

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Ивана Ж. Ракић

**КОНЦЕНТРАЦИЈЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА У
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ СА ОСВРТОМ НА
ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

докторска дисертација

Београд, 2014

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Ivana Ž. Rakić

**CONCENTRATIONS OF UNDERTAKINGS IN THE
REPUBLIC OF SERBIA WITH A REVIEW ON
EUROPEAN UNION LAW**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2014

МЕНТОРИ

Др Борис Беговић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Владимир Павић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ

Др Весна Бесаровић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду у пензији

Др Борис Беговић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Владимир Павић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Душан Поповић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Сања Данковић Степановић,
ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду

Концентрације привредних субјеката у Републици Србији са освртом на право Европске уније

Резиме

Предмет докторске дисертације јесте контрола концентрација привредних субјеката у Републици Србији са освртом на контролу концентрација у Европској унији. Аутор се бави анализом одредаба Закона о заштити конкуренције из 2009. године и других прописа којима се уређује контрола концентрација, и упоређује их са правилима која постоје у праву конкуренције ЕУ. Истраживање се врши како би се представили и критички анализирали одређени проблеми који се јављају приликом примене правила о контроли концентрација, и ефекти примене ових правила на заштиту конкуренције и на повезивање учесника на тржишту.

Контрола концентрација представља веома важан, трећи стуб политике заштите конкуренције у Републици Србији, јер се применом прописа о контроли концентрација спречавају концентрације којима се стиче или јача доминантан положај на тржишту или олакшава међусобно усаглашавање учесника на тржишту, а којима се на тај начин може нарушити конкуренција. Концентрације могу нарушити конкуренцију стварањем неповољних тржишних структура које представљају основе за неконкурентна тржишна понашања (закључивање рестриктивних споразума и злоупотреба доминантног положаја), тако да је контрола концентрација значајан инструмент за очување конкурентних тржишних структура које једине могу да генеришу повољне ефекте по економску ефикасност и тиме по друштвено благостање.

Спровођењем концентрација остварују се бројне користи за учеснике на тржишту и за привреду, будући да концентрације олакшавају реорганизацију и повезивање учесника на тржишту, јачају њихову конкурентност и унапређују њихове перформансе, а дисциплиновањем управе, унапређују и корпоративно управљање. Ипак, концентрације могу негативно утицати на тржиште и нарушити конкуренцију, на штету потрошача, посебно када се концентрацијом стиче или јача доминантан положај на тржишту.

Имајући у виду негативне ефекте концентрација на конкуренцију, основна полазна хипотеза у раду је да је упркос великим потенцијалним користима концентрација потребно вршити њихову контролу и када постоје разлози, предвиђени законом, условити или забранити њихово спровођење. Зато је основни циљ овог истраживања да укаже на она правила о контроли концентрација чијом применом се може ваљано заштити конкуренција на тржишту, а којом се истовремено могу стимулисати концентрације учесника на тржишту. Да би се постигао овај циљ, у раду се користе нормативни, упоредноправни и историјски метод.

На основу извршеног научног истраживања и анализе, аутор закључује да су у прописима Републике Србије прихваћени најважнији принципи на којима се заснива контрола концентрација у ЕУ и да не постоји неко значајније одступање од решења права ЕУ. Решења Закона о заштити конкуренције углавном су усклађена са правилима која важе у ЕУ и Закон представља добру основу за заштиту конкуренције. Ипак, аутор указује на то да Закон и остали прописи не садрже одређене одредбе којима би се могло унапредити одлучивање у поступцима контроле концентрација и тиме обезбедити боља заштита конкуренције на тржишту. У дисертацији су наведена поједина решења за које аутор сматра да представљају непотребно административно оптерећење за учеснике на тржишту и за Комисију за заштиту конкуренције, а осим тога, аутор се залаже за већу примену знања из економије и економетријских тестова и за даљи развој регулативе, како би се увећала правна сигурност и предвидљивост у раду Комисије за заштиту конкуренције.

У дисертацији је предложено да се уклоне сувишне баријере за учеснике на тржишту и да се обезбеди већа конзистентност приликом одлучивања Комисије за заштиту конкуренције. На тај начин би се допринело и процесној ефикасности и економичности, јер би се растеретио рад Комисије за заштиту конкуренције услед смањеног обима поступања по пријавама концентрација које немају утицај на конкуренцију и тиме јој се омогућило да се усредсреди на случајеве који захтевају већу пажњу. Изнесени предлози се чине оправданим, јер имају за циљ смањење административног оптерећења за учеснике на тржишту и стимулисање инвестиција у Републици Србији.

Кључне речи: контрола концентрација, концентрације учесника на тржишту, спајања и преузимања, право конкуренције, Република Србија, ЕУ

Научна област: Право

Ужа научна област: Право конкуренције

УДК: 346.546.7(497.11)(4-672 EU)(043.3)

Concentrations of Undertakings in the Republic of Serbia with a Review on European Union Law

Summary

The subject of the doctoral dissertation is the control of concentrations of undertakings in the Republic of Serbia with a review on EU merger control regime. The author explores the provisions of the Law on Protection of Competition of 2009 and other regulations concerning to the control of concentrations, and compares those provisions with EC competition law, not in order to give a simplified overview of competition law of the Republic of Serbia, but to present and critically analyse certain specific problems related to the application of those provisions and its effect on protection of competition.

Control of concentrations is the third pillar of competition policy of the Republic of Serbia, which purpose is to prevent concentrations leading to the creation or reinforcement of a dominant position and to avoid the creation of a market structure that would significantly facilitate coordination of market behaviour between undertakings. Concentrations can impede effective competition by altering the market structure in such a way that undertakings are more likely to coordinate or abuse their market power to the detriment of consumers, which means that control of concentrations is very important instrument for the maintenance of a competitive market structure that is capable of delivering the benefits from competition in market of the Republic of Serbia.

Concentrations offer a number of benefits for undertakings and for economy, because they facilitate restructuring and consolidation of undertakings, improve the quality of management and performance of undertakings, discipline management and enable undertakings to compete effectively on market. Nevertheless, concentrations may negatively affect market and impede competition to the detriment of consumers, especially in the case when concentration leads to the creation or strengthening of a dominant position in the market.

Considering potential anticompetitive effects of concentrations, the basic dissertation hypothesis is that it is necessary to control concentrations of undertakings, even though other aspect of the concentrations can yield efficiency gains. Therefore, the aim of this study is to point out the rules whose application enables proper protection of competition on the market and stimulates concentrations of undertakings, at the same time. In order to achieve this aim, the dissertation uses normative, comparative and historical method.

Based on the given scientific research and analysis, the author concludes that the control of concentrations in the Republic of Serbia is for the most part congruent with the key principles of the EU merger control regime and there are no immediate areas of concern. The rules laid down by the 2009 Law are generally in line with EU law standards and the Law can be seen as good basis for protection of competition. In addition, the author also indicates that the Law and other regulations do not contain some provisions that should improve the quality of decision-making process and consequently protect and develop competition in market. Throughout the dissertation, the author identifies some shortcomings, which are considered as unnecessary burden for the undertakings and for the work of the Commission for protection of competition ('Commission'), and advocates further development of economic methodology and legal standards in order to increase legal certainty and predictability of the merger control.

It is suggested that it should be more consistency and it would be useful to further remove regulatory burden from undertakings' transactions. Such improvements would be also in the interest of procedural efficiency, because they should reduce investigations of concentrations that are harmless to competition and enable the Commission to focus its resources on those cases that require more attention. Those proposals would appear justified, because their objective is a reduction in the burden of the administrative procedure and they could stimulate investments in economy of the Republic of Serbia.

Key words: control of concentrations, merger control, concentrations of undertakings, mergers and acquisitions, competition law, antitrust law, Republic of Serbia, EU

Scientific area: Law

Specific scientific area: Competition law

UDK: 346.546.7(497.11)(4-672 EU)(043.3)

САДРЖАЈ

УВОДНА РАЗМАТРАЊА	1
ГЛАВА I	
ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА	8
1. ПОЈАМ КОНЦЕНТРАЦИЈА	8
2. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА	9
2.1. Повезивање независних учесника на тржишту	10
2.2. Начин реализовања концентрације	17
2.3. Промена контроле над учесником у концентрацији	17
2.4. Трајање концентрације.....	18
2.5. Настанак новог учесника на тржишту.....	21
3. ТЕРМИНОЛОШКА РАЗГРАНИЧЕЊА	22
4. ВРСТЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА	24
4.1. Хоризонталне концентрације	26
4.2. Вертикалне концентрације	27
4.3. Конгломератске концентрације.....	30
5. ИЗВОРИ ПРАВА	35
5.1. Извори права у Републици Србији	35
5.2. Извори права у ЕУ	38
5.3. Прописи ЕУ као извор права у Републици Србији	44
ГЛАВА II	
ЗНАЧАЈ КОНЦЕНТРАЦИЈА ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА	50
1. МОТИВИ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА ЗА ПОВЕЗИВАЊЕМ	50
1.1. Економија обима и економија опсега	51
1.2. Синергија.....	54
1.3. Истраживање и развој	55
1.4. Промена неефикасне управе и унапређење корпоративног управљања.....	57
1.5. Одбрана од непријатељског преузимања	61

1.6. Фискалне погодности	63
1.7. Стицање тржишне моћи	66
1.8. Диверзификација	67
2. ЕФЕКТИ КОНЦЕНТРАЦИЈА НА КОНКУРЕНЦИЈУ	68
2.1. Унилатерални ефекти	69
2.1.1. Хоризонталне концентрације	69
2.1.2. Нехоризонталне концентрације	75
а) Вертикалне концентрације	76
б) Конгломератске концентрације	81
2.2. Координативни ефекти	85
2.3. Негативни ефекти концентрација на друштвено благостање	98
3. ЕХ АНТЕ КОНТРОЛА КОНЦЕНТРАЦИЈА	100
ГЛАВА III	
РЕЛЕВАНТНО ТРЖИШТЕ	108
1. ТЕСТ ПРЕТПОСТАВЉЕНОГ МОНОПОЛИСТЕ	110
2. ПРОЦЕНА ЕЛАСТИЧНОСТИ ТРАЖЊЕ	111
3. ОСТАЛИ КРИТЕРИЈУМИ ЗА УТВРЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА	114
4. УТВРЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	117
ГЛАВА IV	
ОБЛИЦИ КОНЦЕНТРАЦИЈА	121
1. СПАЈАЊА	121
1.1. Врсте спајања	123
2. СТИЦАЊЕ КОНТРОЛЕ	125
2.1. Начини стицања контроле	126
2.1.1. Стицање својства контролног друштва	126
2.1.2. Стицање имовине	128
2.1.3. Стицање контроле на основу уговора	130
2.1.4. Остали начини стицања контроле	131

2.2. Појединачна и заједничка контрола	132
2.2.1. Промена појединачне и заједничке контроле	138
2.2.2. Правна и фактичка контрола.....	140
2.2.3. Стицање неконтролног мањинског учешћа	143
а) Предлози Европске комисије	144
3. ЗАЈЕДНИЧКО УЛАГАЊЕ.....	150
4. КОНЦЕНТРАЦИЈЕ КОЈЕ ПОДЛЕЖУ КОНТРОЛИ.....	154
4.1. Прагови нотификације према Закону о заштити конкуренције.....	160
4.2. Концентрације са европском (комунитарном) димензијом	164
4.3. Утврђивање испуњености прагова нотификације.....	166
5. ИЗУЗЕЦИ ОД КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА	171
 ГЛАВА V	
ПОСТУПАК КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА	175
1. ПРЕКИД СПРОВОЂЕЊА КОНЦЕНТРАЦИЈЕ	175
2. ПРИЈАВА КОНЦЕНТРАЦИЈЕ	176
3. ОЦЕНА ДОЗВОЉЕНОСТИ КОНЦЕНТРАЦИЈА.....	186
3.1. Правни стандард за оцену концентрација.....	186
3.2. Доминантан положај на релевантном тржишту	191
3.3. Остали критеријуми за оцену концентрација	199
3.3.1. Структура тржишта	200
3.3.2. Супротстављена моћ купаца	204
3.3.3. Улазак на тржиште	206
3.4. Аргумент економске ефикасности.....	211
3.4.1. Услови за примену аргумента економске ефикасности	219
3.4.2. Пракса Европске комисије	222
3.4.3. Пракса Комисије за заштиту конкуренције	224
3.5. Аргумент друштва у финансијским тешкоћама	227
3.5.1. Пракса Европске комисије и Комисије за заштиту конкуренције	229
3.5.2. Услови за примену аргумента друштва у тешкоћама.....	237
3.5.3. <i>Failing division defence</i>	241
3.5.4. Значај аргумента.....	242

4. ПОСТУПАК ИСПИТИВАЊА КОНЦЕНТРАЦИЈЕ	243
4.1. Поступак који спроводи Комисија за заштиту конкуренције	244
4.2. Поступак који спроводи Европска комисија	249
4.2.1. Однос Уредбе ЕУ о концентрацијама и права земаља чланица	252
4.3. Условно одобрење концентрација	259
4.3.1. Врсте корективних мера	267
а) Структурне мере	268
б) Мере понашања	272
в) Обавезе учесника у концентрацији	275
4.4. Овлашћења у испитном поступку	277
4.4.1. Увиђај	281
4.5. Санкције због повреде прописа о контроли концентрација	286
4.6. Судска контрола одлука о концентрацијама	291
4.6.1. Контрола решења Комисије за заштиту конкуренције	291
4.6.2. Контрола одлука Европске комисије	296
ЗАКЉУЧАК	304
ЛИТЕРАТУРА	310
ПРАВНИ ИЗВОРИ	327
1. Правни извори у Републици Србији	327
2. Правни извори у ЕУ	328
3. Остали страни правни извори	331
4. Одлуке и други акти Комисије за заштиту конкуренције	332
5. Одлуке Европске комисије	333
6. Судска пракса у ЕУ	336
7. Интернет сајтови	337
БИОГРАФИЈА	338
Прилог 1.	
Изјава о ауторству	339

Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада....340

Прилог 3.

Изјава о коришћењу..... 341

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У условима савремене тржишне привреде, способност привредних субјеката да реагују на честе промене на тржишту императив је њиховог опстанка и напредовања. Они морају да се понашају у складу са новонасталим тржишним условима, јер је то једини начин да се успешно одрже на тржишту. Овакво понашање заправо је условљено снажним конкурентским притисцима са којима су суочени, због чега су и принуђени да се стално прилагођавају променама у пословном окружењу.

Пошто је њихово прилагођавање усмерено ка проналажењу нових форми раста, они у таквим околностима прво разматрају могућност да прибегну интерном (органском) расту, како би побољшањем својих перформанси одговорили на захтеве изузетно динамичног тржишта. Изградњом сопствених капацитета, увођењем иновација и проширењем предмета пословања, они чине напоре да привуку потрошаче, нудећи им разноврсније и квалитетније производе (добра и услуге) или производе по нижим ценама. Међутим, интерним растом не постижу се увек жељени резултати, јер привредни субјекти често немају довољно средстава за таква улагања, као ни времена да дуго чекају остварење постављених циљева. Поред тога, интерни раст је ограничен величином тржишта, па учесници на тржишту некада не могу да остваре постављене циљеве и обим производње на постојећем тржишту.

Пошто је максимизација профита основни мотив њиховог привређивања, а брза експанзија најзначајније средство за реализацију овог мотива, учесници на тржишту су отуда принуђени да на изазове тржишта одговоре екстерним растом – повезивањем са другим учесницима на тржишту. На тај начин они значајно смањују трошкове, а истовремено постижу резултате који им омогућавају да сачувају и унапреде своју тржишну позицију.

Значај међусобног повезивања привредних субјеката потврђује чињеница да се њиховом истраживању и правном регулисању посвећује изузетна пажња, с тим што највећу пажњу изазивају бројни облици статусног и уговорног

повезивања којима се врши груписање учесника на тржишту, а који за последицу имају стицање контроле над одређеним учесником на тржишту и делимични или потпуни губитак правне или пословне самосталности тог учесника. Реч је о концентрацијама привредних субјеката, под којима се за потребе права конкуренције сматрају спајања привредних субјеката (фузије), преузимања контроле и одређени облици заједничког улагања.

У земљама са тржишном привредом, концентрације представљају најбољи начин реорганизације привредних субјеката и имају велики значај за привредне субјекте, зато што се њиховим спровођењем увећава економска ефикасност. То је најважнија корист од спровођења концентрација, која настаје као последица економије обима и економије опсега. Концентрације отуда представљају посебно важан чинилац привредног развоја и наше земље, с обзиром на то да имају кључну улогу у процесу реструктурирања привреде и да значајно доприносе јачању конкурентности тржишних учесника. Ефикаснијим коришћењем заједничких ресурса и технолошких иновација, заједничким иступањем на тржишту и приступањем новим тржиштима, учесници у концентрацији остварују добит као резултат синергијских ефеката. Зато су концентрације и промена власника или управе до које долази услед спровођења концентрације веома значајне за побољшање перформанси повезаних тржишних учесника. Чак и потенцијална опасност од преузимања контроле позитивно делује на привредно друштво, јер због страха од промене контроле над друштвом, која повлачи и питање опстанка управе, постојећа управа је подстакнута на ефикасније пословање.

