, из претходне појединачне у заједничку контролу, али само под условом да учесник који настаје као резултат заједничког улагања има функције независног учесника на тржишту, тј. да испуњава *full-function* критеријуме.²⁴ У конкретном случају, Суд је одлучио да предметна трансакција није концентрација, с обзиром на то да циљно друштво нема одлике независног учесника на тржишту, и да не треба да се пријављује Европској комисији.

На овај начин, Суд је поступио у складу са (необавезујућим) мишљењем општег правозаступника (правобраниоца) Суда правде (*Advocate General*), који је такође сматрао да контроли концентрација према правилима ЕУ не треба да подлежу заједничка улагања након којих настаје учесник на тржишту који не испуњава *full-function* критеријуме, без обзира на то да ли се ради о новом или постојећем учеснику на тржишту. Општи правозаступник није уважио став Европске комисије, изражен током поступка пред Судом правде, да промена облика контроле из појединачне у заједничку над постојећим учесником на тржишту подлеже примени прописа ЕУ о контроли концентрација, чак и када учесник над којим се стиче заједничка контрола нема функције независног учесника на тржишту.²⁵ Европска комисија је истакла и да се применом

23 Вид. т. 21–29. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године.

24 Вид. т. 35. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године.

25 Вид. Opinion of Advocate General Kokott, 27 April 2017, ECLI:EU:C:2017:322, Case C-248/16 *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellanwalt*, т. 48.

full-function критеријума ствара правна празнина у примени правила о контроли концентрација, са чиме се општи правозаступник такође није сложио, сматрајући да се управо применом *full-function* критеријума води рачуна о трансакцијама које утичу на промену тржишне структуре.²⁶

У мишљењу општег правозаступника је наглашено и да је Европска комисија била недоследна у овом предмету, с обзиром на то да је пред Судом дала другачији одговор од оног који је првобитно упућен учесницима у концентрацији. Пре подношења пријаве аустријском телу за заштиту конкуренције, Европска комисија је учеснике у концентрацији обавестила писаним путем (у виду *comfort letter*) да, према тумачењу члана 3. Уредбе о концентрацијама, описана трансакција није концентрација, уз изричиту изјаву Директората за конкуренцију да дато обавештење није обвезујуће за Европску комисију, као институцију ЕУ, већ само изражава мишљење стручне службе.²⁷

IV Значај пресуде у предмету *Austria Asphalt*

Одлука Суда правде ЕУ у предмету *Austria Asphalt* има изузетан значај и може се сврстати у одлуке од историјског значаја (*landmark decision*), јер се ради о пресуди којом је први пут од доношења Уредбе о концентрацијама из 1989. године разматран проблем заједничких улагања која представљају концентрацију, нарочито питање промене контроле над постојећим учесником на тржишту. С обзиром на то да Обавештење Европске комисије о надлежностима нема снагу општег правног акта који би обавезивао Европску комисију и друге институције ЕУ, већ само одражава праксу Европске комисије у поступцима контроле концентрација, ова одлука има велику улогу у увећању правне сигурности за учеснике на тржишту. Учесницима на тржишту се истовремено олакшава међусобно повезивање на тржишту, с обзиром на то да велики број трансакција више неће морати да пријављују Европској комисији, под условом да резултат њиховог повезивања није учесник који испуњава *full-function* критеријуме.

Дуго очекивано разјашњење у примени прописа о заједничким улагањима ће бити значајно и за Европску комисију, имајући у виду њено неуједначено поступање у оваквим случајевима и њено понашање у самом поступку пред Судом правде, и с обзиром на значај заједничких улагања за јединствено тржиште ЕУ. На тај начин ће се избећи ситуације у којима би одлучивање и примена *full-function* критеријуми зависили

26 Вид. Opinion of Advocate General Kokott, т. 32–33, 46–47.

27 Вид. Opinion of Advocate General Kokott, т. 14, 21–23.

од овлашћених службених лица која решавају конкретан предмет и од њиховог разумевања предвиђених критеријума, пошто је сада јасно да контроли подлежу само она заједничка улагања након којих се стиче заједничка контрола над учесником на тржишту који има функције независног учесника на тржишту, без обзира на то да ли се ради о новом учеснику на тржишту или постојећем учеснику над којим је промењен облик контроле, из појединачне у заједничку контролу. Контроли отуда не подлежу она улагања чији је резултат учесник на тржишту над којим се стиче заједничка контрола, који не испуњава *full-function* критеријуме, тј. нема све функције независног учесника на тржишту.

Све наведене користи се преносе и на национални ниво, односно на ниво земаља чланица (укључујући земље кандидате за чланство у ЕУ), како за учеснике на националним тржиштима, тако и за национална тела за заштиту конкуренције и националне судове који су сада обавезни да поступају у складу са пресудом Суда правде. На тај начин се са сигурношћу може разграничити надлежност националних тела и Европске комисије у оваквим случајевима, посебно ако се има у виду да се ради о бројним, релативно младим, телима за заштиту конкуренције која немају довољно развијену праксу у поступцима заштите конкуренције.

Прецизна дефиниција заједничког улагања, у смислу прописа о заштити конкуренције, није дата у упоредном праву,²⁸ што представља највећи проблем у примени тих прописа и оцени заједничких улагања. Због тога није било увек јасно шта се подразумева под „стварањем заједничког улагања“, односно да ли под заједничким улагањем треба сматрати и промену облика контроле над постојећим учесником на тржишту. Одлуком Суда правде је сада све прецизирано, па се под стварањем заједничког улагања сматра и промена облика контроле над постојећим учесником на тржишту (а не само оснивање новог учесника на тржишту), под условом да учесник над којим се стиче заједничка контрола има функције независног учесника на тржишту.

