

UDK: 334.758:061.1
Bibliid 1451-3188, 11 (2012)
Год XI, бр. 39–40, стр. 151–169
Изворни научни рад

Проф. др Слободан ЗЕЧЕВИЋ¹

УРЕДБА САВЕТА БР. 139/2004 О НАДЗОРУ КОНЦЕНТРАЦИЈА ИЗМЕЂУ ПРЕДУЗЕЋА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

ABSTRACT

Increasing the size of an undertaking, which is achieved by merger of several of them or by taking control on the part of one or more undertakings over others, is the operation that is called “concentration between undertakings“ in market economy. Control over concentrations had not been provided by the Treaty Establishing the European Economic Community adopted in 1957. However, in the early 1970s the operations mentioned above proved to be a threat to competition in the common market. Since no norms on control over concentration between undertakings were provided a new dilemma emerged – whether under such circumstances the implementation of general norms on competition protection that had been included in former Articles 85 and 86 of the Treaty Establishing the European Economic Community was possible. In that sense, some theoretical discussions were raised, this including legal practice of the Court of Justice on the adjustment of general norms on competition of the Treaty Establishing the European Economic Community for the implementation of concentration operations. Finally, in accordance with the Council Regulation No. 4064/89 of 21 December 1989 control of the European Economic Community over operations of concentrations between undertakings had been introduced. This provision was then amended in June 1997. The regime of concentration between undertakings in the European Union was last reformed by the Council Regulation No. 139/2004 of 20 January 2004. Among other things the reform included the following: change of the criteria for the assessment of the adjustment of operation of concentration among undertaking to the internal market, making simpler forwarding of cases on the part of the Commission to member states national bodies that are in charge of protection of competition,

¹ Европски универзитет, Београд.

and vice versa, rationalisation of the control procedure and strengthening of investigation powers of the Commission.

Key words: European Union, concentration between undertakings, taking control, merger, control, competition, common market, Court of Justice.

1) УВОД

Повећање обима предузећа које се постиже спајањем више њих или пак преузимањем контроле једног предузећа над другим или неколико њих, карактеристична је операција у тржишној привреди која се назива „концентрацијом предузећа”. Педесетих година прошлог века, током припреме текстова Уговора о оснивању Европских заједница, поставило се питање односа према операцијама укрупњавања односно концентрације. Творци Уговора о Европској заједници за угљ и челик предвидели су надзор над концентрацијама, што није био случај у Уговору о Европској економској заједници.² Тиме су изазване правно-теоријске и практичне недоумице с обзиром на готово истоветан садржај оба уговора када су у питању антиконкурентски споразуми и злоупотребе доминантног положаја. Став твораца Уговора о Европској економској заједници могао је да се објасни тежњом да се надзор над операцијама концентрације остави у надлежности националних органа држава чланица и националног права, чиме би се овим последњим омогућило да воде своју индустријску политику.³ Поред тога, постојало је мишљење Комисије да би толерантан однос према операцијама концентрације довео до стварања европских мултинационалних предузећа обимом прилагођених Заједничком тржишту, која би била у стању да се успешно такмиче са америчким, јапанским и другим мултинационалним компанијама.⁴ Међутим, у пракси су се, после нафтне кризе из 1970. године, концентрације предузећа убрзано развијале на светском нивоу, тако да су ове операције које су вршене на пример у Сједињеним Америчким Државама или Јапану производеле дејство и на европском тржишту.⁵

С обзиром на то да у Уговору о Европској економској заједници нису биле предвиђене норме о надзору над концентрацијама предузећа,

² Члан 66. Уговора о Европској заједници за угљ и челик.

³ Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l' Union européenne*, Litec, 6 edition, Paris, 2010, p. 399.

⁴ J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, *Droit europeen des affaires*, PUF, coll. “Thémis Droit Privé”, 4 édition, Paris, 1994, p. 640.

⁵ Ch. Gavalda, G. Parleani, op. cit.

поставила се нова дилема, да ли је у том случају могућа примена општих норми о конкуренцији садржаних у некадашњим члановима 85. и 86. Уговора о Европској економској заједници који су се односили на забрану споразума и злоупотребе доминантног положаја који угрожавају конкуренцију на Заједничком тржишту.⁶ У том смислу, јавиле су се теоријске расправе о стварној могућности прилагођавања општих норми о конкуренцији за примену на операције концентрације. Кад је реч о члану 85. Уговора о Европској економској заједници проблем је био у становишту Комисије да претходно поменути није погодан за примену на концентративне споразуме (споразуме о куповини акција другог предузећа, имовине, или откуп његових дугова чиме се стиче контрола над овим последњим), јер се односи на антиконкурентске споразуме међу предузећима а не на операције укрупњавања предузећа. Поред тога, Комисија је подвукла да се у праву Сједињених Америчких Држава области о којима је реч уређују посебним правним нормама. У вези са чланом 82. Уговора о Европској заједници пак, била је проблематична његова могућа примена једино у случају да операцију концентрације врши доминантно предузеће. Поред тога, надзор се вршио *a posteriori* тек након изведене операције, што је поставило питање сврсисходности изрицања и извршења санкција.⁷ Правна сигурност је, такође, била доведена у питање, јер предузећа нису могла унапред да знају да ли ће њихова операција потпасти под удар комунитарног права. С тим у вези, неке компаније (*Gervais–Danone*, *Michelin–Kléber*) пре извршења операције концентрације консултовале су Комисију, иако према праву Заједнице нису биле дужне да тако поступе.⁸ Наведени разлози принудили су Савет министара да уреди ову област.⁹ У том смислу 1989. године усвојена је Уредба Савета бр. 4064/89 о надзору операција концентрација између предузећа.¹⁰ Правну основу за усвајање Уредбе Савет је нашао с једне стране у некадашњем члану 235. Уговора о Европској економској заједници који му је давао надлежност да усвоји одговарајуће одредбе, „ако за акцију која је нужна за остваривање циљева