Ипак, и поред тога што се спровођењем концентрација остварују бројне користи, концентрације имају и одређене негативне ефекте који могу довести до значајног нарушавања конкуренције. Концентрацијама привредних субјеката утиче се на структуру тржишта смањивањем броја тржишних учесника, па се тако олакшава међусобно усаглашавање преосталих конкурената и закључивање рестриктивних споразума између њих. Истовремено, увећањем тржишне моћи учесника у концентрацији и слабљењем конкурентских притисака са којима су суочени, настаје опасност да ће повезани привредни субјекти злоупотребити стечену тржишну моћ.

Због тога упоредно право предвиђа да концентрације привредних субјеката подлежу контроли у поступку пред надлежним телима за заштиту конкуренције. На тај начин се спречава настајање неповољних тржишних структура које представљају основе за неконкурентна тржишна понашања. То значи да контрола концентрација има превентиван карактер, а да би се та њена основна функција могла остварити, контрола се, по правилу, спроводи пре реализовања концентрације. У упоредном праву је прихваћено да се контрола концентрација врши пре спровођења концентрације, па привредни субјекти који намеравају да спроведу концентрацију морају да је пријаве и да добију одобрење за њено спровођење, под условом да пријављена концентрација подлеже контроли, односно да се на њу могу применити прописи о контроли концентрација.

Узимајући у обзир наведене напомене о концентрацијама, основна полазна хипотеза у раду је да је упркос великим потенцијалним користима концентрација потребно вршити њихову контролу и када постоје разлози, предвиђени законом, условити или забранити њихово спровођење. Контрола је неопходна због штетних последица које концентрације могу имати по конкуренцију, па је такве концентрације потребно условити или забранити, иако се у пракси врло мало концентрација забрани због угрожавања конкуренције. Зато је основни циљ овог истраживања да укаже на она правила о контроли чијом применом се може ваљано заштити конкуренција на тржишту. У складу са циљем истраживања, у раду ће се анализирати контрола концентрација у Републици Србији и њено поређење са контролом концентрација у Европској унији, како би се одговорило на питање да ли је постојећи систем контроле у складу са правилима ЕУ и да ли одговара интересима привреде Републике Србије.

Да би се обезбедила заштита конкуренције од угрожавања путем стицања превелике тржишне моћи учесника у концентрацији, контрола концентрација треба да подлеже строгим правилима и процедурама. Њихова примена, при томе, не сме умањити правну сигурност на тржишту, јер неизвесност у погледу примене прописа може дестимулисати привредне субјекте, што се може негативно одразити на њихова повезивања и на привредни развој земље. Привредни субјекти, међутим, могу бити дестимулисани и уколико законодавац пропише превише строга правила, па се може закључити да је умерен режим контроле

концентрација најпримеренији потребама привреде неке земље. Политика заштите конкуренције мора бити уравнотежена, па је и контролу концентрација потребно уредити на начин који омогућава да се забране концентрације које заиста угрожавају конкуренцију, а да се истовремено не спрече концентрације које увећавају економску ефикасност.

Ипак, није могуће предложити један универзални модел контроле, јер свака земља утврђује правила о контроли у складу са интересима које жели да заштити. Законодавац мора истовремено да има у виду и чињеницу да се ефекти изабраног правног оквира не могу одмах сагледати, будући да спровођење контроле зависи од (правилне) примене прописа и од поступања надлежног тела у поступку контроле. Пошто је реч о *ex ante* контроли, надлежно тело мора да се бави очекивањима, односно предвиђањима, и да на основу тих очекивања закључи о утицају концентрације на конкуренцију и донесе одлуку о дозвољености концентрације.

У циљу сагледавања ових проблема са којима се суочавају законодавац, приликом одлучивања о правном режиму контроле, и надлежно тело, у поступку оцене концентрација, основни предмети проучавања овог рада су облици повезивања која подлежу контроли (дефинисање концентрација, врсте концентрација, мотиви привредних субјеката за спровођењем концентрација, одређивање прагова за нотификацију, поступак нотификације), одређивање релевантног тржишта и тржишних удела учесника у концентрацији, ефекти концентрација на конкуренцију, критеријуми за оцену концентрација и употреба аргумената за оправдање концентрације, овлашћења надлежног тела у поступку контроле (истражна овлашћења, кажњавање учесника, мере деконцентрације) и судска контрола донесених одлука о концентрацијама. Анализа наведених проблема при томе ће се ограничити на право конкуренције Републике Србије и Европске уније. Пошто концентрације представљају предмет проучавања и економске науке, нужан елемент целокупног истраживања ове проблематике биће примена одређених знања из економије и анализа квантитативних тестова који се примењују у поступку контроле.

У праву Републике Србије, контрола концентрација је установљена 2005. године, усвајањем Закона о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр.

79/2005), чиме је остварен важан напредак у заштити конкуренције. Ипак, Закон је имао бројне недостатке, па је 2009. године усвојен нови Закон о заштити конкуренције (Сл. гл. РС, бр. 51/2009, 95/2013, даље у тексту: ЗЗК), којим су отклоњене одређене мањкавости претходног система контроле концентрација.

Повећани су финансијски прагови за пријављивање концентрација, чиме се олакшава повезивање привредних субјеката и рад Комисије за заштиту конкуренције, а Комисији су дата значајна истражна овлашћења и овлашћења за кажњавање учесника и спровођење мера деконцентрације. Међутим, по мишљењу аутора, није адекватно решено питање утврђивања релевантног тржишта, тако да то може опет представљати проблем за Комисију и за привредне субјекте, које неконзистентност у раду Комисије може одвратити од спровођења концентрација.

Контрола концентрација је релативно нов правни институт у праву Републике Србије, па је у извесној мери разумљиво зашто се у пракси јављају бројни проблеми. Неки од тих проблема постоје и у упоредном праву, али они настају због саме природе контроле, а не због неразвијеног тржишта или због неправилне примене прописа. То значи да се примери из праксе и одређена правна решења могу пронаћи у упоредном праву, посебно у праву ЕУ, и да се они могу искористити у нашем праву како би се унапредили прописи о контроли концентрација и пракса Комисије за заштиту конкуренције.

Контрола је уређена по угледу на право конкуренције ЕУ, па ће прописима ЕУ о контроли концентрација бити посвећен велики део рада, у намери да се поређењем са решењима ЕУ и њиховим објашњењем преиспитају решења Републике Србије. У ту сврху ће се анализирати и европска пракса, односно одлуке Европске комисије, Суда правде (некада Европског суда правде) и Општег суда (некада Првостепеног суда) које пружају одговоре на бројна питања која се у пракси могу поставити. Практика ЕУ ће се отуда користити као смерница у проналажењу одговора на бројна питања која се у овом раду буду поставила.

Овакво истраживање има за циљ да допринесе бољем разумевању регулативе, јер потребно је имати у виду могућност да Србија постане чланица ЕУ, као и чињеницу да је Србија у одређеној мери већ интегрисана у јединствено

тржиште ЕУ услед закључивања Споразума о стабилизацији и придруживању.¹ Приказ прописа ЕУ отуда добија и практични смисао, иако овај рад има пре свега теоријски карактер. Међутим, проучавање правила ЕУ намеће се не само због тога што је чланство у ЕУ политички циљ Републике Србије, већ и због тога што се ради о праву које представља узор за све земље чланице ЕУ и које, заједно са америчким правом, представља предмет скоро сваког научног истраживања.

Прихватајући решења ЕУ о концентрацијама у Закону о заштити конкуренције, Србија је наставила процес приближавања правном систему ЕУ у области права конкуренције. Оваква хармонизација нашег права са европским је разумљива, будући да је усклађивање предвиђено Споразумом о стабилизацији и придруживању, који у чл. 72. утврђује обавезу усклађивања законодавства Републике Србије са законодавством ЕУ. Међутим, регулативу о контроли концентрација треба првенствено посматрати као инструмент за заштиту конкуренције, а не само као део свеобухватне хармонизације домаћег права са правом ЕУ и као услов за учлањење у ЕУ. Заштита конкуренције је један од најважнијих услова за развој тржишне привреде у земљи, тако да усклађивање са правом ЕУ треба да унапреди ову заштиту, а не да буде формално испуњавање одређене обавезе или последица „наметања“ одређене политике заштите конкуренције. То значи да је битно да у Србији заиста постоји воља да се утврди одговарајућа политика заштите конкуренције и да се она примени, јер је то један од начина да се успостави ефикасно тржиште које ће омогућити остваривање економске ефикасности и увећање друштвеног благостања.

На нивоу ЕУ постоји Уредба Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године (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.² Уредба је усвојена у оквиру реформе права конкуренције ЕУ и заменила је

¹ Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге (*Сл. гл. РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008).

² Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, бр. L. 24/2004.

Уредбу о контроли концентрација између учесника на тржишту из 1989. године (даље у тексту: Уредба ЕУ о концентрацијама из 1989. год.),³ којом је у право конкуренције ЕУ уведена контрола концентрација.

У односу на рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја, контрола концентрација је у право ЕУ уведена релативно касно, пошто је тек 1989. године установљена контрола концентрација са европском (комунитарном) димензијом. Иако су постојала бројна теоријска разматрања о концентрацијама и њиховој контроли, регулатива о контроли концентрација свесно је изостављена из права конкуренције, односно из Уговора о оснивању Европске економске заједнице (The Treaty establishing the European Economic Community, даље у тексту: Римски уговор). Тиме се европским привредним друштвима желело омогућити да у борби са америчким и јапанским конкурентима постану успешнија на светском тржишту. Увођење контроле је касније ипак било неопходно, јер се показало да одређене концентрације нарушавају конкуренцију на јединственом тржишту ЕУ, а проблем се није могао решавати широким тумачењем одредаба Римског уговора које регулишу рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја. Прописивање правила о концентрацијама у ЕУ заправо је у функцији обезбеђивања несметаног функционисања јединственог тржишта ЕУ, с обзиром на то да оно може бити угрожено спровођењем концентрација које нарушавају конкуренцију на тржишту ЕУ.

Контрола концентрација представља изузетно важан елемент политике заштите конкуренције, јер се спровођењем контроле врши директан утицај на тржишну структуру. Због тога је битно да се контрола ваљано уреди и да се обезбеди правилна примена утврђених правила. Зато је важно проучити ову специфичну област права конкуренције, дати оцену о решењима права Републике Србије и утврдити да ли се постојећа решења могу унапредити како би се побољшала заштита конкуренције.

³ Уредба Савета (ЕЕЗ) бр. 4064/89 о контроли концентрација између учесника на тржишту (Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings), *O.J.*, бр. L. 395/1989 (исправка у *O.J.*, бр. L. 257/1990), измењена Уредбом (ЕЗ) бр. 1310/97 (Regulation (EC) No 1310/97), *O.J.* бр. L. 180/1997 (исправка у *O.J.*, бр. L. 40/1998).

ГЛАВА I

ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА

1. ПОЈАМ КОНЦЕНТРАЦИЈА

Да би се приступило проучавању концентрација привредних субјеката, неопходно је утврдити шта се подразумева под појмом концентрација. Због тога је први део рада посвећен дефинисању концентрација и њихових основних карактеристика. Пошто у упоредном праву није изричито предвиђена дефиниција концентрација, појам и њене основне карактеристике могу се утврдити на основу пословних операција које се у прописима наводе као појединачни правни облици концентрација. То, међутим, није лако, будући да би дефиниција требало да обухвати све капиталне трансакције које доводе до укрупњавања учесника на тржишту и које морају бити предмет контроле концентрација, а које се истовремено морају одвојити од оних облика повезивања привредних субјеката који подлежу контроли према прописима о рестриктивним споразумима и забрани злоупотребе доминантног положаја.

Како би се та понашања привредних субјеката могла разграничити, потребно је усвојити прецизну дефиницију и обухватити сва спајања, преузимања контроле и заједничка улагања која се у прописима набрајају као концентрације које подлежу контроли. Због тога се може рећи да такво изричито набрајање у прописима ипак није искључивог карактера,⁴ јер свако груписање привредних

⁴ Исто и Срећко Јелинић, Звонимир Јелинић, „Контрола концентрација (спајања, преузимања и стјецања контроле) у хрватском законодавству“, *Либерализам и заштита конкуренције* (ур. М. Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2010, 291.

субјеката или стицање контроле које одговара неком од конкретних правних облика концентрација може бити предмет контроле, под условом да прелази утврђене финансијске прагове за пријаву концентрације.

Може се, дакле, закључити да је одређивање појма концентрација суштина поступка контроле,⁵ јер од квалификације одређеног понашања привредног субјекта 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 концентрација и узимајући у обзир најзначајније карактеристике, концентрације се могу одредити као различити облици статусног или уговорног обједињавања привредних субјеката којима се на трајној основи мења контрола над једним или више привредних субјеката и којима се они доводе под заједничку контролу, чиме се остварује пословно јединство свих учесника у концентрацији који су до тада били независни.

2. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА

Неке од основних карактеристика концентрација садржане су у наведеној дефиницији, јер представљају битне елементе појма, док остале карактеристике представљају опис концентрације и до њих се долази закључивањем на основу саме дефиниције.⁶

⁵ Jean Schapira *et al.*, *Droit européen des affaires* - Tome 2, Presses Universitaires de France, Paris 1999, 711.

⁶ У појединим академским радовима издвајају се нпр. само три суштинска елемента појма концентрација: промене контроле над учесником на тржишту која води промени структуре тржишта, трајни карактер структуралних промена и правна самосталност и економска независност новог пословног ентитета. Вид. Edurne Navarro Varona *et al.*, *Merger Control in the European Union – Law, Economics and Practice*, Oxford University Press, New York 2005, 8-12.

2.1. Повезивање независних учесника на тржишту

Прва карактеристика се односи на учеснике у концентрацији и показује да је концентрација груписање најмање два учесника на тржишту који су пре концентрације били самостални тржишни учесници. То значи да је концентрација обједињавање *независних* учесника на тржишту, односно учесника који се не сматрају повезаним учесницима на тржишту, због чега капиталне трансакције између повезаних учесника на тржишту не представљају концентрације.⁷

Уколико би се одређена трансакција спровела између повезаних учесника на тржишту, тиме не би била промењена или стечена контрола над другим учесником на тржишту, па концентрација не би ни постојала. Наиме, повезаним учесницима на тржишту сматрају се учесници на тржишту који су повезани тако да један или више од њих контролише другог учесника на тржишту или друге учеснике, па њихово међусобно реорганизовање не утиче на промену контроле која се већ остварује над неким од повезаних тржишних учесника.⁸ Због тога повезани учесници на тржишту немају обавезу да пријаве своју пословну операцију ако се она односи на промене унутар учесника на тржишту.

Међутим, ако се један од повезаних учесника на тржишту или више њих удружују са привредним субјектом који је самосталан тржишни учесник, пријављивање концентрације је обавезно, јер се таквим удруживањем мења

⁷ Приликом дефинисања спајања (фузија), Европска комисија је нагласила да концентрацију представља спајање два или више независних учесника на тржишту. Вид. т. 9-10. 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), *O.J.*, бр. С. 95/2008, даље у тексту: Обавештење Европске комисије о надлежностима). Ипак, оваквим прецизирањем би требало обухватити и остале облике концентрација (преузимања контроле и заједничка улагања), иако то није изричито предвиђено.

⁸ У смислу Закона о заштити конкуренције, повезаним учесницима на тржишту сматрају се два или више учесника на тржишту који су повезани тако да један или више учесника на тржишту контролише другог или друге учеснике на тржишту, и на њих се сходно примењују правила о повезаним лицима и повезаним привредним друштвима у складу са Законом о привредним друштвима (*Сл. гл. РС*, бр. 36/2011, 99/2011, даље у тексту: ЗОПД).

контрола над привредним субјектом са којим се удружују повезани учесници на тржишту. Пријављивање концентрације је у том случају обавезно уколико концентрација подлеже контроли, тј. ако учесници у концентрацији испуњавају услове у погледу финансијских прагова за контролу концентрација.

Често се у таквим случајевима користи постојећи однос зависности између повезаних лица, па се уместо једног од повезаних учесника (контролни члан групе), као стицалац контроле над циљним друштвом појављује други учесник из групе повезаних лица (зависни члан групе). Повезани учесници на тај начин покушавају да избегну обавезу подношења захтева за издавање одобрења за спровођење концентрације, јер сматрају да повезивање самог зависног члана групе и циљног друштва не представља концентрацију или да не испуњава услове у вези са тзв. финансијским праговима за пријаву концентрације. Могуће је и да прикривањем ко заиста стиче контролу над циљним друштвом покушавају да створе услове за што лакше одобрење пријављеног повезивања које не само што би могло угрозити конкуренцију, него би контролном члану групе омогућило тајну контролу над циљним друштвом.

Да би се спречило овакво изигравање Закона и избегавање дужности пријављивања концентрације, Закон о заштити конкуренције предвиђа да се повезани тржишни учесници сматрају једним учесником на тржишту (чл. 5. ст. 3). То значи да је довољно да се један од повезаних учесника уједини са другим учесником на тржишту, па да се сви повезани учесници посматрају као један (самосталан) ентитет.