Међутим, одлука Суда правде може се критиковати из више разлога, јер Суд није водио довољно рачуна о пракси Европске комисије у поступцима контроле концентрација и о примени релевантних прописа, пре свега Обавештења Европске комисије о надлежностима.²⁹

28 Luis Silva Morais, *Joint Ventures and EU Competition Law*, Hart Publishing, 2013, 30 и 133.

29 Вид и Michael Mayr, *Austria Asphalt – Some observations on the European Court of Justice's judgment*, Kluwer Competition Law Blog, <http://competitionlawblog.kluwer.competitionlaw.com/2017/09/14/austria-asphalt-observations-european-court-justices-judgment/>, 30. октобар 2017; James Webber, George Milton, *EU Court Decides EU Merger Control Can Only Catch Joint Control Transactions If the Resulting Entity Is*

Суд изједначава „стварање заједничког улагања“ са „стицањем заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту“ над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању, јер сматра да се у оба случаја може утицати на промену тржишне структуре уколико настаје учесник који задовољава *full-function* критеријуме. Ипак, упоредна пракса и академски радови показују да се под „стварањем“ заједничког улагања сматра само оснивање новог учесника на тржишту, а не и промена облика контроле над постојећим учесником на тржишту. Не може се говорити о „стварању“ заједничког улагања када се стиче контрола над *постојећим* учесником на тржишту, јер се ради само о ступању новог контролног члана у постојеће друштво, а не о стварању пословног ентитета који раније није постојао на тржишту.³⁰ При томе, тржишна структура се може променити и променом облика контроле над постојећим учесником који не би испунио *full-function* критеријуме, јер се у том случају свакако мења тржишна структура – број учесника на тржишту се смањује за један. Зато се не може прихватити став Суда да се у тим случајевима не утиче на тржишну структуру.

Другачије би било да се заједничка контрола стиче над пословном целином (имовином) која се не сматра учесником на тржишту³¹ – тада се и не може говорити о концентрацији, јер концентрација настаје само у случају стицања контроле над „учесником на тржишту“ (енгл. *undertaking*). Суд је покушао да укаже на такве ситуације, нагласивши да циљно друштво пре концентрације није испуњавало *full-function* критеријуме, али се чини да је погрешно изједначио појмове „учесника на тржишту“ и „заједничког улагања“: *full-function* критеријуми се примењују само у случају учесника који је под *заједничком* контролом, па се не могу односити на учесника на тржишту над којим се остварује *појединачна* контрола, као што је то у случају циљног друштва. О карактеристикама циљног друштва пре промене облика контроле се може говорити само у контексту постојања „учесника на тржишту“, а не о томе да ли испуњава *full-function* критеријуме, јер он тада и није под заједничком контролом.

³⁰ ‘Full-Function’, <http://www.shearman.com/en/newsinsights/publications/2017/09/eu-court-decides-eu-merger-control-full-function>, 30. октобар 2017.

30 Смисао заједничких улагања је у томе да се њима ствара пословни ентитет који није постојао на тржишту, односно нови или додатни производни капацитети на тржишту (вид. Luis Silva Morais, 31, 97, 107). Такви производни капацитети се не стварају променом облика контроле над постојећим учесником, већ само у случају оснивања новог учесника на тржишту који испуњава *full-function* критеријуме.

31 У смислу тачке 24. Обавештења Европске комисије о надлежностима, стицање имовине сматра се концентрацијом ако она представља пословну целину са тржишним учешћем којој се јасно може приписати приход.

Затим, може се поставити питање зашто се онда *full-function* критеријум не примењују и у случају када се заједничка контрола стиче над „трећим“ учесником на тржишту (када увек настаје концентрација и када се врши оцена испуњености *full-function* критеријума), јер би и у том случају учесници у концентрацији могли да тврде да заједничко друштво неће имати функције независног учесника на тржишту. Није јасна разлика између тих ситуација и ситуација када се мења контрола из појединачне у заједничку. На крају, уколико се прихвати схватање Суда, онда се не види потреба за раздвајањем „заједничких улагања“ и „стицања заједничке контроле“ и за посебним правилима ЕУ која наглашавају да се *full-function* критеријуми односе само на заједничка, јер би се они тада односили на све случајеве стицања заједничке контроле.³²

Можда би било целисходније да је Суд правде прецизирао да се правила о заједничкој контроли (конкретно члан 3(1)(b) Уредбе ЕУ о концентрацијама) примењује у свим случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту (укључујући промену облика контроле), а да се *full-function* критеријуми (конкретно члан 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама) примењују само у случају настанка, односно оснивања новог учесника на тржишту. На тај начин би се такође увећала правна сигурност, али се не би постављало питање могућности злоупотребе прописа о контроли концентрација и ризика од више случајева прикривених или непријављених концентрација.

32 На потребу разликовања ових трансакција је указано одмах након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. Johannes Lübking, „Commission adopts Jurisdictional Notice under the Merger Regulation“, *Competition Policy Newsletter* 3/2007, 4.

Ivana RAKIĆ, PhD

Commission for Protection of Competition, Belgrade

THE ASSESSMENT OF JOINT VENTURES IN EU COMPETITION LAW AFTER THE DECISION OF THE COURT OF JUSTICE IN CASE *AUSTRIA ASPHALT*

Summary

The author examines the role of the interpretation of the European Union Merger Regulation by the European Court of Justice in the decision in case Austria Asphalt. The Court clarified the conditions on treatment of full-function joint ventures under EU merger control rules and decided that a change from sole to joint control over an existing undertaking is a notifiable concentration only if the joint venture created by such a transaction performs on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity.

Key words: *joint venture, full-function criteria, merger control, control of concentrations, competition law, Court of Justice, EU*