⁶ Реформом уговора о оснивању извршеном уговором из Амстердама из 1999. године то су постали чланови 81. и 82. Уговора о Европској заједници.

⁷ Нпр. тешкоће да се изврши наредба о деконцентрацији; сврсисходност изрицања новчане казне и сл.

⁸ J. Scharira, G. Le Tallec, J.B. Blaise, op. cit., p. 667.

⁹ Посебно је била потенцирана потреба за правном сигурношћу предузећа.

¹⁰ JOCE br. L. 395 od 30.12.1989.

Заједнице Уговор није предвидео неопходна овлашћења у том смислу”, и с друге у некадашњем члану 87. истог Уговора који му је дозвољавао „да усвоји мере у циљу примене начела садржаних у члановима 85. и 86. Уговора о Европској економској заједници”. Поједини теоретичари су сматрали да је позивање на ова два члана у правном смислу било проблематично, јер није била тачна тврдња да институције Заједнице нису располагале правним средствима којима би уредиле операције концентрације с обзиром на то да су у те сврхе у одређеним случајевима користиле одредбе чланова 85.¹¹ и 86.¹² Уговора о Европској економској заједници. Када је реч о некадашњем члану 87. Уговора о Европској заједници, јасно је било да су се његове одредбе односиле на доношење мера којима се примењују начела садржана у члановима 85. и 86. Уговора о Европској економској заједници.¹³ Дванаестогодишња примена Уредбе 4064/89 глобално је дала позитивне резултате,¹⁴ али је 2001. године са доношењем „зелене књиге” Комисије о надзору над концентрацијама постало јасно да систем може да се побољша. Наиме, систем надзора почивао је на искључивом праву Комисије да прати све значајне прекограничне операције концентрације у Унији. Овај приступ није довољан у питање, али се дошло на идеју да се у овој области примени начело субсидијарности, односно да се омогући Комисији да на једноставнији начин проследи националном органу за заштиту конкуренције који је у најбољем положају у односу на концентрацију, да је испитује и процењује.¹⁵ Реформа надзора над концентрацијама извршена је Уредбом Савета бр. 139/2004 од 20. јануара 2004. године.¹⁶ Реформа је поред осталог ишла и у правцу јачања истражних овлашћења Комисије, поједностављивања поступка прослеђивања предмета од Комисије ка националним органима надлежним за надзор над концентрацијама и рационализације поступка надзора.

¹¹ Пресуда Суда правде у случају, “British American Tobacco & Reynolds”, CJCE, 17.11.1987, BAT, aff. 142 et 156/84, Rec. 4487.

¹² Пресуда Суда правде у случају “Continental Can”, CJCE, 21.02.1973, aff. 6/72.

¹³ В. Goldman, А. Lyon-Caen, L. Vogel, *Droit commercial européen*, Dalloz, 5 édition, Paris, 1994, p. 477.

¹⁴ Интернет, 05/12/2011, <http://www.europa.eu>.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ JO L 24 od 20.01.2004.

II) ПОЉЕ ПРИМЕНЕ НАДЗОРА НАД КОНЦЕНТРАЦИЈАМА

Дефинисање операције концентрације међу предузећима

Према члану 3. Уредбе бр. 139/2004 концентрације се јављају:

1. када се два или више предузећа која су претходно била независна споје, или
2. када једно или више лица, која већ имају контролу над најмање једним или више предузећа, стекну непосредан или посредан надзор (контролу) над целином или делом другог или других предузећа, било преузимањем учешћа у капиталу или куповином дела активе (имовине – прим. аут.), уговором или било којим другим средствима.

Спајање предузећа

Спајање предузећа као облик концентрације, не изазива правне недоумице. Текст члана 3. покрива преузимање (апсорбовање) другог предузећа као и спајање два предузећа у циљу стварања новог. При томе се подвлачи претходна независност предузећа која се спајају да би се искључила примена одредби Уредбе Савета на операције које се врше у оквиру исте групације (холдинга).

Стицање контроле над другим предузећем

С обзиром да концентрација може да се јави и у виду преузимања надзора односно контроле над другим предузећем, контролисање другог предузећа одређено је уредбом као „могућност вршења одлучујућег утицаја на његове активности”, следећим правима, уговорима или средствима: располагањем правом својине или правом уживања у целини или делу имовине предузећа; располагањем правима или уговорима који додељују одлучујући утицај на састав, већање или одлуке органа предузећа.¹⁷

Стицање контроле од стране једног предузећа

Контрола над другим предузећем може се стећи преузимањем већинског права гласа у његовим органима (скупштини акционара и управном одбору). Тиме се ствара могућност да једно предузеће управља

¹⁷ Члан 3 став 2 Уредбе бр. 139/2004.