У европској пракси такође је прихваћен став да се учесници на тржишту који припадају једној групацији сматрају једним учесником, па се на међусобне трансакције повезаних учесника на тржишту не примењује право конкуренције. Повезаност учесника на тржишту при томе се утврђује на основу могућности контроле једног или више учесника над другим учесницима на тржишту.⁹ Овакво

⁹ „Група привредних друштава која се налазе под заједничком контролом сматра се једним учесником на тржишту.“ - Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford/Portland 2007, 46. Опширније *ibid.*, 46-47; Richard Whish, *Competition Law*, Oxford University Press, New York 2009, 91-95; Ana Pošćić, „Pojam poduzetnika u

тумачење се првенствено односи на примену правила о рестриктивним споразумима, али се оно може применити и у контроли концентрација, јер као што повезани учесници могу међусобно да закључују уговоре који би иначе могли бити забрањени, тако могу и да реализују реорганизацију унутар групе које одговара неком од правних облика концентрација.

Такав закључак следи и из одредаба Уредбе ЕУ о концентрацијама које се односе на израчунавање укупног промета учесника у концентрацији, а према којим се мора утврдити и промет учесника на тржишту који су повезани са учесницима у концентрацији, с тим што се не узима у обзир промет остварен у међусобној размени повезаних учесника.¹⁰

Пошто се у раду говори о концентрацијама *привредних субјеката*, потребно је напоменути да се концентрацијама најчешће повезују привредна друштва, али и да учесници у концентрацији могу бити и други тржишни учесници. Контроли подлежу концентрације свих учесника на тржишту на које се у персоналном смислу могу применити прописи о концентрацијама. Због тога ће се у раду употребљавати термин *учесници на тржишту*, који ће се користити и као превод енглеског израза *undertakings*, којим се одређује персонални домен примене права конкуренције ЕУ. У домаћој теорији, као превод израза *undertakings*, прихваћен је термин „предузећа“, али се због потреба проучавања у раду он неће користити. Израз „предузећа“ није адекватан превод израза *undertakings*, јер се и израз *enterprise* преводи као предузеће. Затим, у упоредном праву, предузеће се третира економском категоријом, као привредна активност – предузетништво, и означава вршење одређене привредне делатности или имовинску целину друштва намењену за обављање привредне делатности, док се у нашем праву предузеће посматра као посебан субјект права, односно као

europskom pravu tržišnog natjecanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2008, Vol. 29, 934-936.

¹⁰ Вид. чл. 5. Уредбе ЕУ о концентрацијама.

привредно друштво, јавно предузеће или друго правно лице које обавља делатност ради стицања профита.¹¹

Персонална примена Закона о заштити конкуренције одређена је чл. 3, према којем се Закон примењује на „учеснике на тржишту“, односно на сва правна и физичка лица која непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествују у промету робе, односно услуга,¹² независно од њиховог правног статуса, облика својине или држављанства, односно државне припадности, и то на:

- 1) домаћа и страна привредна друштва и предузетнике;
- 2) државне органе, органе територијалне аутономије и локалне самоуправе;
- 3) друга физичка и правна лица и облике удруживања учесника на тржишту (синдикати, удружења, спортске организације, установе, задруге, носиоци права интелектуалне својине и др.);
- 4) јавна предузећа, привредна друштва, предузетнике и друге учеснике на тржишту, који обављају делатности од општег интереса, односно којима је актом надлежног државног органа додељен фискални монопол, осим уколико би примена овог закона спречила обављање тих делатности, односно обављање поверених послова.

Овакво одређење персоналне примене Закона одраз је тежње да се појам учесника на тржишту утврди у складу са појмом *undertakings* који се користи у пракси ЕУ и који се сматра једним од најважнијих појмова у праву конкуренције

¹¹ Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право* – Право привредних друштава Србије и ЕУ, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2005, 63-66; Златко Стефановић, *Статусно привредно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду/Службени гласник, Београд 2006, 79-81; Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, *EU Competition Law*, Faculty of Law (etc.), Belgrade – Niš 2008, 45.

¹² У овом раду се изразом „производи“ означавају резултати процеса производње, односно стварања вредности, и он се односи на добра и услуге, а не на робу и услуге о којима говори Закон. Правно значење израза „роба“ се, дакле, везује за израз „добра“, а робом се назива онај производ који је намењен размени на тржишту, будући да производи могу да буду намењени и сопственој потрошњи. Вид. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду – Издавачки центар, Београд 2008, 46.

ЕУ.¹³ Ипак, појам учесника на тржишту који се користи у Закону утврђен је уже него појам *undertakings*, јер се Закон примењује на „правна и физичка лица“, а под *учесником на тржишту* (у праву ЕУ) сматра се сваки ентитет који нуди производе на тржишту, без обзира на његов правни статус. Закон је при томе непрецизно одредио појам учесника на тржишту, јер је приликом набрајања, у *правна и физичка лица* уврстио и „државне органе, органе територијалне аутономије и локалне самоуправе“ који нису правна лица, и друге „облике удруживања“ који нису ни правна ни физичка лица.¹⁴

Појам учесника на тржишту који се примењује у ЕУ настао је и развијао се у судској пракси, будући да одредбе Римског уговора о заштити конкуренције нису дефинисале учесника на тржишту, иако се примена тих одредаба односила на „учеснике на тржишту“. Прописи о концентрацијама такође не одређују овај појам, па је у поступку контроле прихваћен појам који се користи у примени правила о рестриктивним споразумима.

Европски суд правде је у случају *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron* дефинисао учесника на тржишту као сваки ентитет који се бави привредном активношћу, без обзира на правни статус или начин финансирања (случај C-41/90, одлука Суда од 23. априла 1991. године, *European Court Reports-1991* (даље у тексту: *ECR*), I-01979, т. 21).¹⁵ Ова дефиниција се касније у пракси широко

¹³ Victoria Louri, „‘Undertaking’ as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules“, *Legal Issues of Economic Integration* 2/2002, Vol. 29, 143; André Decocq, Georges Decocq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Librairie Generalae de Droit et de Jurisprudence, Paris 2004, 45.

¹⁴ Вид. и Милош Андравић, Горана Кршикапа, „Шта је циљ? – Нови Закон о заштити конкуренције Републике Србије“, *Ревизија за европско право* 2-3/2010, 81.

¹⁵ Суд правде је у праву конкуренције ЕУ први пут дефинисао учесника на тржишту у случају *Mannesmann AG v. High Authority of the European Coal and Steel Community*, примењујући одредбе Уговора о оснивању заједнице за угљ и челик. Суд је и тада сматрао да је потребно истаћи „економски циљ“ привредног друштва, јер је то начин да се обухвате и организације које обављају нелукративну делатност у вршењу јавне службе. (Вид. Christian Gavalda, Gilbert Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, Paris 1999, 228). Због тога је учесник на тржишту одређен као јединствена организација персоналних, материјалних и нематеријалних елемената везаних за

тумачила како би се обухватио сваки скуп средстава за вршење привредне или комерцијалне делатности,¹⁶ тако да је она практично аналогна појму привредног оператора.¹⁷

Може се отуда закључити да је за одређење појма учесника на тржишту прихваћен функционални приступ, па се одређени ентитет може посматрати као учесник на тржишту ако обавља одређене функције, а када их не обавља неће се сматрати учесником на тржишту. Због тога се такав ентитет сматра тржишним учесником када врши комерцијалну делатност и на њега се тада може применити право конкуренције.¹⁸ То значи да је обављање привредне активности основни критеријум за одређење учесника на тржишту, па се учесником на тржишту сматра свако физичко и правно лице и сваки други ентитет који нуди производе (добра и услуге) на тржишту, односно који учествује у промету добара и услуга на тржишту.¹⁹

На основу богате праксе Комисије и судова могу се издвојити следећи правно-организациони облици учесника на тржишту: привредна друштва и њихова удружења (укључујући осигуравајућа друштва, банке и друге финансијске

аутономни правни субјект који трајно тежи одређеном економском циљу (случај 19/61, одлука Суда од 13. јула 1962. године, *ECR 1962*, 371).

¹⁶ Valentine Korah, *Cases and Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland 2006, 2.

¹⁷ Слободан Зечевић, *Право конкуренције Европске уније*, Факултет за интернационални менаџмент, Београд 1998, 51. Комисија је у случају *Polypropylene* на сличан начин одредила учесника на тржишту - као сваки ентитет који обавља комерцијалне активности (случај бр. IV/31.149, одлука Комисије од 23. априла 1986, *O.J.*, бр. L. 230/1986, т. 99).

¹⁸ R. Whish, 83-84. „Последица функционалног приступа је то да релевантно питање није ко је учесник на тржишту, него *има* је привредна активност.“- Okeoghene Odudu, „The Meaning of Undertaking within Article 81EC“, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies – Volume 7, 2004-2005* (eds. J. Bell, C. Kilpatrick), Hart Publishing, Oxford – Portland 2006, 213.

¹⁹ Суд правде је економску активност одредио као нуђење добара и услуга на тржишту (случај *Commission v. Italy*, бр. 118/85, одлука Суда од 16. јуна 1987. године, *ECR 1987-2599*, 2621, т. 7), а у теорији се као карактеристике привредне активности још издвајају и сношење економског или финансијског ризика пословања и могућност остваривања профита. Вид. O. Odudu, 214; A. Pošćić, 922; Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Texts, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York 2008, 128-129.

организације), задруге, јавна и државна предузећа, предузетници (укључујући агенте, адвокате, консултанте), проналазачи који су дали дозволу за коришћење патента, певачи (укључујући оперске певаче када уговоре певање преко телевизијске или радио мреже) и др. Учесником на тржишту се сматрају и сви други правни субјекти када повремено или једнократно врше привредну активност, односно када непосредно улазе у трговинске споразуме (синдикати, пословна удружења, спортске организације, установе, земље чланице и њени органи, органи регионалне и локалне власти и др.).²⁰

У праву Републике Србије, за одређење појма учесника на тржишту такође је усвојен критеријум обављања привредне делатности, па се Закон примењује на сва физичка и правна лица и све облике организовања који учествују у промету добара и услуга. То значи да се може сматрати да појам учесника на тржишту који постоји у праву Републике Србије одговара појму учесника на тржишту који се користи у праву конкуренције ЕУ.²¹

Ипак, потребно је нагласити да се појам учесника на тржишту односи на све области права конкуренције (рестриктивни споразуми, забрана злоупотребе доминантног положаја, контрола концентрација), тако да се мора водити рачуна о његовој специфичној примени у поступку контроле концентрација. Зато надлежно тело мора у сваком конкретном случају не само да утврди да ли се одређени правни субјекти могу сматрати „учесницима на тржишту“, односно да ли обављају привредну делатност, него и да ли они могу бити учесници у једној концентрацији, односно да ли се њихово повезивање може сматрати концентрацијом.²²

²⁰ Ирена Бановчанин, „Појам предузећа у праву конкуренције Европске уније“, *Европско законодавство* 7/2004, 92; Радован Д. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Центар за право Европске уније Правног факултета у Крагујевцу/Канцеларија Србије и Црне Горе за придруживање Европској унији, Крагујевац 2006, 447; Радован Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Удружење за европско право-Центар за право ЕУ, Крагујевац 2012, 281.

²¹ Исто и Радован Д. Вукадиновић, „Some Critical Remarks Concerning the Act on the Protection of Competition of the Republic of Serbia“, *Ревија за европско право* 1-3/2009, 72.

²² Физичко лице које стиче контролу над једним привредним друштвом сматра се учесником на тржишту ако поседује контролно учешће у неколико других учесника на тржишту. Вид. *Годишњи*

2.2. Начин реализовања концентрације

Друга карактеристика концентрација односи се на начин њиховог реализовања, будући да концентрације могу довести до настанка новог учесника или престанка постојања неког од учесника у концентрацији. Оне се отуда могу поделити према томе да ли утичу на промену статуса учесника у концентрацији тако што неки од њих, спајањем са другим учесником, губе правни субјективитет.

Уколико се концентрације односе на статусне промене у којима се спајају или припајају привредна друштва (фузије) и престају да постоје спојена или припојена друштва, тада се може говорити о повезивању учесника на тржишту на *статусној основи*, односно о спајањима. Уколико се повезивањем учесника на тржишту на други начин успоставља однос подређености и надређености, тада се може говорити о повезивању на *уговорној основи*, односно о преузимању контроле над другим учесником или учесницима у концентрацији. Приликом повезивања на уговорној основи, учесници на тржишту задржавају правни субјективитет и остају формално-правно самостални учесници на тржишту, иако су *de facto* подвргнути јединственој контроли. Заједничко улагање које подлеже контроли концентрација може се сврстати у повезивања на уговорној основи, будући да такво улагање не мења статус учесника на тржишту, већ их обједињује заједничким циљем и утиче само на њихову пословну независност.

2.3. Промена контроле над учесником у концентрацији

Трећа карактеристика концентрација одражава суштину концентрације, због чега се сматра њеном најзначајнијом карактеристиком. Могућност стицања контроле над другим учесником на тржишту након концентрације јесте

извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2008. годину, Београд, Комисија за заштиту конкуренције, 2009, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Izvestaj-KZK-2008.pdf>, 23. септембар 2011, 24. Физичко лице се сматра учесником у концентрацији ако обавља привредну делатност за свој рачун или ако већ контролише барем једног учесника на тржишту. Вид. т. 12. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

најважнији елемент концентрације, па 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.

У Преамбули Уредбе ЕУ о концентрацијама прописано је да се појам концентрација мора одредити тако да се појмом обухвате поступци 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 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. Због тога реорганизација у оквиру групе привредних друштава не представља концентрацију, а уколико се одређеним повезивањем мења квалитет контроле над једним од друштава, такво повезивање више нема унутрашњи карактер и сматра се концентрацијом.

Промена контроле над учесником на тржишту 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.²³

2.4. Трајање концентрације

Четврта карактеристика концентрација полази од претходне карактеристике и односи се на временски домашај концентрација. Наиме, концентрација настаје променом контроле над учесником на тржишту на *трајној*

²³ 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.

основи, што значи да су промене у власничкој структури учесника у концентрацији и у структури тржишта трајне промене. То не значи да су оне по природи неповратне и непроменљиве, или да морају трајати неодређено време или изузетно дуго.²⁴ Иако време трајања концентрације може бити унапред одређено, оне ипак нису привремене, јер ефекти насталих промена неће трајати само извесно време у будућности. Зато се из дефиниције концентрација изузимају одређене краткотрајне операције финансијских организација и осигуравајућих друштава које се односе на привремено стицање акција или удела.

Трајање концентрације јесте чињенично питање које зависи од свих околности конкретног случаја и од привредног сектора у ком се реализује концентрација, па се у сваком појединачном случају мора проценити временски домашај пријављене операције, будући да не постоје прецизни критеријуми о томе колико једна операција мора да траје да би се сматрала „трајном“ и да би представљала концентрацију.

Утврђивање трајања концентрације у појединим случајевима није потребно, пошто је очигледно да се ради о трајним променама контроле, јер стицање контроле у таквим случајевима није ограничено на одређени период (нпр. у случају спајања привредних друштава или преузимања акционарских друштава). Међутим, у другим случајевима, процена трајања одређеног пословног подухвата некада је неопходна да би се утврдило да ли тај подухват представља концентрацију. Таква процена је нарочито важна у случајевима заједничког улагања, пошто прописи изричито предвиђају да концентрацију представља оснивање новог учесника на тржишту који на *трајној (дугорочној) основи* обавља све функције самосталног учесника на тржишту.

На основу праксе Европске комисије може се закључити да је стицање контроле на период од годину дана недовољно да би се таква операција сматрала концентрацијом, а да се стицање контроле на пет или више година сматра трајном контролом. Сматра се да концентрацију не представља стицање акција на основу продајног или куповног опцијског уговора (*put and call options*) према којем опција важи до три године, јер је Комисија утврдила да период од три године није

²⁴ E. Navarro Varona *et al.*, 9.

довољан да би се сматрало да се таквим заједничким улагањем трајно мења власничка структура учесника на тржишту.²⁵ Међутим, концентрацију представља заједничко улагање код којег је прелазни период за основаног учесника на тржишту (*start-up period*) краћи од три године, пошто је Комисија заузела став да у том року заједничко друштво може постати економски независно и да се после истека прелазног периода трајно мења његова власничка структура.²⁶

Утврђивање трајања концентрације, односно утврђивање да ли једна операција трајно утиче на промену структуре тржишта, такође је важна код процене неколико сукцесивних операција, када се само прва операција сматра привременом.²⁷ Један од таквих случајева је удруживање више учесника на тржишту искључиво у циљу преузимања другог учесника и преузимања његове имовине на основу уговора о подели имовине преузетог учесника након концентрације. У првој операцији, један или више учесника на тржишту преузима циљно друштво, а у другој операцији се имовина преузетог друштва дели између више учесника на тржишту. Прва операција није концентрација зато што учесници у концентрацији заједнички поседују и контролишу стечену имовину само привремено, у једном одређеном временском периоду. Да би се сматрало да прва операција не представља концентрацију, већ само друга, мора отуда бити потпуно извесно да ће се друга операција спровести и да ће се спровести у кратком периоду после прве операције. Европска комисија сматра да се подела имовине преузетог циљног друштва мора извршити у року од годину дана од прве операције. Уколико је неизвесно да ли ће се и када ће се спровести друга операција или ако је извесно да ће се спровести након дужег периода после прве

²⁵ *Ibid.* Вид. и случајеве бр. IV/M.425 – *BS/BT* (одлука Комисије од 28.03.1994, т. 21), IV/M.604 – *Albacom* (одлука Комисије од 15.09.1995, т. 19) и IV/M.722 – *Teneo/Merrill Lynch/Bankers Trust* (одлука Комисије од 15.04.1996, т. 13-16).

²⁶ Вид. т. 97. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. случајеве бр. IV/M.686 – *Nokia/Autoliv* (одлука Комисије од 5.02.1996, т. 6), IV/M.560 – *EDS/Lufthansa* (одлука Комисије од 11.05.1995) и IV/M.904 – *RSB/TENEX/Fuel Logistic* (одлука Комисије од 2.04.1997).

²⁷ Вид. т. 30-35. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

операције, Европска комисија ће прву операцију сматрати посебном концентрацијом.²⁸

Други карактеристичан пример односи се на случајеве у којима стечена заједничка контрола после истека тзв. прелазног периода прелази у искључиву контролу једног тржишног учесника. Уколико је другом операцијом промена контроле извршена у року од годину дана након стицања заједничке контроле, сматраће се да прва операција није концентрација, јер је стицање заједничке контроле било привремено.

Трећи пример се односи на ситуације када привремени купац (најчешће банка) продаје купљеног учесника на тржишту крајњем купцу на основу споразума о будућој продаји купљеног учесника по којем је привремени купац купио циљно друштво у име крајњег купца да би му га после продао. Прва операција у том случају се сматра привременим стицањем контроле и не представља концентрацију, јер је извршена само да би се крајњем купцу олакшало стицање контроле над циљним друштвом. Зато се овакве операције изричито изузимају из дефиниције концентрација, јер су привремене.

2.5. Настанак новог учесника на тржишту

Пета карактеристика концентрација односи се на резултате концентрација и указује на то да се спровођењем концентрације ствара економско јединство (целина) свих учесника у концентрацији, јер њиховим повезивањем настаје нови, самосталан и јединствен привредни ентитет (*single entity*). Формира се заправо нови учесник на тржишту који се налази под заједничком контролом учесника у концентрацији.

Обједињени јединственим управљањем новим ентитетом, учесници у концентрацији се, у смислу прописа о заштити конкуренције, сматрају једним

²⁸ Вид. случајеве бр. COMP/M.3779 – *Pernod Ricard/Allied Domecq* (одлука Комисије од 24.06.2005) и бр. COMP/M.3813 – *Fortune Brands/Allied Domecq* (одлука Комисије од 10.06.2005), у којима је подела имовине преузетог друштва извршена у року од 6 шест месеци након преузимања циљног друштва.

тржишним учесником, јер је пословним спајањем два или више тржишних учесника створен један пословни ентитет. Управо због оваквог повезивања и настанка јединствене пословне целине учесника у концентрацији, концентрације се често поистовећују са фузијама, па се говори само о контроли спајања.

Концентрације морају дакле довести до појаве независног пословног ентитета на тржишту, па је у поступку контроле потребно утврдити аутономију новонасталог ентитета. Утврђивање аутономије нарочито је битна код оцене да ли заједничко улагање представља концентрацију, док је код осталих облика концентрација (спајања, преузимања контроле) аутономија створеног ентитета неспорна.

Повезивање учесника на тржишту путем концентрација одражава се на овај начин и на односе на тржишту, јер се обједињавањем тржишних учесника мења структура тржишта, а не само међусобни однос између учесника у концентрацији. Као последица промене контроле над једним или више учесника у концентрацији и стварања пословног јединства учесника у концентрацији, смањује се број тржишних учесника, односно конкурената на тржишту.

Уколико су концентрацијом спојена привредна друштва, смањен је број учесника на тржишту, јер су одређена друштва престала да постоје, а тиме је истовремено смањен број конкурената на тржишту. Уколико се спроводе остали облици концентрација, формално-правно се не умањује број субјеката на тржишту, јер концентрација не доводи до престанка правног субјективитета неког од учесника у концентрацији, али је *de facto* смањен број конкурената на тржишту, с обзиром на то да се учесници у концентрацији сматрају једним тржишним учесником. Дакле, иако број учесника на тржишту може остати исти, или чак увећан ако се заједничким улагањем оснује ново привредно друштво, конкурентски притисци на тржишту могу бити ослабљени, јер се повезивањем учесника у концентрацији ефективно умањује број конкурената на тржишту.

3. ТЕРМИНОЛОШКА РАЗГРАНИЧЕЊА

Употреба израза „концентрације“ у домаћем праву и литератури захтева одређена термилошка прецизирања, јер је концентрација појам који се у праву

(конкуренције) Републике Србије почео употребљавати тек након доношења Закона о заштити конкуренције из 2005. године. Овакво прецизирање неопходно је и с обзиром на терминолошке дилеме у вези са изразима који се за означавање концентрација користе у праву ЕУ.

У праву Републике Србије, употребљава се израз „концентрације“, мада се његовој употреби упућују критике да се ради о страном изразу.²⁹ Уместо овог израза могли би се користити изрази „груписања“, „повезивања“, „интеграције“, или „спајања“, али они не одражавају суштину пословних операција које су предмет контроле концентрација, нити се њима прецизно одређују капиталне трансакције које подлежу контроли. Спајања се односе само на статусне промене спајања, па се на тај начин не обухватају преузимања контроле и заједничка улагања, а употребом осталих израза предметне трансакције би биле прешироко одређене, јер се обухватају и она повезивања (груписања, интеграције) учесника на тржишту која не подлежу контроли концентрација, већ контроли према правилима о рестриктивним споразумима.³⁰ Због тога се наведени изрази могу употребљавати повремено, да би се нагласили поједини аспекти концентрације.

Коришћење израза „концентрације“ може се оправдати и изградњом нове стручне терминологије која се одвија под утицајем права ЕУ у оквиру процеса усклађивања права Републике Србије и права ЕУ.³¹ Осим тога, концентрације се односе на укрупњавање учесника на тржишту и на повећање степена груписања учесника које може нарушити конкуренцију, па је коришћење овог израза у складу са основним значењима речи концентрација, као што су скупљање,

²⁹ Вид. Небојша Јовановић, Дијана Марковић-Бајаловић, „Осврт на Закон о заштити конкуренције“, *Право и привреда* 9-12/2005, 18; Радован Д. Вукадиновић, *Закон о заштити конкуренције* (Предговор), Службени гласник, Београд 2006, 16. У академским радовима се све чешће употребљава и израз *мерџери*, што представља неадекватну употребу транскрибованог енглеског израза *mergers*.

³⁰ „[...] појам концентрације боље одражава суштину процеса који је предмет регулисања антимонополског права – стварање чвршћих веза међу предузећима, настајања једне економске целине, једног тржишног субјекта.“- Дијана Марковић-Бајаловић, *Тржишна моћ предузећа и антимонополско право*, Службени лист СРЈ, Београд 2000, 252 фн. 47.

³¹ Р. Д. Вукадиновић (2006б), 16.

збијање, сабирање, прикупљање или нагомилавање.³² Зато се може закључити да је употреба израза „концентрације“ у нашем праву адекватна и да је он примерен назив и за означавање предмета проучавања овог рада.

У праву ЕУ, равноправно се користе енглески изрази *mergers* и *concentrations*, иако се само изразом *concentrations* обухватају све операције које подлежу контроли концентрација. У академским радовима су прихваћена оба термина, па је зато уобичајено да се уместо о „контроли концентрација“ (*control of concentrations*) говори о „контроли спајања“ (*merger control*).³³ Овакво одређење, међутим, захтева прецизирање зато што се термин *mergers* користи у компанијском праву за означавање спајања привредних друштава (фузије), тако да се његово значење у праву конкуренције мора шире тумачити како би се обухватиле и друге операције које подлежу контроли, а не само спајања. Зато се у литератури често говори истовремено о спајањима и припајањима, односно преузимањима (*mergers and acquisitions*), или се наглашава да су изразом спајања (*mergers*) обухваћена и припајања (*acquisitions*),³⁴ иако и оваква одређења нису довољно широка, јер се не односе на заједничка улагања која подлежу контроли концентрација.

4. ВРСТЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА

Подела концентрације на хоризонталне, вертикалне и конгломератске концентрације сматра се уобичајеном поделом концентрација, будући да је наведена класификација општеприхваћена у академским радовима и пракси. Класификација се врши према степену конкурентског односа који постоји између учесника у концентрацији, због чега је она изузетно важна за оцену допуштености концентрација и утврђивање штетних ефеката које концентрације могу имати на

³² Вид. Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд 1966, 471; Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2006, 656.

³³ У америчком праву се употребљава израз *merger control*, а у француском праву израз *contrôle des concentrations (entre entreprises)*.

³⁴ Вид. Dennis W. Carlton, Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Pearson/Addison Wesley, Boston – San Francisco 2005, 20.

конкуренцију, иако прописи о заштити конкуренције не праве изричито разлику између врста концентрација.

Финансијски прагови за пријаву концентрација исти су за све концентрације, а тест за процену допуштености концентрација (*substantive test*) једнако се примењује на све врсте концентрација. Ипак, поједини критеријуми за оцену концентрација разликују се у зависности од врсте концентрација, па се тако утврђују посебна правила (смернице) за оцену хоризонталних и нехоризонталних (вертикалних и конгломератских) концентрација. Поред тога, важно је разликовати концентрације и приликом утврђивања релевантног тржишта, као и због економске ефикасности коју концентрације на различите начине увећавају.

На хоризонталне концентрације се примењују строжи критеријуми од критеријума који се примењују на нехоризонталне концентрације, јер су оне најзначајнији узрок стварања неконкурентних тржишних структура и могу имати знатно теже последице по конкуренцију од нехоризонталних концентрација. Иако све врсте концентрација могу утицати на настајање неконкурентних тржишних структура, разликују се начини на који такве структуре настају, у зависности од тога која врста концентрација се спроводи. Хоризонталне концентрације непосредно утичу на стварање неконкурентних тржишних структура, директним умањивањем конкуренције на тржишту (смањивањем броја конкурената), а вертикалне и конгломератске концентрације могу посредно да утичу на конкуренцију, првенствено успостављањем баријера уласку новим конкурентима, односно контролом процеса уласка на тржиште.³⁵ Због тога се вертикалне и конгломератске концентрације често сврставају у једну групу, тзв. нехоризонталне концентрације, будући да на другачији начин могу угрозити конкуренцију на тржишту од хоризонталних концентрација.

У поступку контроле, међутим, све концентрације подлежу јединственој процени – свака концентрација се анализира појединачно, од случаја до случаја

³⁵ Борис Беговић *et al.*, *Антимонополска политика у СР Југославији* – Анализа постојећих тржишних структура и антимонополских институција, Центар за либерално демократске студије, Београд 2002, 126. Слично и Donald F. Turner, „Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act“, *Harvard Law Review* 7/1965, Vol. 78, 1320.

(*case by case*), узимајући у обзир све специфичности конкретног случаја и све могуће ефекте које пријављена концентрација може да има. Ипак, узимајући у обзир разлике у погледу концентрација, приликом испитивања концентрација, могу се применити посебна правила, односно различити критеријуми за оцену хоризонталних и нехоризонталних концентрација, а надлежно тело за заштиту конкуренције мора у сваком конкретном случају да докаже штетне ефекте концентрације по конкуренцију. Терет доказивања је на телу надлежном за заштиту конкуренције, будући да се полази од претпоставке да су све концентрације дозвољене и да имају повољно дејство на конкуренцију, осим оних за које се докаже да значајно нарушавају конкуренцију на релевантном тржишту, па се због тога морају забранити.

4.1. Хоризонталне концентрације

Хоризонталним концентрацијама се повезују директни (стварни или потенцијални) конкуренти на тржишту, односно учесници на тржишту који нуде исте или заменљиве производе на одређеном географском подручју.³⁶ Реч је о концентрацијама између конкурената, који послују на истом нивоу ланца производње или промета, тако да се повезивањем ових учесника уклањају конкурентски притисци и непосредно утиче на тржишну структуру – смањује се број субјеката на тржишту, а повећава тржишни удео учесника у концентрацији.

Учесници у хоризонталној концентрацији конкуришу један другом у погледу производа које производе или продају, јер се ради о тржишним

³⁶ Стварни (постојећи) конкуренти на тржишту (*actual competitor*) јесу учесници на тржишту који већ послују на неком релевантном тржишту или који су способни да у релативно кратком времену и без већих трошкова и ризика почну да производе и продају одговарајуће производе уколико дође до малог, али сталног повећања цена (тзв. *immediate supply-side substitutability*). Потенцијални (могући) конкуренти (*potential competitor*) јесу учесници на тржишту за које се може доказати да, као одговор на мало, али стално повећање цена, желе и могу додатно инвестирати капитал или сносити додатне трошкове неопходне за приступ релевантном тржишту (Mladen Cerovac, *Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja*, 2010, <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 2. март 2013, 118. и 159).

учесницима који нуде идентичне производе или производе који за купце представљају блиске супституте, јер на сличан начин задовољавају њихове исте потребе (нпр. два или више произвођача ципела или произвођача спортске опреме, два дистрибутера или два трговинска ланца). Дакле, учесници у хоризонталној концентрацији припадају истом релевантном тржишту, пошто се баве производњом или продајом производа који представљају блиске супституте, тј. производа које потрошачи сматрају заменљивим у погледу њиховог својства, уобичајене намене и цене.³⁷

Пошто у хоризонталној концентрацији учествују учесници на тржишту који послују у истој грани делатности, који на тај начин јачају свој положај на тржишту, последица оваквог повезивања је, по правилу, уклањање узајамне конкуренције на тржишту. Слабљењем конкурентских притисака између учесника у концентрацији стварају се услови за формирање неконкурентне тржишне структуре, попут стварања или јачања доминантног положаја или чак успостављања монопола. Због директног умањења броја конкурената на тржишту, постоји, дакле, опасност да конкуренција буде значајно угрожена, па се хоризонталне концентрације сматрају највећом потенцијалном претњом за конкуренцију.

4.2. Вертикалне концентрације

Вертикалне концентрације се реализују између учесника на тржишту који послују на различитим нивоима истог производног ланца, па је овде реч о повезивању учесника на тржишту унутар различитих, сукцесивних фаза пословне активности у једном вертикалном ланцу. Учесници у вертикалној концентрацији јесу субјекти који не послују у истој грани делатности и који нису директни конкуренти, јер послују на различитим тржиштима и имају различите положаје у

³⁷ Два производа се сматрају супститутима ако повећање потрошње једног производа доводи до смањења потрошње другог производа, због чега повећање цене првог производа (услед смањења тражње за њим) доводи до повећања тражње за другим производом. Вид. Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 95-98. и 114-115.

ланцу производње, тако да је циљ ове врсте концентрација обезбеђење непрекидности тог ланца. Вертикалним концентрацијама повезују се учесници на тржишту који се налазе у односу продавац–купац: један од њих је произвођач, односно добављач, а други је купац одређеног производа.

Спровођењем вертикалних концентрација, учесници на тржишту проширују делатност свог пословања на сукцесивно повезане фазе у производњи, а у зависности од тога да ли се ради о укључивању у активности које претходе или следе у ланцу производње, могу се разликовати тзв. концентрације узводно и концентрације низводно.

Уколико се стизалац контроле укључује у активности које претходе његовој делатности и повезује се са учесником на тржишту који се у ланцу производње налази узводно, тј. даље од крајњег потрошача, такво повезивање се описује као концентрација узводно (*upstream*) или као концентрација уназад (*backward*). Зато се и тржиште на којем послује циљно друштво тада назива узводно тржиште (*upstream market*). Циљно друштво се у том случају посматра као тржишни учесник (произвођач или добављач) од којег се купују производи ниже фазе обраде (сировине, полупроизводи, енергија, делови, опрема и др.), као и финални производи (нпр. производи који су приватна робна марка неког трговинског ланца).

Када се стизалац контроле укључује у активности које следе његовој делатности и повезује са учесником на тржишту који се у ланцу производње налази низводно, тј. ближе крајњем потрошачу, таква концентрација се сматра концентрацијом низводно (*downstream*) или концентрацијом унапред (*forward*). Тржиште на којем послује циљно друштво у овом случају због тога се назива низводно тржиште (*downstream market*). Циљно друштво је тада у положају тржишног учесника од којег се купују производи више фазе обраде или које пружа услуге транспорта, одржавања, дистрибуције (продаје), маркетинга и сл.³⁸

³⁸ Оваква подела је релативна и условна, јер се о њој може говорити ако се може јасно утврдити који учесници у концентрацији се сматрају стизаоцима контроле над другим учесницима у концентрацији, будући да се проширивање делатности може посматрати и у другом смеру, од циљног друштва ка стизаоцу контроле.

Реализовањем вертикалних концентрација, учесници на тржишту стичу могућност да контролишу најважније фазе процеса производње и дистрибуције производа, а контролом добављача и контролом инпута могли би да онемогуће улазак нових учесника на тржиште, који би им били конкуренти. На тај начин конкуренција може бити нарушена, иако вертикалне концентрације не врше директан утицај на тржишну структуру. Највећа претња вертикалних концентрација за конкуренцију јесте опасност од затварања тржишта услед искључења потенцијалних конкурената, односно онемогућавања приступа тржишту новим конкурентима (енг. *foreclosure*). Контролом снабдевања и контролом канала продаје, односно дистрибуције, учесници у вертикалној концентрацији могу онемогућити или отежати улазак на тржиште новим конкурентима, због чега је неопходно контролисати вертикалне концентрације.