и одређује комерцијалну стратегију другог предузећа.¹⁸ Поред тога, контрола може да резултира и из уситњене акционарске структуре предузећа, која омогућава мањини акционарских гласова да лако дође до већине гласова. Контрола може да проистекне и из поседовања права на куповину акција предузећа. Ово само по себи не значи да потенцијални купац има надзор над другим предузећем. Међутим, надзор може да се јави ако исти поседује правно обавезујуће уговоре који подразумевају да ће право куповине о коме је реч бити искоришћено. Није искључена могућност стицања надзора и другим путем, на пример договором акционара којим се мањини акционара додељује право стављања вета на одлуке органа предузећа.

Заједничко стицање контроле од стране више предузећа

Концентрација може да постоји ако два или више предузећа заједнички оснивају или преузимају контролу над трећим предузећем.¹⁹ Према мишљењу Комисије заједничко преузимање надзора постоји онда када предузећа купци или оснивачи морају да постигну договор о важним одлукама које се тичу пословања трећег предузећа и тиме врше одлучујући утицај на понашање овог последњег. Постојање заједничке контроле може да се уочи уколико предузећа која преузимају или оснивају треће предузеће имају право вета код доношења важних одлука. Поред тога, надзор постоји и у случају да два предузећа имају паритет права гласа у органима трећег предузећа. Паритет се одражава кроз поделу акционарских гласова или путем права да се именује једнак број представника у руководеће органе. Два или више предузећа могу да контролишу треће и када имају мањински пакет акција и немају право вета. Довољно је да мањински акционари удружени могу да достигну већину гласова.²⁰

Оснивање заједничког предузећа

Оснивање заједничког предузећа са паритетним учешћем у капиталу је операција која истовремено може да има одлике споразумевања и

¹⁸ R. Blasselle, *Traite de droit europeen de la concurrence*, Tome I, Publisud, Paris, 2002, p. 308.

¹⁹ R. Blasselle, *ibidem*, p. 309.

²⁰ R. Blasselle, *ibidem*, p. 311.

концентрације, о чему је већ било речи у претходном излагању.²¹ Операција концентрације не може да се јави у виду споразума о оснивању заједничког предузећа чији је предмет или дејство координација понашања предузећа оснивача на тржишту, поготову ако ова настављају да уз заједничку фирму постоје и раде као независни оператори на истом тржишту. У овом случају Комисија је имала став да је реч о договору о оснивању заједничког предузећа „кооперативне природе”, на који се примењују одредбе члана 101. став 1. Уговора о функционисању Европске уније о забрани против конкурентског споразумевања међу предузећима.²² Међутим ако напротив, заједничко предузеће трајно испуњава све функције самосталног економског ентитета, односно ако се оснивачи у потпуности повуку са његовог тржишта, оснивање оваквог предузећа јесте операција концентрације.²³ Комисија ће у том случају оценити заједничко предузеће као предузеће „концентративне природе” чиме ће бити испуњен један од услова за примену Уредбе бр. 139/2004 (други услов је везан за обим операције која мора да буде од „комунитарног значаја”). Из претходно изложеног закључујемо да се концентрација јавља уколико се кумулативно испуњавају критеријуми из члана 4. Уредбе, тј. уколико је новоосновано предузеће самостална економска јединица и уколико се његови оснивачи трајно и неповратно повуку са релевантног тржишта препуштајући га филијали.²⁴ Критеријуми практично одражавају решења из правне праксе изложена у одлукама Комисије и пресудама Суда правде у предметима “*Laval–Stork*” и “*SHV–Chevron*”.

Специфични облик заједничке контроле у коме учествује моћни акционар

Комисија сматра да у случају куповине предузећа, један од његових акционара може да буде у положају да блокира и одбаци стратешке одлуке истог, иако истовремено није у могућности да сам наметне своју вољу приликом усвајања важних одлука.²⁵ Реч је о акционару који је стекао 50

²¹ Видети: стр. 175. и 176.

²² Извештај Комисије, 14.8.1990, ЈОСЕ бр. 203.

²³ Члан 3 став 4 Уредбе Савета бр. 139/2004.

²⁴ В. Goldman, А. Lyon-Caen, L. Vogel, op. cit., p. 499.

²⁵ R. Blasselle, op. cit., p. 311.

одсто акција предузећа, док преосталих 50 одсто држе два или више мањинских акционара. Исто стање јавља се када је усвајање важних одлука предузећа условљено постојањем кворума, што практично даје право вета једном од мањинских акционара. Дакле, у овом случају доминантни акционар нема искључиву контролу над доношењем стратешких одлука у предузећу.