Ипак, због начина на који утичу на конкуренцију и због тога што увећавају економску ефикасност, на вертикалне концентрације се у поступку контроле примењују блажи критеријуми него на хоризонталне концентрације. Постоје чак поједина мишљења, која изражавају припадници Чикашке школе (*Chicago School*), да вертикалне и конгломератске концентрације не могу угрозити конкуренцију и да их због тога не треба забрањивати, посебно зато што значајно увећавају економску ефикасност.³⁹

Према овим мишљењима, вертикалне концентрације су средство за стварање ефикасности, а не за нарушавање конкуренције,⁴⁰ због чега им се не треба противити, а евентуално би се на вертикалне концентрације могли применити одговарајући стандарди који важе за хоризонталне концентрације.⁴¹ Међутим, оваква мишљења се не могу прихватити, јер је контрола вертикалних концентрација ипак потребна због њихових потенцијалних негативних ефеката на конкуренцију. Поред тога, примена истих критеријума на све (хоризонталне и нехоризонталне) концентрације не била увек примерена, јер би се тада на

³⁹ Вид. Simon Bishop *et al.*, *The Efficiency-Enhancing Effects of Non-Horizontal Mergers – A Report by RBB Economics*, 2005, http://www.edis.sk/ekes/non_horizontal_mergers.pdf, 19. март 2013, 14-15.

⁴⁰ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Free Press, New York 1993, 226.

⁴¹ *Ibid.*, 231, 238. и 245.

вертикалне и конгломератске концентрације применили строжи критеријуми који су погодни само за хоризонталне концентрације.⁴² Иако све концентрације подлежу јединственој контроли и на њих се примењује исти тест за оцену допуштености, приликом оцене ефеката концентрација понекад би требало применити различите критеријуме, односно посебна правила, јер се разликују и механизми којима различите врсте концентрација утичу на стварање неконкурентних тржишних структура и тиме на конкуренцију.

4.3. Конгломератске концентрације

Конгломератске концентрације се у литератури дефинишу негативно – као концентрације које нису ни хоризонталне ни вертикалне, пошто су учесници у конгломератској концентрацији учесници на тржишту који послују на различитим, међусобно неповезаним тржиштима, између којих нема хоризонталног или вертикалног преклапања. Конгломератску концентрацију зато представља свака концентрација која није хоризонтална или вертикална концентрација.

Учесници у конгломератској концентрацији, дакле, нису конкуренти и не налазе се у односу купац-продавац, већ су учесници на тржишту који послују у различитим привредним гранама.⁴³ Реализовањем конгломератских концентрација повезују се тржишни учесници са потпуно различитим предметом пословања, који на тај начин стварају неку врсту „пословне империје“ и својеврсно интерно тржиште капитала.⁴⁴

Мотив ове врсте концентрација, најчешће, јесте смањење ризика пословања,⁴⁵ који се постиже диверзификацијом пословне активности, којом се

⁴² Исто и Б. Беговић *et al.* (2002), 126-127; D. F. Turner, 1320-1322.

⁴³ Конгломерат се одређује као облик концентрације разноврсне производње и капитала, чији учесници се баве релативно великим бројем различитих делатности, које су веома често потпуно неповезане, односно који се баве бројним делатностима на различитим тржиштима. Вид. М. Сеговач (2010), 77.

⁴⁴ Милутин Ћировић, *Фузије и аквизиције*, Прометеј, Нови Сад 2004, 35.

⁴⁵ Р. Д. Вукадиновић (2006а), 499.

проширују делатности учесника у концентрацији растом изван њихових постојећих основних делатности – ширењем производног портфеља. То значи да се учесници конгломерата руководе следећим оперативним циљевима: проширивањем лепезе производа које нуде, односно проширивањем тржишта или неким другим циљевима уколико учесници нису ни на који начин повезани у процесу производње или дистрибуције.

Подела конгломератских концентрација може се извршити према односу који постоји између производа који нуде учесници у концентрацији – на концентрације чији учесници нуде комплементарне производе (*complementary product mergers*), на концентрације чији учесници послују на тзв. суседним тржиштима (*neighboring products mergers*) и на концентрације чији учесници нуде неповезане производе, односно послују на потпуно неповезаним тржиштима – чисти конгломерати (*unrelated product mergers, pure conglomerate mergers*).⁴⁶

Прва врста концентрација односи се на произвођаче, односно добављаче комплементарних производа, тј. производа који су из перспективе потрошача комплементарни, с обзиром на то да их користе заједно, као целину. Потрошачи их купују као појединачне производе, али их троше као јединствен производ, па повећање потрошње једног производа доводи до повећања потрошње другог производа (нпр. скије и везови). Два производа се иначе сматрају комплементарним када повећање цена једног производа доводи до пада тражње другог производа због смањења тражње за првим производом.⁴⁷

Концентрације чији учесници послују на тзв. суседним тржиштима односе се на учеснике на тржишту који нуде производе које купују исте групе купаца, односно потрошача. Производни асортиман који чине ови производи пружа купцима одређене предности, тако да ниво тражње за производима који нуде учесници у концентрацији зависи од ширине њиховог производног асортимана.

⁴⁶ Вид. Jeffrey Church, „Conglomerate Mergers“, *Issues in Competition Law and Policy – Vol. 2* (eds. W. D. Collins *et al.*), ABA Section of Antitrust Law, Chicago 2008, 1506. Слично и S. Bishop *et al.*, 5.

⁴⁷ Више Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 95-98. и 114-115; J. Church (2008), 1506; S. Bishop *et al.*, 5.

Ови производи су независни једни од других или су слаби супститути, али деле исте маркетиншке, односно дистрибутивне канале.

Учесници у наведеним концентрацијама проширују асортиман производа повезивањем са тржишним учесницима који не послују на истом тржишту, али су функционално повезани у процесу производње или дистрибуције. Ови учесници нису директни конкуренти на тржишту, али користе исте канале маркетинга, односно дистрибуције, тако да свом постојећем производном портфељу додају комплементарне производе или слабе супституте и приступају новим тржиштима, повезивањем са учесницима који те производе већ производе. На тај начин се олакшавају производња, истраживање и развој, рекламирање, продаја, односно дистрибуција, с обзиром на то да се врше на сличан начин.

Чисти конгломерати се односе на учеснике на тржишту који нису повезани ни на који начин у процесу производње или дистрибуције, односно ни на страни понуде ни на страни тражње и између њих нема хоризонталног и вертикалног преклапања. Они не послују ни на суседним тржиштима, а нуде производе који нису ни супститути ни комплементарни производи. Дакле, њихово пословање није повезано ни на који начин.⁴⁸

Иако конгломератске концентрације имају бројне предности (смањење ризика пословања, олакшан приступ изворима финансирања, производна ефикасност), оне се данас веома ретко спроводе, будући да учесници на тржишту сматрају да им је профитабилније да се специјализују за мали број делатности или да се одреде за основну делатност.⁴⁹ Биле су карактеристичне за САД у периоду од 1965. до 1969. године, када су доживеле свој врхунац.⁵⁰

У теорији постоји сагласност да конгломератске концентрације представљају најмању опасност за конкуренцију, посебно чисте конгломератске концентрације, јер учесници у конгломератским концентрацијама нису стварни или потенцијални конкуренти. Због тога се конгломератске концентрације

⁴⁸ Вид. J. Church (20086), 1506; S. Bishop *et al.*, 5.

⁴⁹ Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, New York 2007, 272.

⁵⁰ Вид. Патрик А. Гоган, *Интеграције, аквизиције и реструктурирање корпорација*, Прометеј, Нови Сад 2004, 62-73.

разликују од хоризонталних, јер се њиховим спровођењем не уклањају (директни) конкурентски притисци између учесника у концентрацији, а угрожавање конкуренције може бити резултат спровођења концентрација само у одређеним ситуацијама.

Негативан утицај на конкуренцију врши се затварањем тржишта и истискивањем конкурената, тако што учесници у концентрацији проширују доминантан положај и преносе тржишну моћ са једног тржишта на друго тржиште (енг. *leverage, leveraging of market power*), најчешће на штету конкурената. Поред тога, учесници у концентрацији стичу могућност да се стратешки понашају и да тиме нанесу штету конкурентима, као и да преузимањем потенцијалног конкурента сачувају своју тржишну моћ.⁵¹ Ипак, највећи проблем представљају ситуације у којима би учесници на тржишту преношењем тржишне моћи могли да наруше конкуренцију везаном трговином (*tying*), тзв. продајом производа у пакету (*bundling*) или искључивањем конкурената из тржишне утакмице на други начин (ексклузивна злоупотреба доминантног положаја), иако везана трговина и везивање производа углавном представљају уобичајену пословну праксу која потрошачима пружа погодности и доприноси увећању ефикасности, конкуренцији на тржишту, и тиме увећању друштвеног благостања. Реч је о ситуацијама које се односе на разне облике условљене или везане продаје (*tie-in sales, contingent sales*), када се продаја једног производа (са тржишта на којем учесник у концентрацији има тржишну моћ) условљава куповином другог производа са другог тржишта.⁵²

Везивање и груписање производа јесте легитимно понашање учесника на тржишту које углавном не угрожава конкуренцију и којем они прибегавају када желе да смање трошкове и понуде квалитетније и јефтиније производе или да стекну већи углед на тржишту, што привлачи потрошаче, односно купце, јер им пружа бројне користи, будући да производе могу да купе на једном месту уколико то желе или да их купе по нижој цени него када би их куповали одвојено. На

⁵¹ G. Monti (2007a), 272.

⁵² Вид. J. Church (2008б), 1517; Massimo Motta, *Competition policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York 2009 (12. поновљено издање), 460.

тржишту се тако продају различити производи: авиокомпаније истовремено превозе путнике и њихов пртљаг; апартмани се продају са апаратима, односно уређајима и поштанским сандучићима који су укључени у собама; цигарете се продају са филтером и дуваном заједно; енциклопедије се продају као комплет свих делова који чине енциклопедију; приликом пружања стоматолошких услуга врши се и анестезија и поправља зуб; новине се продају заједно са спортским или модним додатком, без могућности да се они купе одвојено од осталих делова; у угоститељским објектима се вода и хлеб често служе аутоматски, без обзира на то шта је гост наручио; обућа се продаје у пару, тј. лева и десна ципела се не продају одвојено, а пертле су такође укључене; на тржишту се продају рачунари и други технички уређаји, а не њихови појединачни делови и др.⁵³

Ипак, наведена пракса може нарушити конкуренцију уколико би учесници у концентрацији везаном трговином и груписањем производа злоупотребили свој доминантан положај и тиме нарушили конкуренцију. Везана трговина и груписање производа ће се сматрати опасним за конкуренцију под условом да их учесници у концентрацији стратешки користе да би пренели тржишну моћ на суседна тржишта, односно ако таквом праксом могу искључити конкуренте и оштетити крајње потрошаче, а сматраће се пожељним уколико увећавају економску ефикасност.⁵⁴

Конгломератске концентрације се зато морају контролисати, мада су у теорији изражена и мишљења да би конгломератске концентрације (као и вертикалне) требало увек одобравати,⁵⁵ посебно имајући у виду њихов значајан допринос увећавању економске ефикасности. Будући да конгломератске концентрације ретко када могу угрозити конкуренцију, надлежна тела су у већој опасности да дају лажно позитивни налаз (тзв. грешка типа I), па уколико се доноси одлука о забрани ове врсте концентрације, докази о угрожавању

⁵³ David S. Evans, Michael Salinger, „Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law“, *Yale Journal on Regulation* 1/2005, Vol. 22, 40-41; M. Motta, 460.

⁵⁴ Roger J. Van den Bergh, Peter D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet and Maxwell, London 2006, 265.

⁵⁵ Вид. S. Bishop *et al.*, 14-15; R. H. Bork, 246-262.

конкуренције морају бити нарочито снажни.⁵⁶ На том становишту је и Европски суд правде који прави разлику у погледу утврђивања негативних ефеката различитих врста концентрација и сматра да су докази о искључењу конкурената („преношењу тржишне моћи“) у случају конгломератских концентрација „нарочито важни“.⁵⁷

5. ИЗВОРИ ПРАВА

5.1. Извори права у Републици Србији

Контрола концентрација је релативно нова област права конкуренције у Републици Србији, будући да је контрола уведена Законом о заштити конкуренције из 2005. године. Овим законом први пут је свеобухватно уређена област заштите конкуренције на тржишту, пошто претходни, тадашњи савезни Антимонополски закон (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96), није предвиђао (обавезну) контролу концентрација, а нису били одређени ни јасни критеријуми за утврђивање рестриктивних споразума и злоупотребу доминанантог положаја. Недоречена и непотпуна решења Антимонополског закона нису могла да обезбеде ефикасну заштиту конкуренције на тржишту, тако да је 2005. усвојен Закон о заштити конкуренције, први републички пропис који је материју заштите конкуренције у потпуности уредио по угледу на право конкуренције ЕУ.

Међутим, Закон из 2005. године имао је бројне недостатке, од којих се као најзначајнији за контролу концентрација издвајају ниски прагови за пријаву концентрација, кратки рокови за пријаву концентрације, непостојање мера деконцентрације и немогућност Комисије за заштиту конкуренције да изриче санкције. Због тога је 2009. године усвојен нови Закон о заштити конкуренције,

⁵⁶ Грешка типа I (*type I error* – лажно позитиван налаз) настаје уколико надлежно тело забрани концентрацију која би требало да буде дозвољена, а грешка типа II (*type II error* – лажно негативни налаз) настаје када се одобри концентрација коју би требало забранити.

⁵⁷ Carles Esteve Mosso, „Non-Horizontal Mergers: A European Perspective“, *Fordham International Law Journal* 5/2008, Vol. 31, 1446.

којим су ови недостаци делимично отклоњени. Закон из 2009. године измењен је у 2013. години и најважније измене се односе на одредбе о поступку заштите конкуренције (укључујући судски поступак) и на правила о застарелости. Важна измена се тиче и дефиниције доминантног положаја, а у погледу контроле концентрација измењене су поједине одредбе које регулишу сам поступак контроле и извршено је прецизирање да се под концентрацијом сматра и стицање контроле над делом, односно деловима других учесника на тржишту, који могу представљати самосталну пословну целину.

Поред Закона о заштити конкуренције, који представља основни извор права, у поступку контроле концентрација примењују се и други закони и одређени подзаконски акти. Једна група извора су извори компанијског права и обухватају нпр. Закон о привредним друштвима и Закон о преузимању акционарских друштава (Сл. гл. РС, бр. 46/2006, 107/2009, 99/2011), којима се уређују питања у вези са облицима концентрација, повезаним учесницима на тржишту, обавезом пријаве концентрације и др.

Друга група извора се односи на посебне законе који се, поред Закона о заштити конкуренције, примењују у појединим секторима које регулишу, а посебним одредбама уређују конкуренцију, односно повезивање учесника у тим секторима. То су следећи закони:

- Закон о банкама (Сл. гл. РС, бр. 107/2005, 91/2010),⁵⁸
- Закон о осигурању (Сл. гл. РС, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 101/2007, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013),⁵⁹

⁵⁸ Према Закону о банкама, банци је забрањено да спроводи концентрацију којом се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција, и то нарочито да је спроводи стварањем, односно јачањем доминантног положаја на финансијском тржишту. Народна банка Србије даје сагласност на концентрацију коју банка спроводи на финансијском тржишту. Ниједно лице не може без претходне сагласности Народне банке Србије стећи директно или индиректно власништво у банци које му омогућава од 5% до 20%, више од 20% до 33%, више од 33% до 50% и више од 50% гласачких права. Вид. чл. 94. Закона о банкама.

⁵⁹ Закон о осигурању предвиђа да је за стицање акција друштва за осигурање на основу којих једно лице посредно или непосредно стиче квалификовано учешће (више од 10% учешћа у капиталу или учешћа у праву гласа) у друштву за осигурање потребна сагласност Народне банке Србије. Лице

- Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима (Сл. гл. РС, бр. 85/2005, 31/2011),⁶⁰
- Закон о инвестиционим фондовима (Сл. гл. РС, бр. 46/2006, 51/2009, 31/2011),⁶¹
- Закон о радиодифузији (Сл. гл. РС, бр. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 62/2006, 85/2006, 86/2006, 41/2009),⁶²
- Закон о електронским комуникацијама (Сл. гл. РС, бр. 44/2010),⁶³ и
- Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (Сл. гл. РС, бр. 88/2011).⁶⁴

Трећа група извора се односи на прописе који се примењују у управном поступку и у управним споровима, па тако Комисија за заштиту конкуренције, у поступку контроле, примењује одредбе Закона о општем управном поступку,⁶⁵ а

које је добило ову сагласност дужно је да прибави сагласност Народне банке Србије за свако даље стицање акција друштва за осигурање, у случају кад новим стицањем прелази износ од 20%, 33%, 50% и 66% учешћа у капиталу другог лица или учешћа у праву гласа другог лица (чл. 32, у вези са чл. 30. Закона о осигурању).

⁶⁰ За посредно или непосредно стицање квалификованог учешћа у друштву за управљање добровољним пензијским фондом, као и за свако даље стицање акција друштва за управљање којим се прелази износ од 20%, 33%, односно 50% акција са правом гласа или учешћа у капиталу друштва за управљање, потребна је сагласност Народне банке Србије. Вид. чл. 14, у вези са чл. 3, ст. 1, т. 11(б) Закона о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима.

⁶¹ За стицање квалификованог учешћа у друштву за управљање инвестиционим фондом, потребна је претходна сагласност Комисије за хартије од вредности. Вид. чл. 11. Закона о инвестиционим фондовима.

⁶² Закон о радиодифузији се примењује у сектору медија и уређује услове под којим се могу забранити концентрације медија (недозвољене медијске концентрације).

⁶³ Закон о електронским комуникацијама предвиђа да је за одређене активности на тржишту телекомуникација потребна сагласност Републичке агенције за електронске комуникације (РАТЕЛ), као регулаторног тела.

⁶⁴ Закон регулише која се права која произлазе из јавно-приватног партнерства и концесија могу пренети само уз претходну сагласност јавног партнера.

⁶⁵ Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/1997, 31/2001, *Сл. гл. РС*, бр. 30/2010, даље у тексту: ЗУП).

судови у поступку контроле решења Комисије примењују Закон о управним споровима, чијих правила мора да се придржава и Комисија.⁶⁶

Последња група прописа се односи на подзаконске акте који детаљније уређују одређена питања у поступку контроле и омогућавају примену Закона о заштити конкуренције. То су Уредба о садржини и начину подношења пријаве концентрације (Сл. гл. РС бр. 89/2009), која уређује садржину и начин подношења пријаве концентрације; Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта (Сл. гл. РС бр. 89/2009), којом се ближе прописују критеријуми за утврђивање релевантног тржишта; и Уредба о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, којом се ближе прописују критеријуми за одређивање висине новчане казне и услови за одређивање наведених мера (Сл. гл. РС, бр. 50/2010, даље у тексту: Уредба о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала). Комисија је донела и посебне смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала.⁶⁷

5.2. Извори права у ЕУ

Правила о заштити конкуренције представљају важан део права ЕУ и једну од најстаријих правних тековина ЕУ, будући да је политика заштите конкуренције утврђена Римским уговором, у чл. 85. и 86, који регулишу рестриктивне

⁶⁶ Закон о управним споровима (Сл. гл. РС, бр. 111/2009, даље у тексту: ЗУС).

⁶⁷ Смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/NOVE-SMERNICE-MAJ-2011.pdf>, 11. јануар 2014 (даље у тексту: Смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала).

споразуме и злоупотребу доминантног положаја.⁶⁸ Римски уговор није садржао одредбе о контроли концентрација, тако да је област права конкуренције ЕУ проширена тек 1989. године, када је усвојена прва Уредба ЕУ о концентрацијама. Правила о концентрацијама свесно су изостављена из Римског уговора из два разлога: због тржишне интеграције и конкурентности европских привредних друштава на светском тржишту. Прекограничне концентрације су омогућавале превазилажење националних баријера, тако да су се концентрације сматрале једним од основних инструмената за успостављање јединственог тржишта ЕУ. Право ЕУ је истовремено фаворизовало концентрације као облик слободе удруживања учесника на тржишту, али и као начин јачања конкурентности европских друштава у односу на ваневропска друштва на светском тржишту, посебно на велике америчке компаније.⁶⁹

Рад на доношењу Уредбе из 1989. године започет је 1973. године, када је припремљен први предлог посебне уредбе која би се искључиво бавила питањима концентрација учесника на тржишту на јединственом тржишту ЕУ и њихове контроле. Припремање текста уредбе која је требало да буде усвојена трајала је шеснаест година, и 1989. године усвојен је текст Уредбе, после дугих преговора и компромиса који је постигнут између земаља чланица. Вишегодишњи рад на доношењу Уредбе пратили су бројни проблеми због супротстављених ставова појединих земаља чланица о одређеним питањима у вези са контролом, тако да је

⁶⁸ Уговором из Амстердама (Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts, *O.J.*, бр. С. 340/1997) извршена је пренумерација чланова Римског уговора, тако да су чланови 85. и 86. постали чл. 81. и 82. Уговора о оснивању Европске заједнице. Наредна пренумерација извршена је Уговором из Лисабона (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *O.J.*, бр. С. 306/2007), па су чл. 81. и 82. постали чл. 101. и 102. Уговора о функционисању ЕУ. Уговор о функционисању ЕУ део је Лисабонског уговора, који је усвојен 2007. године. Уговор о оснивању Европске заједнице је Лисабонским уговором преименован у Уговор о функционисању ЕУ (Treaty on the Functioning of the European Union, *O.J.*, бр. С. 83/2010 – consolidated version), док је Уговор о ЕУ, познат као Маастрихтски уговор (Treaty on European Union, *O.J.*, бр. С. 191/1992), задржао свој назив.

⁶⁹ Вид. Сања Граић Степановић, „Фузија предузећа у антимонополском праву Европске уније, *Право и привреда* 1-2/2000, 39.

изгледало да ће усвајање Уредбе личити на комад *Чекајући Годоа*.⁷⁰ Иако је у право ЕУ уведена релативно касно, контрола концентрација се данас сматра тзв. трећим стубом политике заштите конкуренције у ЕУ.

Док нису била усвојена правила о контроли концентрација, Европска комисије и Суд правде су широким тумачењем покушавали да на концентрације учесника на тржишту примене одредбе Римског уговора које регулишу рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја. На тај начин се дејство чл. 85. и 86, под одређеним условима, проширивало и на концентрације учесника на тржишту којима се стиче или јача доминантан положај на тржишту. Случајеви у којима су овакви ставови изнети јесу случајеви *Continental Can* из 1973. године и *Philip Morris* из 1987. године, када је Суд правде потврдио да се стицањем контроле над конкурентом може стећи доминантан положај на јединственом тржишту и да се такав положај може злоупотребити, што представља опасност од нарушавања конкуренције.

У случају *Continental Can*,⁷¹ иако је поништио одлуку Европске комисије која је сматрала да су учесници у концентрацији злоупотребили доминантан положај, Суд правде је потврдио став Комисије да учесник на тржишту може, под одређеним условима, злоупотребити свој доминантан положај стицањем већинског учешћа у другом учеснику на тржишту који је његов конкурент. То је могуће када учесник на тржишту јача свој доминантан положај повезивањем са другим учесницима на тржишту тако да уклања стварне или потенцијалне конкуренте на тржишту. Овом пресудом, Суд је фактички омогућио контролу концентрација применом чл. 86. који се односи на забрану злоупотребе доминантног положаја.⁷²

⁷⁰ Paul Craig, Gráinne De Búrca, *EU Law: text, cases, and materials*, Oxford University Press, New York 2008, 1042.

⁷¹ Случај *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, бр. 6-72, пресуда Суда од 21.02.1973, *ECR* 1973, 215.

⁷² Вид. т. 18-28. пресуде Суда.

У пресуди у случају *Philip Morris*,⁷³ Суд је разматрао примену чл. 85. који се односи на рестриктивне споразуме, и потврдио став Комисије да се овај члан може применити на концентрације. Суд сматра да иако стицање учешћа у другом учеснику на тржишту није само по себи понашање којим се нарушава конкуренција, таквим стицањем ипак се може утицати на комерцијално понашање конкурената, посебно када учесник на тржишту споразумом обезбеђује правну или фактичку контролу над пословним понашањем другог учесника, или кад споразум предвиђа пословну сарадњу између учесника или ствара структуру на тржишту која ће вероватно бити искоришћена за такву сарадњу. Утицај на пословно понашање конкурената може бити остварен и ако споразум омогућава учеснику који преузима контролу да ојача свој положај и каснијој фази и да преузме ефективну контролу над другим учесником на тржишту.⁷⁴

Ипак, наведена тумачења Суда правде нису била погодна за систематску контролу концентрација, јер је примена чл. 85. и 86. имала веома ограничено дејство и није била довољна да се обезбеди заштита конкуренције.⁷⁵ У складу са чл. 85, контрола је била могућа само у случају закључивања уговора и искључивала је стицање потпуне контроле, док је у складу са чл. 86, контрола била могућа само када су учесници већ стекли доминантан положај, и по правилу се вршила након реализоване концентрације, што је значило вршење *ex post* контроле и стварање високих трошкова у случају евентуалног развргавања новонасталих учесника на тржишту. То је био један од најважнијих разлога за усвајање Уредбе из 1989. године, иако су на усвајање Уредбе утицали и други чиниоци. Циљ Уредбе је био да се директном применом на концентрације са европском (комунитарном) димензијом обезбеди њихова контрола на „једном месту“ како би се избегло вишеструко пријављивање концентрације у земљама чланицама, односно сукоб надлежности између Европске комисије и националних тела надлежних за заштиту конкуренције. У том циљу су и најважније земље

⁷³ Случај *BAT and R.J. Reynolds v. Commission and Philip Morris*, спојени предмети бр. 142 и 156/84, пресуда Суда од 17.11.1987. године, *ECR 1987, 4487*.

⁷⁴ Вид. т. 32-40. пресуде Суда.

⁷⁵ Више С. Граић Степановић (2000), 45.

чланице (Немачка, Француска и Велика Британија) вршиле притисак да се Уредба коначно усвоји, како би се учесницима на тржишту олакшало повезивање.⁷⁶

У оквиру модернизације права конкуренције ЕУ, касније је усвојена Уредба ЕУ о концентрацијама из 2004. године, која представља основни извор права у ЕУ у области контроле концентрација. Уредба је задржала основна решења на којима се заснивала претходна уредба, а најзначајнијом променом се сматра увођење новог теста за оцену концентрација, тј. теста значајног нарушавања конкуренције. Веома важна је и Уредба Европске комисије бр. 802/2004 о примени Уредбе 139/2004 о контроли концентрација (даље у тексту: Уредба 802/2004),⁷⁷ која ближе уређује бројна питања предвиђена Уредбом ЕУ о концентрацијама. Уредба садржи и анексе који детаљно уређују садржину пријаве концентрације, скраћене пријаве концентрације, захтева учесника у концентрацији за упућивање концентрације и предлога корективних мера у случају условног одобрења концентрације.

Решења предвиђена Уредбом ЕУ о концентрацијама ближе су уређена и обавештењима Комисије, од којих се најзначајнијим сматра Обавештење

⁷⁶ Вид. G. Monti (2007a), 247-248. Више о усвајању Уредбе ЕУ о концентрацијама из 1989. године и њеној примени вид. Barry E. Hawk, „The EEC Merger Regulation: The First Step toward One-stop Merger Control“, *Antitrust Law Journal* 1/1990, Vol. 59, 195 и даље; Ethan Schwartz, „Politics as Usual: The History of European Community Merger Control“, *Yale Journal of International Law* 2/1993, Vol. 18, 608 и даље; James Venit, „The 'Merger' Control Regulation: Europe Comes of age ... or Caliban's Dinner“, *Common Market Law Review* 1/1990, Vol. 27, 7 и даље; James Venit, „The Evaluation of Concentrations under the Merger Control Regulation: the Nature of the Beast“, *Fordham International Law Journal* 2/1990-1991, Vol. 14, 412 и даље; Nicholas Levy, „EU Merger Control: From Birth to Adolescence“, *World Competition* 2/2003, Vol. 26, 195 и даље.

⁷⁷ Commission Regulation No 802/2004 of 7 april 2004 implementing Council Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *O.J.*, L. 133/2004, as amended by Commission Regulation (EC) No 1792/2006 of 23 October 2006 (*O.J.*, L. 362/2006), Commission Regulation (EC) No 1033/2008 of 20 October 2008 (*O.J.*, L. 279/2008), Commission Implementing Regulation (EU) No 1269/2013 of 5 December 2013 (*O.J.*, L. 336/2013).

Европске комисије о надлежностима,⁷⁸ које је заменило низ појединачних обавештења која су до тада важила.⁷⁹ Обавештење Европске комисије о надлежностима обухвата и обједињује бројна дотадашња правила, уносећи измене које су извршене због усвајања Уредбе из 2004. године и нове праксе.

Поред овог обавештења, значајна су и следећа обавештења:

- Обавештења Европске комисије о поједностављеном поступку у погледу одређених концентрација према Уредби 139/2004,⁸⁰
- Обавештење Комисије о упућивању случаја у вези са концентрацијама,⁸¹
- Обавештење Комисије о корективним мерама у складу са Уредбом 139/2004 и Уредбом 802/2004,⁸²
- Обавештење о правилима о увиду у списе Комисије,⁸³
- Обавештење о ограничењима директно везаним и неопходним за концентрацију,⁸⁴
- Обавештење Европске комисије о релевантном тржишту.⁸⁵

⁷⁸ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *O.J.*, бр. С. 95/2008, даље у тексту: Обавештење Европске комисије о надлежностима.

⁷⁹ Обавештење Европске комисије о надлежностима заменило је следеће изворе: Notice on the concept of concentration (*O.J.*, бр. С. 66/1998), Notice on the concept of fullfunction joint ventures (*O.J.*, бр. С. 66/1998), Notice on the concept of undertakings concerned (*O.J.*, бр. С. 66/1998), Notice on calculation of turnover (*O.J.*, бр. С. 66/1998).

⁸⁰ Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004, *O.J.*, бр. С. 366/2013, даље у тексту: Обавештење Европске комисије о поједностављеном поступку.

⁸¹ Commission Notice on Case Referral in respect of concentrations, *O.J.*, бр. С. 56/2005, даље у тексту: Обавештење о упућивању.

⁸² Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, *O.J.*, бр. С. 267/2008, даље у тексту: Обавештење о корективним мерама.

⁸³ Commission Notice on the rules for access to the Commission file in case pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, *O.J.*, бр. С. 325/2005.

⁸⁴ Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, *O.J.*, бр. С. 56/2005.

Приликом испитивања концентрација, Комисија примењује и смернице које самостално доноси, али које нису правно обавезујуће. Ипак, смернице су веома битне за оцену концентрације и за примену правила о контроли концентрација, будући да се у њима огледа повратни утицај праксе Европске комисије и судова ЕУ на утврђивање критеријума за оцену концентрација и на доношење прописа о контроли концентрација. Реч је о Смерницама за оцену хоризонталних концентрација и Смерницама за оцену нехоризонталних концентрација.⁸⁶

5.3. Прописи ЕУ као извор права у Републици Србији

Закључивањем Споразума о стабилизацији и придруживању, нарочито његовим ступањем на снагу, постављају се питања да ли се прописи ЕУ о заштити конкуренције, односно о контроли концентрација, могу применити као извор права у Републици Србији, и ако могу, на који начин и на које предмете их Комисија за заштиту конкуренције и судови могу применити?

Споразум о стабилизацији и придруживању предвиђа да ће се свако поступање супротно правилима о заштити конкуренције оцењивати на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у ЕУ, нарочито из чланова Уговора о функционисању ЕУ који регулишу рестриктивне споразуме, злоупотребу доминантног положаја и државну помоћ, и из инструмената тумачења које су усвојиле институције ЕУ. Оваква обавеза је предвиђена чл. 73. Споразума о стабилизацији и придруживању (даље у тексту: ССП), који предвиђа да: „1. Следеће није у складу са правилним функционисањем

⁸⁵ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, *O.J.*, бр. С. 372/1997, даље у тексту: Обавештење Европске комисије о релевантном тржишту.

⁸⁶ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (*O.J.*, бр. С. 31/2004, даље у тексту: Смернице за оцену хоризонталних концентрација); Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (*O.J.*, бр. С. 265/2008, даље у тексту: Смернице за оцену нехоризонталних концентрација).

Споразума у мери у којој може утицати на трговину између Заједнице и Србије: i) споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса између предузећа, чији је циљ или учинак спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције; (ii) злоупотреба доминантног положаја од стране једног или више предузећа на територијама Заједнице или Србије, у целини или на њиховом значајном делу; (iii) свака државна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију давањем предности одређеним предузећима или одређеним производима. 2. Свако поступање супротно овом члану оцењиваће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у Заједници, нарочито из чл. 81, 82, 86. и 87. Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице [...]"

То значи да је Комисија за заштиту конкуренције овлашћена, али и обавезна да приликом утврђивања повреде конкуренције примењује критеријуме који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у ЕУ и инструмената тумачења које су усвојиле институције ЕУ, али само ако је реч о понашањима учесника на тржишту која утичу на трговину између Републике Србије и ЕУ. Тиме је Комисија преузела обавезу да примењује не само правила Републике Србије, него и право конкуренције ЕУ на начин на који се оно примењује у ЕУ, односно да на одговарајући начин примењује критеријуме који произлазе из правилне примене права конкуренције ЕУ на она понашања која утичу на трговину између Републике Србије и ЕУ.

Међутим, овакво тумачење обавезе примене права конкуренције ЕУ не значи да Комисија може (или да мора) директно да примењује правила конкуренције ЕУ, већ подразумева само обавезу Комисије да прописе Републике Србије (који би требало да буду усклађени са прописима ЕУ) тумачи на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у ЕУ. Члан 73. ССП не представља основ за директну примену прописа ЕУ у Републици Србији, већ само указује на који начин се могу тумачити и примењивати прописи Републике Србије на понашања учесника на тржишту која утичу на трговину између Републике Србије и ЕУ. Закон о заштити конкуренције такође не предвиђа директну примену правила ЕУ у случајевима који могу утицати на трговину између Србије и ЕУ, па се може закључити да право ЕУ није

примарни извор права и да није обавезујуће за Комисију за заштиту конкуренције, јер Комисија примењује право Републике Србије, док право конкуренције ЕУ „узима у обзир“, односно о њему „води рачуна“. У поступцима заштите конкуренције, Комисија стога може, у случају правних празнина или нејасноћа приликом тумачења домаћих прописа, да користи критеријуме који произлазе из примене правила ЕУ искључиво као помоћно средство тумачења, укључујући одлуке Европске комисије и судова ЕУ.