Операције које су изузете од примене Уредбе број 139/2004

Поједине операције које одговарају претходно изложеном схватању операције концентрације изузете су од примене Уредбе бр. 139/2004.²⁶ Сматра се да концентрација није остварена у случају да контролу над предузећем стиче лице које је овластила држава у складу са законима који се односе на стечај, ликвидацију и слично. Такође, у концентрације не спада оно преузимање хартија од вредности предузећа које привремено врше кредитне установе, неке друге финансијске установе или осигуравајућа друштва ради његове препродаје, под условом да не користе право гласа које им додељују стечене хартије од вредности у циљу одређивања правца конкурентског понашања предузећа или, пак, уколико користе то право, али само у виду припрема за реализацију (продају) стеченог учешћа.

III) КОМУНИТАРНА РАЗМЕРА КОНЦЕНТРАЦИЈЕ

Прагови који одређују комунитарну размену концентрације

Чланом 1. Уредбе бр. 139/2004 одређено је да се њене одредбе односе на „све операције концентрације комунитарних размера, онако како су одређене ставом 2. истог члана”. Још 1973. године у предлозима Комисије у вези са претходном контролом операција концентрације, наглашавано је да је ова оправдана само када је реч о привредно значајним случајевима.²⁷ Зато су утврђена три бројчана прага која *кумулятивно* морају да се досегну како би операција концентрације потпала под надзор Уније.²⁸

Први праг односи се на промет (ван такси) који предузећа учесници у операцији заједно остварују на светском нивоу. Прописан је износ од пет

²⁶ Члан 5. Уредбе бр. 139/2004.

²⁷ J. Schapira, G. Le Tallec, J.B. Blaise, op. cit.

²⁸ N. Ligneul, O. Tambou, *Droit europeen du marche*, Ellipses, Paris, 2006, p. 161.

милијарди евра. Међутим, овај праг служи само да пружи слику економске снаге предузећа.

Други праг показује значај и везаност операције за европско тржиште. У том смислу захтева се да бар два предузећа учесника у операцији остварују појединачно по две стотине педесет милиона евра промета у оквиру Уније.²⁹ Комунитарни надзор се не врши уколико свако од предузећа учесника остварује више од две трећине свог укупног промета у Унији унутар само једне државе чланице.

Трећи праг служи да се избегне надзор над концентрацијама које дотичу привреду само једне државе чланице. Ако се ствари гледају са позитивног аспекта, Уредба је применљива када само један од учесника у операцији остварује бар трећину свог комунитарног промета ван једне државе чланице.

Додатни прагови комунитарних размера концентрације

Новину у односу на пређашње стање представља то што се Уредбом бр. 139/2004 предвиђа да и операција концентрације која не улази у претходно поменуте оквири може да буде комунитарних размера.³⁰ Потребно је да сва предузећа учесници у операцији на светском нивоу остварују промет од 2,5 милијарди евра, као и да је збир промета свих предузећа учесника у најмање три државе чланице Уније преко 100 милиона евра. Поред тога, неопходно је да у свакој од три претходно поменуте државе чланице промет који појединачно остварују најмање два предузећа учесника у операцији буде већи од 25 милиона евра. На крају, укупни промет који у Унији појединачно остварују бар два предузећа учесника мора да буде већи од 100 милиона евра, осим ако свако од ових предузећа не остварује више од две трећине укупног промета у Унији унутар само једне државе чланице. Укупни промет према Уредби 139/2004 подразумева износ који произилази из продаје производа или пружања услуга који су остварила предузећа у последњем периоду делатности, а који одговара њиховим уобичајеним активностима.³¹ У овај износ не улази порез на додату вредност и остали

²⁹ У вези са овим „изворним праговима” предвиђеним још Уредбом Савета 4064 из 1989. године постојале су препоруке Комисије и Економско-социјалног комитета (96/С 18/06, ЈОСЕ бр° С 18, 22.6.1996.) о спуштању износа два поменута прага на две милијарде екија и сто милиона екија.

³⁰ Члан 3. Уредбе бр. 139/2004.

³¹ Члан 5. Уредбе бр. 139/2004.

порези непосредно везани за промет. Утврђени критеријуми производе следеће правно дејство. Концентрације комунитарних размера онако како су одређене Уредбом морају да се пријаве Комисији пре њихове реализације, односно пре закључивања било каквог споразума, објављивања јавне понуде за куповину или пак пре стицања учешћа које омогућава контролу над другим предузећем.³² Дакле, Уредбом 139/2004 очуван је систем „јединственог шалтера” и примена начела субсидијаритета, што подразумева да концентрације комунитарних размера треба да разматра орган Европске уније. У случају спајања предузећа или заједничког стицања контроле над другим предузећем, концентрацију треба заједнички да пријаве предузећа која се спајају односно она која заједнички успостављају контролу. У осталим случајевима концентрацију пријављује предузеће које стиче контролу над целином или делом другог или других предузећа. Уколико утврди да пријављена операција потпада под поље примене Уредбе бр. 139/2004, Комисија објављује пријаву предузећа уз њихов назив, државу порекла, природу концентрације и област привреде о којој је реч. О концентрацији комунитарних размера одлучује Комисија примењујући одредбе Уредбе бр.139/2004, чиме се одстрањује надлежност националних органа и националног законодавства држава чланица.

Изузеци у погледу примене правила о комунитарним праговима

Изузетно, концентрацију комунитарних размера могу да разматрају национални органи држава чланица за заштиту конкуренције и обрнуто. Комисија је у одређеним специфичним случајевима надлежна да одлучује о концентрацијима које немају комунитарне размере.³³

Случајеви када концентрацију комунитарних размера могу да испитају национални органи за заштиту конкуренције држава чланица

Пре него што пријаве концентрацију, предузећа имају право да путем образложеног поднеска укажу Комисији да планирана операција концентрације угрожава конкуренцију на тржишту једне државе чланице

³² Члан 4. Уредбе бр. 139/2004.

³³ N. Ligneul, O. Tambou, op. cit., p. 162.

која има све особине издвојеног тржишта, те да би стога органи за заштиту конкуренције те државе чланице требало да је разматрају. У том случају по обавештавању свих држава чланица, Комисија је надлежна да проследи цео или део предмета надлежним органима државе чланице о којој је реч ради примене националног конкурентског права. С друге стране, када је концентрација већ пријављена Комисији с обзиром да има комунитарне размере, држава чланица на сопствени захтев или на позив Комисије може да затражи да је размотре њени органи, под условом да би њено национално тржиште могло да буде озбиљно угрожено истом.³⁴ Ова мера која се иначе назива „немачком клаузулом” омогућава да концентрацију разматра орган који је у најбољем положају да процени њено дејство.³⁵ Поред тога, мера иде у прилог очувању надлежности држава чланица које изузетно имају право да надзиру концентрације комунитарних размера чије се дејство највише осећа на њиховој територији. У пракси, Комисија је често користила ову могућност да би делимично проследила одређене случајеве националним органима. Првостепени суд некадашње Заједнице је, међутим, оспоравао овакво *дробљење* предмета које је, по њему, штетило складу у правном деловању Заједнице.³⁶

Испитивање концентрација које немају комунитарне размере од стране Комисије

Комисија је изузетно овлашћена да делује и у вези са концентрацијама која немају комунитарне размере.³⁷ Реч је о операцији која би могла да се разматра у светлу националног конкурентског права у најмање три државе чланице. У том случају заинтересована предузећа могу, путем образложеног поднеска а пре информисања надлежних органа за заштиту конкуренције држава чланица, да замоле Комисију да размотри овај предмет. Комисија затим обавештава све државе чланице о примљеном поднеску. Уколико се само једна од држава чланица која има надлежност да размотри предметну концентрацију успротиви њеном прослеђивању Комисији, поступак се зауставља. Међутим, ако се ниједна од надлежних држава чланица не успротиви прослеђивању, сматраће се да концентрација има комунитарне димензије и да треба да буде пријављена Комисији. У том случају ниједна

³⁴ Члан 9. став 2. Уредбе бр. 139/2004.

³⁵ N. Ligneul, O. Tambou, op. cit., p. 162.

³⁶ N. Ligneul, O. Tambou, ibidem, p. 163.

³⁷ Члан 5. Уредбе бр. 139/2004.

од држава чланица не може да примени национално право конкуренције на тај случај. Ова мера је популарно названа „3+” а њен смисао су предузећа добро разумела.³⁸ Наиме, она им омогућава да остваре своја права преко „једног европског шалтера”, уместо да воде више поступака пред органима држава чланица. Поред претходно изнетог, концентрација која нема комунитарне размере може да се проследи Комисији на основу тзв. „холандске клаузуле”.³⁹ Реч је о случају када примена утврђених прагова не указује на то да је концентрација комунитарних размера, али једна од држава чланица сматра да је прослеђивање предмета Комисији неопходно јер концентрација може да угрози конкуренцију на Заједничком тржишту или његовом битном делу.⁴⁰ Овај став државе чланице може да проистекне из њене анализе случаја или да буде подстакнут од стране Комисије. Уколико Комисија прихвати прослеђивање предмета, концентрација јој се званично пријављује и у овом случају долази до примене права Уније.

IV) ПОСЛЕДИЦЕ

Из претходно изнетог уочава се намера творца Уредбе бр. 139/2004 да Комисија и надлежни органи за заштиту конкуренције држава чланица буду повезани у мрежу, унутар које постоји међусобна уска сарадња и размена информација. Циљ је да о предмету одлучује одговарајући орган, чиме се у пракси остварује примена начела субвенционисаности присутног у праву Уније, као и да се избегну вишеструке пријаве операције концентрације као и прослеђивање пријаве од једног органа другом. Одређене правне недоумице појавиле су се код операција које јесу концентрације у смислу члана Уредбе бр. 139/2004, али не испуњавају утврђене прагове (тј. нису комунитарних димензија), нити су их предузећа проследила Комисији. Није спорно да су у том случају национални органи надлежни да примењују своје законодавство уколико оно постоји, али шта се дешава у одсуству овог последњег? У суштини питање је било да ли судски органи држава чланица могу ради надзора над концентрацијама да користе правну праксу Суда правде која се развила у вези са применом чланова 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније⁴¹ (имајући у виду њихову

³⁸ N. Ligneul, O. Tambou, op. cit., p. 163.