Овакав начин примене права конкуренције ЕУ потврђен је нпр. у Републици Хрватској, одлукама Уставног суда Републике Хрватске из 2008. и 2011. године.⁸⁷ Уставни суд сматра да „хрватска тијела која се баве заштитом тржишног натјечања, овлаштена су и обвезатна примјењивати критерије који произлазе из примјене правила о тржишном натјечању Еуропских заједница и из инструмената за тумачење које су усвојиле институције Еуропских заједница. На тај начин ССП и Привремени споразум обвезују хрватска тијела за заштиту тржишног натјечања да рјешавајући одређене случајеве, примјењују не само хрватско право тржишног натјечања, него и да воде рачуна о одговарајућем праву Еуропских заједница [...] [К]ритерији, стандарди и инструменти тумачења Еуропских заједница не примјењују [се] као примарни извор права, него само као помоћно средство за тумачење. Одредбе чланка 70. ставка 2. ССП-а и чланка 35. ставка 2. привременог споразума ваља проматрати у контексту обвезе Републике Хрватске да своје законодавство, па тако и оно које се тиче тржишног натјечања, усклади с правном стечевином Еуропске уније. Када примјењује тако усклађено законодавство, обвеза је државних тијела Републике Хрватске да то чине на начин како је то случај у Еуропским заједницама, дакле по смислу и духу прописа на темељу којих је усклађивање обављено. Дакле, одредбом чланка 70. ставка 2. ССП-а се у битном одређује да је за оцјену је ли неко поступање подузетника у складу с правилима тржишног натјечања релевантно не само хрватско право, већ треба водити рачуна о цјелокупном праву Еуропских заједница које се односи на тржишно натјечање. Тиме се право Еуропских заједница формалноправно не

⁸⁷ Одлуке бр. У-III-1410/2007, од 13. фебруара 2008 (*Narodne novine*, бр. 25/2008), и бр. У-III-4082/2010, од 17. фебруара 2011 (*Narodne novine*, бр. 28/2011).

уводи у хрватски правни сустав темељем одредаба ССП-а као међународног уговора, али се прописује да хрватске прописе тржишног натјечања треба примјењивати и тумачити узимајући у обзир правила, мјерила и начела права тржишног натјечања [...]⁸⁸

Оно што, међутим, може представљати проблем у поступцима *контроле концентрација* јесте то што чл. 73. ССП спомиње само рестриктивне споразуме, злоупотребу доминантног положаја и државну помоћ (и то само ако постоји утицај на трговину између Србије и ЕУ), а не говори о контроли концентрација. Зато је потребно одговорити на питање да ли се право ЕУ може применити на концентрације, и ако може, који би био основ за његову примену, пошто ССП не спомиње концентрације?

Јасно је да се примена чл. 73. ССП не односи на концентрације, па се чини да би тумачење по којем би се његова примена проширила и на концентрације било погрешно. Због тога би правилно тумачење овог члана требало да значи да прописи ЕУ о концентрацијама не могу да се директно примене и да нису обавезујуће помоћно средство тумачења. Комисија, дакле (према чл. 73. ССП), није *обавезна* да користи критеријуме који произлазе из примене правила ЕУ о концентрацијама приликом тумачења домаћих прописа, односно у случају правних празнина. Остаје да се види да ли Комисија ипак *може*, односно да ли сме, као помоћно средство за тумачење, да примењује критеријуме који проистичу из примене правила о концентрацијама који се примењују у ЕУ.

Ако се има у виду обавеза усклађивања законодавства Републике Србије са законодавством ЕУ, коју ССП утврђује у чл. 72, онда се у складу са том обавезом може посматрати и могућност да Комисија примењује правила ЕУ у поступцима контроле концентрација.⁸⁹ Наиме, пошто ССП, поред обавезе усклађивања права конкуренције Србије са правом ЕУ, предвиђа и обавезу правилне и делотворне примене и спровођења усклађеног права, то онда значи да и усклађено право

⁸⁸ Вид. одлуку Уставног суда Хрватске бр. У-III-1410/2007, т. 6-7.

⁸⁹ Овакво тумачење постоји и у вези са тумачењем прописа о контроли концентрација Републике Хрватске. Вид. V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, 1287.

треба тумачити у складу са правом ЕУ.⁹⁰ Према томе, када Комисија примењује тако усклађено право, онда је њена обавеза да га и примењује онако како се примењује у ЕУ, дакле по смислу и у духу права ЕУ. На тај начин се могу примењивати и правила о контроли концентрација, пошто се и она усклађују са правом ЕУ, па би их требало тумачити у складу са правилима ЕУ. Овакво тумачење би међутим требало да важи у случајевима попуњавања правних празнина која нису у супротности са изричитим решењима Закона о заштити конкуренције и која одговарају духу права Републике Србије.

Комисија за заштиту конкуренције већ користи могућност примене правила ЕУ на наведени начин, што се види из њених појединих одлука у којима је приликом оцене концентрација користила критеријуме који постоје у праву ЕУ. Нпр. приликом оцене концентрације у случају *Deutsche Lufthansa AG/Austrian Airlines*, Комисија је разматрала примену аргумента друштва у финансијским тешкоћама на који су се учесници у концентрацији позвали, и том приликом се руководила праксом која постоји у ЕУ и придржавала се услова који су утврђени у Смерницама ЕУ за оцену хоризонталних концентрација, иако у својој одлуци то није изричито навела.⁹¹ Затим, у случају *Суноко/Hellenic Sugar*, у којем је условно одобрила концентрацију између привредних друштава *Суноко* и *Hellenic Sugar Industry*, Комисија се руководила правилима ЕУ о одређивању корективних мера и праксом Европске комисије у праћењу испуњавања утврђених услова и обавеза, посебно приликом проналажења одговарајућег купца.⁹²

Међутим, примена усклађених прописа на наведени начин може створити одређене недоумице и тешкоће у пракси, па се чини да би због тога било боље да Комисија за заштиту конкуренције ипак донесе посебна упутства или смернице за

⁹⁰ Чл. 72, ст. 1. ССП гласи: „Стране признају важност усклађивања важећег српског законодавства са законодавством Заједнице и његове делотворне примене. Србија ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице. Србија ће обезбедити да ће важеће и будуће законодавство бити правилно примењено и спроведено.“

⁹¹ Случај *Deutsche Lufthansa AG/Austrian Airlines AG*, бр. 6/0-02-114/09, одлука Комисије од 17. јула 2009. године.

⁹² Случај *Суноко/Hellenic Sugar*, бр. 6/0-02-3/2013-15, одлука Комисије од 13. фебруара 2013. год.

спровођење Закона о заштити конкуренције којима би детаљно уредила бројна питања у вези са концентрацијама, а у које би се могла унети решења ЕУ.⁹³ Тиме би се значајно допринело правној сигурности, будући да би били утврђени јасни критеријуми за оцену концентрација и примену Закона, односно за поступање Комисије приликом спровођења Закона. Израда посебних смерница и упутстава, посебно у области контроле концентрација, оправдано се сматра важном препоруком за унапређење политике заштите конкуренције у земљи,⁹⁴ јер се на тај начин умањује регулаторни ризик – ризик који је заснован на неизвесности у погледу прописа, неизвесности њихове промене или, најчешће, неизвесности у погледу њихове примене и конкретних одлука државних тела.⁹⁵ Непрецизне законске одредбе и нејасни правни стандарди пружају широке интерпретативне могућности, што утиче на стварање, односно увећавање регулаторног ризика, па би у том погледу тај ризик требало што више умањити доношењем посебних смерница или упутстава.

⁹³ Једна од надлежности Комисије за заштиту конкуренције јесте да доноси упутства и смернице за спровођење Закона о заштити конкуренције (чл. 21, ст. 1, т. 5. ЗЗК).

⁹⁴ Вид. Бојан Ристић, Вељко Мијушковић, „Препоруке за унапређење политике заштите конкуренције у Србији на основу досадашњих искустава и упоредне анализе више земаља“, *Квартални монитор* 31/2012, 75-76.

⁹⁵ Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали* 2/2009, 74.

ГЛАВА II

ЗНАЧАЈ КОНЦЕНТРАЦИЈА ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА

Позитивни и негативни ефекти концентрација предмет су великог интересовања и бројних разматрања у академским радовима и пракси, с обзиром на то да концентрације могу да имају противречне ефекте на друштвено благостање. Концентрације имају велики значај за учеснике на тржишту и привреду, јер, с једне стране, увећавају економску ефикасност и тиме друштвено благостање, а с друге стране, истовремено могу значајно да угрозе конкуренцију и да, на тај начин, умање друштвено благостање. Надлежно тело за заштиту конкуренције зато има деликатан задатак – мора опрезно да процени пријављену концентрацију (на основу процене будућих позитивних и негативних ефеката) и да што више умањи могућност погрешне процене ефеката концентрације.

1. МОТИВИ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА ЗА ПОВЕЗИВАЊЕМ

Концентрације учесника на тржишту представљају одговор тржишних учесника на промене пословног окружења и резултат су њиховог прилагођавања новим тржишним условима. У циљу максимизовања профита који желе да остваре, учесници на тржишту су мотивисани бројним користима концентрација, и у том смислу постоји доста разлога на основу којих се они опредељују за овакав начин међусобног повезивања.

Иако постоје бројне поделе мотива којима се руководе учесници на тржишту приликом спровођења концентрација,⁹⁶ сви мотиви би се могли сврстати у две групе, према томе да ли се ради о економским, односно финансијским мотивима или о осталим мотивима, који нису економске, односно финансијске природе.⁹⁷ Ипак, ову поделу би требало условно прихватити, јер се поједини разлози могу сврстати у обе групе, због чега ће у наредном излагању бити наведени најважнији разлози за повезивање учесника на тржишту, без њиховог сврставања у било коју групу мотива.

1.1. Економија обима и економија опсега

Један од најважнијих мотива учесника на тржишту за спровођење концентрација представља увећање производне ефикасности услед остваривања ефеката економије обима и економије опсега, посебно у случају хоризонталних и вертикалних концентрација. Производна ефикасност се увећава снижавањем трошкова по јединици производа и сматра се да је остварена уколико се производња обавља уз минималне могуће просечне трошкове, тј. када су изједначени минимални просечни трошкови и цена.

⁹⁶ Вид. Elazar Berkovitch, M. P. Narayanan, „Motives for Takeovers: An Empirical Investigation“, *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 3/1993, Vol. 28, 349-351; Friedrich Trautwein, „Merger Motives and Merger Prescriptions“, *Strategic Management Journal* 4/1990, Vol. 11, 284-290; Roberta Romano, „A Guide to Takeovers: Theory, Evidence, and Regulation“, *Yale Journal on Regulation* 1/1992, Vol. 9, 122-155; Stefan Karenfort, *Synergy in Mergers and Acquisitions – The Role of Business Relatedness*, Josef Eul Verlag, Lohmar-Köln 2011, 7-11; Donald M. DePamphilis, *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities – An Integrated Approach to Process, Tools, Cases, and Solutions*, Academic Press, San Diego CA 2012, 5-13.

⁹⁷ Исто и Vlatka Butorac Malnar, „Повећана učinkovitost poduzetnika u postupku ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija prema hrvatskom i europskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2010, Vol. 31, 523-524. Слично и John R. Graham, Scott B. Smart, William L. Megginson, *Corporate Finance – Linking Theory to What Companies Do*, South-Western, Mason OH 2010, 814-821; William L. Megginson, Scott B. Smart, *Introduction to Corporate Finance*, South-Western, Mason OH 2009, 864-869; П. А. Гоган, 228.

Економија обима (енг. *economies of scale*) доприноси смањењу трошкова по јединици производа тако што се са повећањем обима производње смањују просечни трошкови, јер се укупни трошкови распоређују на све већи број јединица. Умањење просечних трошкова и количине ангажованих ресурса по јединици производа настаје услед пораста обима производње која се повећава због раста величине учесника на тржишту који се међусобно повезују. Овакво повећање производње може мотивисати учеснике на тржишту да повећавају обим производње све док се не успостави оптимални обим производње и оптимална величина учесника на тржишту у одређеној делатности, тј. док се не успостави производња која се обавља уз минималне просечне трошкове.⁹⁸

Међутим, потребно је указати на то да дејства економије обима зависе од привредне делатности која се обавља и од технологије која се примењује, односно од технолошког напретка, па се оптималан обим производње и оптимална величина учесника на тржишту разликују од делатности до делатности и мењају се са променом технологије.

Смањење трошкова производње може се посматрати на кратак и на дуги рок, у зависности од тога да ли се односи на расподељивање фиксних или варијабилних трошкова.⁹⁹ Краткорочно посматрано, повећање обима производње, пре свега, доводи до превазилажења све већег броја недељивости (нпр. капацитет погона, трошкови рекламирања), односно фиксних трошкова који из тих недељивости произлазе. Поред тога, повећање обима производње омогућава специјализацију, првенствено радне снаге, која доприноси продуктивности рада свих запослених и сваке појединачне операције, и тиме и увећању ефикасности.¹⁰⁰ Посматрано на дуги рок, сви трошкови постају варијабилни, али економија обима

⁹⁸ Вид. William J. Kolasky, Andrew R. Dick, „The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers“, *Antitrust Law Journal* 1/2003, Vol. 71, 244.

⁹⁹ Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 143 и 147-148. Вид. и Lars-Hendrik Röller, Johan Stennek, Frank Verboven, „Efficiency gains from mergers“, *European Economy – The Efficiency Defence and the European System of Merger Control* 5/2001, 44; Miguel de la Mano, *For the customer's sake – The competitive effects of efficiencies in European merger control*, Enterprise Papers No 11, Enterprise Directorate-General, European Commission, Brussels 2002, 63-64.

¹⁰⁰ М. de la Mano, 63; W. J. Kolasky, A. R. Dick, 244.

и даље постоји, пошто на њу делују сви фактори који су утицали и на смањење краткорочних трошкова. Отуда се економија обима може јавити у производњи, истраживању и развоју и приликом маркетиншких активности.¹⁰¹

Економија опсега (енг. *economies of scope*) остварује се када се заједничка производња различитих производа обавља уз трошкове по јединици производа који су нижи од трошкова који би настали приликом одвојене производње тих производа. У случају концентрација, услед ширења асортимана производа и комбиновања производње, исти или заједнички ресурси се користе за производњу различитих производа, па се смањују трошкови по јединици сваког или бар већине производа. Заједничка производња је јефтинија од одвојене производње (повезаних) производа зато што се повећава искоришћеност ресурса који би приликом одвојене производње више различитих производа остали недовољно искоришћени, аналогно фиксним трошковима. Поред коришћења заједничких сировина или полупроизвода, смањењу трошкова доприносе и техничка знања о производњи и продаји повезаних производа, јер се информације о једном производу могу непосредно односити и на друге повезане производе.¹⁰²

Захваљујући остваривању ефеката економије обима и економије опсега, односно увећању ефикасности, концентрације омогућавају учесницима на тржишту да постану тзв. „национални шампиони“, тј. велика домаћа привредна друштва која би била способна да се такмиче на међународним тржиштима. У том смислу и државе могу охрабривати предузимање концентрација којима се стварају „национални“ или „европски шампиони“, што је било карактеристично за ЕУ, која је подржавала ове концентрације како би се европским друштвима омогућило да увећају конкурентност на светском, односно америчком и јапанском тржишту. Због тога су правила ЕУ о контроли концентрација била изостављена из Римског уговора и усвојена су тек 1989. године.

Имајући у виду чињеницу да су концентрације веома важне за реструктурирање привреде, искуство транзиционих земаља које су успешно

¹⁰¹ Fabienne Ilzkovitz, Roderick Meiklejohn, „European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?“, *Journal of Industry, Competition and Trade* 1-2/2003, Vol. 3, 61.

¹⁰² Вид. W. J. Kolasky, A. R. Dick, 245-246.

реструктурирале привреду показује да су концентрације биле један од најзначајнијих чинилаца који је допринео увећавању економске ефикасности и поспешивању привредног развоја. У тим земљама, концентрације су, као облик страних директних инвестиција, имале корисну улогу у првој фази транзиције, када су се у већини земаља спроводиле велике приватизације.¹⁰³ Зато и у Србији концентрације дају велики допринос привредном напретку, нарочито развоју реалног сектора привреде. Концентрације су важне, јер још увек велики део домаће привреде наслеђен из периода социјализма захтева реструктурирање и зато што су баријере уласку нових тржишних учесника у Србији још увек значајне, па се инвеститори, најчешће, уместо улагања у нове погоне (*greenfield*), одлучују за преузимање постојећих привредних друштава.¹⁰⁴

1.2. Синергија

Остваривање синергијских ефеката представља веома снажан мотив за учеснике на тржишту, будући да је синергија трећи важан извор увећања производне ефикасности, поред економије обима и економије опсега.¹⁰⁵ Синергија непосредно произлази из концентрације учесника на тржишту и резултат је њиховог повезивања, што значи да се увећање производне ефикасности овим путем, за разлику од економије обима и економије опсега, не може остварити интерним растом. Зато се ефикасност која се може увећати интерним растом учесника на тржишту не може сматрати синергијом.¹⁰⁶

Иако се у литератури указује на то да су економија обима и економија опсега извори синергије,¹⁰⁷ ипак се мора направити разлика између наведених извора увећања производне ефикасности. Ефекти економије опсега постижу се

¹⁰³ Вид. Борис Беговић *et al.*, *Гринфилд стране директне инвестиције у Србији*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2008, 18.