³⁹ N. Ligneul, O. Tambou, ibidem.

⁴⁰ Члан 22. Уредбе бр. 139/2004.

⁴¹ Реч је о некадашњим члановима 85. и 86. Уговора о Европској економској заједници, односно члановима 81. и 82. Уговора о Европској заједници.

директну применљивост у државама чланицама) на концентрације или, пак, треба да се окрену одредбама Уредбе? Више разлога иде у прилог примене општих норми Уговора о функционисању Европске уније о конкуренцији.⁴² У том се смислу наводи да хијерархија норми права Европске уније не дозвољава одстрањивање одредби уговора у корист одредби Уредбе. Последице претходно наведеног нису занемарљиве. Наиме, појединци који су оштећени операцијом концентрације моћи ће да се позову пред националним судовима на чланове 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније и затраже накнаду штете.

V) ПРОЦЕНА ОПЕРАЦИЈЕ КОНЦЕНТРАЦИЈЕ

Критеријуми процене

Надзор над концентрацијама који је установљен Уредбом бр. 139/2004 има за предмет да утврди усклађеност планиране операције концентрације комунитарних димензија са Заједничким тржиштем.⁴³ Према раније важећој Уредби Савета бр. 4064/89 из 1989. Године, критеријуми процене примењивани су у две фазе. Концентрација се проглашавала неспојивом са Заједничким тржиштем ако доводи до стварања или јачања доминантног положаја и ако би то стварање или јачање доминантног положаја имало за последицу осетно спречавање одвијања конкуренције. У праву Сједињених Америчких Држава међутим, користи се нешто флексибилнији критеријум под скраћеницом SLC (*Substantial Lessening of Competition*), који подразумева забрану концентрација које би суштински могле да смање конкуренцију на тржишту. Овај флексибилнији критеријум дозвољава да се правна норма прилагоди економском контексту. С обзиром да је све већи број концентрација имао светску димензију, примена различитих европских и америчких норми у области конкуренције изазивала је тешкоће. Тако је у случају *General Electric – Honeywell* амерички орган одобрио концентрацију примењујући тест SLC, док је исту Комисија забранила користећи ригиднији критеријум о доминантном положају. Услед тога, објективно се јавила потреба да се у оквиру простора деловања ОЕЦД ускладе правне норме. С друге стране, постојала је тенденција да се више користе економске анализе у контексту

⁴² В. Goldman, А. Lyon-Caen, L. Vogel, op. cit., p. 488 i dalje, kao i *Droit communautaire de la concurrence*, С. Grynfoegel, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 71.

⁴³ В. Goldman, А. Lyon-Caen, L. Vogel, ibidem, p. 490; С. Grynfoegel, ibidem, p. 75.

примене права конкуренције. Претходно изнето навело је органе Европске уније да приликом елаборирања нове уредбе у области концентрација у други план ставе критеријум *доминантног положаја*. У том смислу Уредба бр. 139/2004 у члану 2. став 2. проглашава неспојивим са Заједничким тржиштем „операције које у значајној мери спречавају стварну конкуренцију на Заједничком тржишту или на његовом битном делу, нарочито стварањем или јачањем доминантног положаја”. У праву конкуренције Европске уније дакле, дошло је до примене теста SIEC (*Significant Impediment of Effective Competition*) или о осетном спречавању стварне конкуренције.⁴⁴ Овде се очигледно ради о утицају америчког на европско право конкуренције. Једина разлика између ова два права је у коришћењу термина „стварно” у европском праву које наводи на закључак да Унија тежи ка ефикасној конкуренцији која ће оптимално распоредити ресурсе. Додуше, у члану 2. Уредбе бр. 139/2004 и даље се напомиње да угрожавање конкуренције нарочито може проистећи из стварања или јачања доминантног положаја. Поједини теоретичари закључују, имајући у виду систем успостављен Уредбом бр. 139/2004, да овај други критеријум није обавезујући, односно да може да дође до забране концентрације иако није дошло до стварања или јачања доминантног положаја.⁴⁵ У правној пракси се неретко закључује да је осетно угрожавање конкуренције проистекло из стварања или јачања доминантног положаја на тржишту. Комисија са своје стране сматра да стварање или јачање доминантног положаја представља важан облик осетног угрожавања стварне конкуренције. Било како било, стварање или јачање доминантног положаја указује на озбиљан степен угрожавања конкуренције који може да буде оцењен као осетно угрожавање стварне конкуренције на Заједничком тржишту, и самим тим доведе до забране операције концентрације.

Биланс операције концентрације

Према члану 2. Уредбе бр. 139/2004 као критеријум за оцену спојивости операције концентрације са Заједничким тржиштем узима се „конкурентски биланс операције”.⁴⁶ Концентрација не може бити одобрена ако у значајној мери спречава опстанак или развој стварне

⁴⁴ Ch. Gavalda, G. Parleani, *op. cit.*, p. 417.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ A. Decocq, *Droit communautaire des affaires II – Droit communautaire de la concurrence*, Les cours de droit, Paris, 1995, p. 178.

конкуренцију у оквиру Заједничког тржишта или на његовом битном делу. Оцена о спојивости операције са Заједничким тржиштем дакле, на први поглед не зависи од техничког, економског или социјалног биланса концентрације. Претходно изнето упућује на закључак да угрожавање конкуренције изазвано концентрацијом не би могло бити искупљено као што је то случај код споразума међу предузећима – доприносом техничком, привредном или социјалном напретку, односно да не постоји могућност изузећа концентрације.⁴⁷ Међутим, чланом 2. став 1. Уредбе бр. 139/2004 Комисији се налаже да приликом процене концентрације води рачуна о неопходности да се очува и развије конкуренција унутар Заједничког тржишта, имајући у виду стварну или потенцијалну конкуренцију предузећа унутар и ван Уније. Претходно изнето могло би да значи да пре него што осуди концентрацију, Комисија треба да утврди да ли ова операција европских предузећа не доприноси очувању или јачању њиховог положаја на светском тржишту, штитећи их од страних конкурената попут оних америчких или јапанских, примера ради. Став 2. истог члана Комисији намеће да узме у обзир, не само стање на релевантном тржишту везано за положај предузећа учесника и њихову економску снагу, могућност избора испоручилаца и корисника и могућност њиховог приступа изворима снабдевања, постојање правних или практичних препрека приликом уласка на тржиште, еволуцију понуде и тражње производа или услуга – већ и интересе потрошача, и еволуцију техничког и привредног напретка у мери у којој се развија у корист потрошача и не представља препреку конкуренцији. Дакле, Комисија је дужна да води рачуна и о могућем добитку на плану техничке или економске ефикасности који би настао остваривањем концентрације, а на који би указала заинтересована предузећа. Штавише, у члану 8. Уредбе бр. 139/2004 наглашава се да Комисија треба да забрани концентрацију ако утврди да ова осетно спречава конкуренцију и доводи до стварања или јачања доминантног положаја, али и ако не одговара критеријумима за изузеће предвиђеним чланом 101. став 3. Уговора о функционисању Европске уније. Социјални аспекти концентрације као да су заборављени. Комисија вероватно сматра да само очување радних места као циљ може да доведе до вештачког одржавања нерентабилних предузећа, што не иде у прилог техничком или економском напретку нити добробити потрошача.⁴⁸ Претходно изложени елементи процене наводе на закључак

⁴⁷ R. Blasselle, *op. cit.*, p. 374.

⁴⁸ Ch. Gavalda, G. Parleani, *op. cit.*, p. 418.

да је Комисија дужна да узме у обзир пре свега конкурентски, али и свеобухватни економски биланс операције концентрације.

Примена критеријума процене

Комунитарна правна пракса указује на то да се приликом анализе операције концентрације Комисија превасходно бави утврђивањем угрожавања конкуренције и јачањем или стварањем доминантног положаја, да би касније у разматрање укључила и фактор техничког и економског напретка.⁴⁹ Код утврђивања доминантног положаја, као и код примене члана 102. Уговора о функционисању Европске уније, води се рачуна о тржишту производа о коме је реч, његовој заменивости другим производима, итд. При томе тешкоће могу да се јаве у тачном разграничењу тржишта релевантног производа од тржишта других производа. У случају *Aerospatiale – Aliena / de Havilland*⁵⁰ Комисија је, на пример, утврдила да постоји више различитих тржишта путничких авиона (авиони до четрдесет, шездесет и преко шездесет седишта). Индиција за постојање доминантног положаја је, наравно, располагање јаким процентуалним делом тржишта производа о коме је реч. Међутим, то није и једини критеријум, јер се узима у обзир и структура тржишта после операције концентрације, број и снага потенцијалних конкурената унутар и ван Уније, могућност постављања препреке при уласку на тржиште, еволуција тржишта, итд. Располагање процентуално малим делом тржишта релевантног производа (мање од 25 одсто) представља озбиљну индицију о сагласности операције са Уредбом бр. 139/2004. Технички напредак и економски биланс операције концентрације не оставља Комисију равнодушном. Ово додуше не значи да приликом процене концентрације може да дође до формалног изузећа као код члана 101. став 3. Уговора о функционисању Европске уније. У претходном излагању нагласили смо да се Уредбом бр. 139/2004 подвлачи пре свега „биланс стања конкуренције” на европском тржишту. Међутим, Комисија приликом разматрања концентрације може такође да узме у обзир и побољшање квалитета и диверсификацију производа услед техничких иновација, или допринос операције концентрације развоју одређене регије, или пак јачање положаја европских предузећа на светском тржишту.⁵¹ У случају *De Havilland*,

⁴⁹ А. Decocq, op. cit., p. 179, 180, 181; R. Blasselle, op. cit., p. 376.

⁵⁰ Одлука Комисије од 2.10.1991.

⁵¹ В. Goldman, А. Lyon-Caen, L. Vogel, op. cit., p. 495 и даље; А. Decocq, op. cit., p. 181.

међутим, Комисија је аргументе предузећа везане за индустријску политику и међународну трговинску утакмицу ставила у контекст конкурентског биланса.⁵² Комисија је сматрала да јачање путем концентрације конкурентности европских предузећа на међународном плану, која се иначе у Унији баве важном индустријском делатношћу, није довољан разлог да се одобри концентрација јер операција о којој је реч нема повољно дејство на плану техничког и економског напретка од кога би имали користи и заинтересована предузећа и потрошачи. Надзор концентрација дакле, у највећој мери зависи од оцене стварне конкуренције, односно од структуре конкуренције на тржишту која се оцењује пожељном. При томе не треба губити из вида да препрека постављена стварној конкуренцији која је проузрокована концентрацијом мора да буде значајна, што обавезује на квантитативно приказивање дејства концентрације.

VI) ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Реформа надзора над операцијама конценетрације предузећа у Унији извршена Уредбом бр. 139/2004 имала је за циљ да прилагоди правне норме у овој области савременим кретањима у области заштите конкуренције. У формалном смислу поред већ постојећих уведени су додатни бројчани прагови везани за економску снагу предузећа учесника, који дозвољавају органима Европске уније да испитају концентрације мањих размера него што је био случај до тада. Уочава се и намера творца Уредбе бр. 139/2004 да Комисија и надлежни органи за заштиту конкуренције држава чланица буду повезани у мрежу, унутар које постоји међусобна уска размена информација и сарадња. Поред тога Уредбом се промовише примена начела субсидијарности, иначе уведена у правни поредак Уније Уговором из Мастрихта 1993. године. Ово начело почива на схватању да уређивање треба да се врши на грађанима што је могуће ближем нивоу, односно да Унија не треба да делује у областима где је могуће да зацртане циљеве остваре било централни, регионални или локални органи држава чланица.⁵³ У том смислу Уредбом бр. 139/2004 отвара се могућност да путем упућивања предмета, о концентрацији предузећа одлучује орган Уније или пак национални орган за заштиту

⁵² R. Blasselle, op. cit., p. 377.

⁵³ S. Zečević, *Evropska unija – Pravo i institucionalni sistem*, Evropski univerzitet, Beograd, 2011, str. 320.

конкуренције, у зависности од тога који је од претходно поменутих у најбољем положају да процени биланс операције по конкуренцију. Уредбом о којој је реч такође се тежило да се избегну вишеструке пријаве операције концентрације различитим органима, као и претерано пребацивање пријаве од једног органа другом. У суштинском смислу Уредба бр. 139/2004 у члану 2. став 2. уводи нови критеријум за процену спојивости концентрације предузећа са Унутрашњим тржиштем. Тако се проглашавају неспојивим са европским тржиштем операције које у значајној мери спречавају стварну конкуренцију на том тржишту или на његовом битном делу, нарочито стварањем или јачањем доминантног положаја. У праву конкуренције Европске уније дакле, дошло је до примене теста SIEC (*Significant Impediment of Effective Competition*), или ти о осетном спречавању стварне конкуренције. У овом погледу уочава се утицај америчког на европско право конкуренције. Једина разлика између ова два права је у употреби термина „стварно” у европском праву које наводи на закључак да Унија тежи ефикасној конкуренцији која ће оптимално распоредити ресурсе.

VII) ИЗВОРИ

- Blasselle, R., *Traite de droit europeen de la concurrence*, Publisud, Tome I, Paris, 2002.
- Boulouis, J.R. – M. Chevallier, *Les grands arrêts de la cour de justice des communautes europeennes*, Dalloz, 5 edition, Paris, 1991.
- Boulouis, J.R. – M. Chevallier, D. Fasquelle, M. Blanquet, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Dalloz, 5 edition, Tome 2, Paris, 2002.
- Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l' Union europeenne*, Litec, Paris, 2010.
- Goldman, A. Lyon Caen, L. Vogel, *Droit commercial europeen*, Dalloz, 5 edition, Paris, 1994.
- Grynfogel, *Droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., Paris, 1997.
- Decocq, A., *Droit communautaire des affaires, II – Droit comunautaire de la concurrence*, Les cours du droit, Paris, 1994/1995.
- Decocq, G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, L.G.D.J. Paris, 2002.
- Зечевић, С., *Европска унија – Право и институционални систем*, Европски универзитет, Београд, 2011.

- Зечевић, С., *Пословно право Европске уније I*, ЦЕУ, Београд, Београд, 2008.
- Idot, L., *Droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Paris, 2004.
- Icard, Ph., *Droit materiel et politiques communautaires*, ESKA editions, Paris, 1999.
- Jaufret par Jacques Mestre, *Droit commercial*, L.G.D.J., 19 edition, Paris, 1989.
- Le Mire, P., *Droit de l' Union europeenne et politiques communes*, Dalloz, Paris, 1998.
- Ligneul, N., Tambou, O., *Droit europeen du marche*, Ellipses, Paris, 2006.
- Mail-Fouilleul, S., *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., Paris, 2002.
- Malaurie-Vignal, M., *Droit interne de la concurrence*, Armand Colin, Paris, 1996.
- Sauron, J.-L., *Comprendre le traite de Lisbonne*, Gualino editeur, Paris, 2008.
- Souty, *Le droit de la concurrence de l' Union europeenne*, Montchrestien, 2 edition, Paris, 1999.
- Shapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, *Droit europeen des affaires*, PUF, Paris, 1994.