¹⁰⁴ Б. Беговић, В. Павић (2009), 77

¹⁰⁵ W. J. Kolasky, A. R. Dick, 244. и 247.

¹⁰⁶ Вид. Joseph Farrell, Carl Shapiro, „Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis“, *Antitrust Law Journal* 3/2001, Vol. 68, 692-693; M. de la Mano, 45-46.

¹⁰⁷ R. Romano, 126; S. Karenfort, 7; D. M. DePamphilis, 5; W. L. Megginson, S. B. Smart, 865.

када се исти ресурси користе у производњи различитих производа, док се синергијски ефекти остварују када се различити ресурси користе у производњи истог производа.¹⁰⁸ Синергијски ефекти се огледају у смањењу трошкова по јединици производа и побољшању квалитета услед комбиновања и коришћења различитих специфичних ресурса учесника у концентрацији, укључујући специфична комплементарна знања (*hard-to-trade asset*), који се много лакше могу стећи повезивањем са другим учесницима и кооперацијом и координацијом њихових заједничких ресурса.¹⁰⁹

За разлику од синергије, када се различити ресурси употребљавају за производњу истог производа, у случају економије обима, исти ресурси се користе за производњу *веће количине* истог производа. Зато се може рећи да се економија обима и синергија међусобно поспешују, јер остваривање ефеката синергије омогућава учесницима у концентрацији, односно новонасталом ентитету да повећа обим производње која доводи до даљих добитака услед дејства економије обима.¹¹⁰ Отуда се, у вези са концентрацијама, феномен синергије ($2+2=5$) може објаснити као способност комбинованог споја да буде профитабилнији од засебних делова,¹¹¹ односно могућност удружених учесника да остваре већи профит.

1.3. Истраживање и развој

Област истраживања и развоја изузетно је важна за све учеснике на тржишту, јер ове активности омогућавају учесницима на тржишту стварање или примену нових технологија у циљу производње нових или побољшаних производа или истих производа уз ниже трошкове. Међутим, учесници на тржишту, без обзира на своју величину, често не располажу довољним финансијским средствима, кадром, научним и техничким знањима или опремом

¹⁰⁸ Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012, 95.

¹⁰⁹ J. Farrell, C. Shapiro, 689 и 693. Вид. и W. J. Kolasky, A. R. Dick, 247.

¹¹⁰ M. de la Mano, 46.

¹¹¹ Вид. П. А. Гоган, 178.

или су просторно дислоцирани, због чега се опредељују за међусобно повезивање путем концентрација, како би уклонили ове препреке и остварили постављене циљеве.¹¹²

Концентрације доприносе увођењу технолошких иновација и увећању економске ефикасности тако што омогућавају увећавање учесника на тржишту, чиме се превазилазе недељивости везане за истраживање и развој.¹¹³ Концентрације заправо обезбеђују деловање економије обима, која је кључни ограничавајући фактор истраживања и развоја, тако да учесници у концентрацији могу слободно да се упусте у истраживање и развој како би што више увећали економску ефикасност. Без реализације концентрације, учесницима у концентрацији се не би исплатило да се баве истраживањем и развојем, јер примена технологија које су битне за истраживање и развој најчешће захтева одређену величину учесника на тржишту. Поред тога, концентрације доприносе ширењу *know-how* и унапређењу знања, јер учесници у концентрацији могу међусобно да размењују постојеће идеје и вештине.

Увећавањем подстицаја за истраживање и развој и промовисањем ширења *know-how*, концентрације доводе, према томе, до остваривања технолошког напретка, а тиме и до увећавања динамичке ефикасности, будући да су активности истраживања и развоја основни услови технолошког прогреса, односно увећања динамичке ефикасности. Динамичка ефикасност се односи на унапређење перформанси учесника на тржишту услед примене нових технологија – на побољшање квалитета и понуде производа и побољшање процеса производње, односно дугорочно умањење трошкова.¹¹⁴ На тај начин се значајно поспешује и привредни напредак, с обзиром на то да се динамичка ефикасност сматра најважнијим појединачним чиниоцем развоја реалног сектора привреде.¹¹⁵

¹¹² Вид. Р. Д. Вукадиновић (2012), 301.

¹¹³ Борис Беговић, Владимир Павић, *Шта је то конкуренција и како се штити?*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2010, 30.

¹¹⁴ Вид. W. J. Kolasky, A. R. Dick, 247-249; OECD, *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*, бр. DAF/COMP(2007)41, OECD, 2008, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40623561.pdf>, 17-43.

¹¹⁵ Joseph F. Brodley, „Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures“, *Antitrust Law Journal* 3/1996, Vol. 64, 581. Вид. и OECD (2008), 17-18.

Приликом испитивања концентрације, потребно је зато водити рачуна о томе да ли се концентрацијом уклања конкурент који примењује иновације и утврдити како концентрација у том случају утиче на подстицаје за истраживање и развој и тиме на конкуренцију, будући да недостатак конкурентског притиска умањује ове подстицаје. Уколико се концентрацијом врши повезивање са учесником на тржишту који примењује иновације, концентрација има много већи утицај на умањење подстицаја истраживању и развоју и на конкуренцију него повезивање са конкурентом који иновације ретко примењује или их уопште не примењује.

1.4. Промена неефикасне управе и унапређење корпоративног управљања

Концентрације могу бити реализоване у циљу промене неефикасне управе у циљном друштву, уколико стичалац контроле сматра да ће под његовом контролом циљно друштво ефикасније пословати. Концентрације доводе до промена у власничкој структури привредних друштава, односно до промене једног или више чланова друштва, па је уобичајено да се после спроведене концентрације промени управа у преузетом друштву.

Када управа друштва води лошу пословну политику, која не даје резултате и не доводи до максимизовања профита, цене акција друштва на тржишту се по правилу смањују, што указује на неефикасност управе друштва. Тада се на тржишту (чим се снизе цене акција друштва) јављају инвеститори са понудама за преузимање тих друштава по цени вишој од тржишне цене, и после преузимања постављају нову, ефикаснију управу, што унапређује корпоративно управљање (због отпуштања лоше управе) и доводи до увећања економске ефикасности преузетог друштва. Постојећа (лоша) управа, дакле, доводи до пада цена акција, што још више мотивише стичаоце контроле да понуде вишу цену, замене неефикасну управу и да уложени новац поврате постизањем добити.¹¹⁶ Према

¹¹⁶ Вид. Радивоје Петрикић, „Правни режим преузимања друштава у Европи“, *Право и привреда* 5-8/2000, 208-209; Henry G. Manne, „Mergers and Market for Corporate Control“, *Journal of Political*

томе, пренос власничке контроле путем концентрација може се оценити позитивно, јер *ex post*, пренос власничке и управљачке контроле омогућава стварање ефикасније управљачке структуре.¹¹⁷

Међутим, концентрације утичу на ефикасније пословање друштва и *ex ante*, јер потенцијална опасност од преузимања утиче позитивно на промену понашања постојеће управе. Наиме, промена власничке структуре услед концентрације одмах повлачи и питање опстанка постојеће управе, па страх од потенцијалног преузимања подстиче управу на ефикасније пословање, због страха од отказа и/или умањења пословног угледа. То је један од разлога зашто су нека привредна друштва на релативно високом нивоу производне ефикасности, будући да чак и постојање претње (непријатељског) преузимања представља један од најснажнијих подстицаја управи друштва да боље ради, чиме се увећава производна ефикасност.

Концентрације представљају спољни изазов (у виду спајања или преузимања) који потенцијално делује као шок на управу¹¹⁸ и тако постају важно и ефикасно средство „дисциплиновања“ и контроле управе, која се понекад „учаури“ у друштву. Чињеница да једно друштво може постати „мета“ за преузимање делује на јачање дисциплине постојеће управе, због чега је она принуђена да води рачуна о интересима друштва, да поступа у најбољем интересу чланова друштва и да стално настоји да максимизује профит друштва.¹¹⁹

Economy 2/1965, Vol. 73, 112-114; П. А. Гоган, 228; J. Farrar *et al.*, 606; D. W. Carlton, J. M. Perloff, 21-22.

¹¹⁷ Вид. М. Ћировић, 66-67.

¹¹⁸ *Ibid.*, 5.

¹¹⁹ Вид. Р. Петрикић (2000а), 209; Зоран Арсић, „Преузимање контроле као облик надзора над радом пословног органа“, *Право и привреда* 11-12/95, 24. Међутим, слабост овог сталног настојања да се повећава ефикасност пословања друштва је то што управа, због страха од преузимања, мора да води стално рачуна о краткорочном стицању профита, уместо да друштво нпр. издваја већа средства за истраживање и развој. Вид. J. Farrar *et al.*, 607; Alexis Jacquemin, „Horizontal Concentration and European Merger Policy“, *European Economic Review* 2-3/1990, Vol. 34, 541.

На тај начин се у развијеним тржишним привредама успоставља специјално тржиште на којем се преузимају друштва која показују недовољне резултате у односу на своје потенцијале и које се сматра својеврсним спољним контролним механизмом ефикасности привредних друштава. Реч је о тржишту корпоративне контроле (*market for corporate control*) на којем долази до преноса контролног пакета акција и промене контроле над друштвом.¹²⁰ Основна идеја на којој се заснива тржиште корпоративне контроле јесте постојање позитивне корелације између ефикасности управе акционарског друштва и тржишне цене акција тог друштва, што значи да се лоше управљање друштвом непосредно одражава на цену акција на тржишту, а да је ниска цена акција важан показатељ неефикасности управе друштва.¹²¹ Поред тога, преузимања и тржиште корпоративне контроле умањују опасност од сукоба интереса између власника и управе привредног друштва, и на тај начин доприносе превазилажењу тзв. агенцијског проблема, односно асиметрије информација и проблема слепог путника (*free rider*).¹²²

Међутим, иако концентрације (у виду преузимања) могу значајно допринети унапређењу корпоративног управљања, у пракси се јављају одређена ограничења концентрација. Прво, постоји мало емпиријских доказа о томе да концентрације утичу на дисциплиновање управе, јер доступна истраживања не пружају довољно информација које би овакве закључке потврдиле у пракси.

¹²⁰ М. Ђировић, 5-6. Тржиште корпоративне контроле је део тржишта хартија од вредности на којем се пренос корпоративне контроле *in concreto* остварује преносом хартија од вредности са правом гласа. Јавне понуде за преузимање су правни инструменти којима се ствара и развија тржиште корпоративне контроле. Вид. Вук Радовић, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 15.

¹²¹ Вид. Н. G. Manne, 112-120; George Bittlingmayer, „The Market For Corporate Control (Including Takeovers)“, *Encyclopedia of Law and Economics – Volume III. The Regulation of Contracts* (eds. Bouckaert Boudewijn, De Geest Gerrit), Edward Elgar, Cheltenham 2000, 725-748.

¹²² Вид. о овим проблемима Борис Беговић *et al.*, *Унапређење корпоративног управљања*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2003, 12-16; Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део)“, *Анали* 1/2009, 5 и даље; Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део)“, *Анали* 2/2009, 5 и даље.

Емпиријски их је тешко доказати, зато што се ради о *претњи* преузимања, која се не може утврдити уколико се не оствари, као што је тешко оценити и менаџерске вештине чланова управе и њихову способност да увећају ефикасност на начин који би био мање штетан за конкуренцију. Поред тога, управа циљног друштва има на располагању бројне мере одбране од непријатељског преузимања које може да предузме у случају преузимања, тако да постојање различитих мера одбране слаби улогу концентрација у дисциплиновању управе.¹²³

Друго, ако се преузимање спроводи само из финансијских разлога, а не у намери понуђача да побољша управљање друштвом, то може нарушити функционисање тржиште корпоративне контроле.¹²⁴ Поред тога, мотив за преузимање може бити и искоришћавање циљног друштва, јер након успешног преузимања, стизалац контроле има бројне могућности експлоатације 'стеченог богатства'. Лакши облици експлоатације обухватају искоришћавање разноврсних потенцијала успостављеног односа подређености између стизаоца и преузетог друштва (бесплатно коришћење индустријске својине циљног друштва, узимање кредита од циљног друштва под нетржишним условима и др.), док најтежи облик искоришћавања представља распарчавање преузетог друштва, када се циљно друштво преузима са намером да се искористи и прода његова имовина.¹²⁵ Уколико стизалац контроле није заинтересован за делатност циљног друштва, друштво може бити преузето само да би га стизалац контроле распарчао и распродао по деловима, по укупно вишој цени него што је цена преузимања.¹²⁶

Треће, преузимање је веома скупо и подразумева развијено финансијско тржиште на којем стизалац контроле може да обезбеди средства за своје улагање.¹²⁷ Преузимање је могуће успешно реализовати само ако је вредност привредног друштва знатно потцењена и ако његова управа заиста лоше ради. Понуђач тада има прилику да понуди цену за акције која ће бити знатно виша од

¹²³ L. Röller, J. Stennek, F. Verboven, 48; M. Motta, 240 фн. 26; M. de la Mano, 68.

¹²⁴ J. Farrar *et al.*, 608-609.

¹²⁵ В. Радовић, 31-32.

¹²⁶ Небојша Јовановић, „Преузимање акционарских друштава“, *Акционарска друштва, берзе и акције*, (ур. Мирко Васиљевић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 284.

¹²⁷ Б. Беговић *et al.* (2003б), 22-23; J. Farrar *et al.*, 608; F. Ilzkovitz, R. Meiklejohn, 62.

тржишне цене како би подстакао акционаре да му продају своје акције. Цена акција у понуди се одређује тако да буде довољно привлачна за акционаре, јер акционари циљног друштва рачунају на добит из премије за преузимање, односно на разлику између тржишне цене акције и понуђене откупне цене.¹²⁸

Четврто, преузимање је политички осетљиво питање, због чега менаџерски лобији успевају да се изборе за строже прописе о преузимању и за одређена законска ограничења.¹²⁹ Такав правни режим преузимања слаби улогу коју преузимања имају у дисциплиновању управе, јер умањује подстицаје које ствара страх од преузимања, а који би требало да стимулишу управу да добро обавља свој посао. Недостатак строгог режима преузимања омогућава „учаурење“ лоше управе у друштву и отежавање повезивања учесника на тржишту, иако такав режим доприноси бољој заштити мањинских акционара и спречавању поремећаја на тржишту изазваних манипулацијама ценама акција циљног друштва.

1.5. Одбрана од непријатељског преузимања

Концентрације на тржишту спроводе се, по правилу, у циљу стицања контроле над другим учесником на тржишту, и у том смислу могу представљати тактике „напада” на циљно друштво. Међутим, као одговор на намеру понуђача да преузме циљно друштво и смени постојећу управу, управа циљног друштва

¹²⁸ Вид. Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, Paris 2002, 700; L. Röller, J. Stennek, F. Verboven, 47-48. „Разлика између ове две цене је „мамац“ који понуђач плаћа власницима акција да би, заузврат, стекао контролни пакет акција над тим друштвом.“ – Братислав Милановић, „Правне карактеристике новог законског регулисања акционарских друштава у Републици Србији“, *Судска пракса* 9/2006, 3.

¹²⁹ Б. Беговић *et al.* (2003б), 23. Приликом одлучивања о правном режиму преузимања, основно правно-политичко питање је питање строгости тог режима. Наиме, законодавац треба да се определи да ли прописима да отежа или да олакша преузимање акционарских друштава. Овакво опредељење ће утицати и на број извршених преузимања, јер уколико су услови за преузимање строги, број преузимања се смањује, и обрнуто. Вид. Н. Јовановић, 286; Р. Петрикић (2000а), 210; Весна Бесаровић, „Преузимање отворених акционарских друштава у праву Европске уније и Републике Србије“, *Анали* 2/2008, 273.

може да усвоји мере одбране, како би спречила непријатељско преузимање (*hostile takeover*).

У зависности од става управе циљног друштва према понуди за преузимање, преузимање може бити пријатељско и непријатељско. *Пријатељско* преузимање је оно које управа циљног друштва подржава, што значи да се управа слаже са понудом или јој се не противи. *Непријатељско* преузимање јесте преузимање које се спроводи против воље управе циљног друштва, јер се управа противи датој понуди. Због тога управа не препоручује члановима друштва да прихвате понуду, већ спроводи одбрамбене мере против преузимања. Концентрације тада представљају одбрамбену стратегију учесника на тржишту приликом борбе око преузимања контроле над циљним друштвом и легитимно су средство одбране којем се прибегава у случају покушаја преузимања.¹³⁰

У упоредном праву постоји тенденција сужавања легалитета класичних одбрамбених мера, тако да неке мере које су се некад сматрале дозвољеним данас се сматрају недозвољеним,¹³¹ а од мера одбране које по својим карактеристикама представљају концентрације могу се издвојити следеће мере:

- *СТИЦАЊЕ И РАСПОЛАГАЊЕ ЗНАЧАЈНОМ ИМОВИНОМ* обухвата различите стратегије којима је заједничко да циљно друштво стиче имовину или располаже својом имовином у циљу одбране од непријатељског преузимања (продаја крунског драгуља – *crown jewel defense*, корпоративно самоуништење, ликвидација друштва, продаја целокупне имовине и др.).¹³²

¹³⁰ Мере одбране привредног друштва од преузимања контроле јесу радње које органи друштва предузимају у границама својих надлежности, а којима се може онемогућити или отежати преузимање контроле. (Вид. В. Радовић, 18). То су различите мере и стратегије које се предузимају путем промена у организационој структури, у структури власништва капитала и у имовинским односима друштва.

¹³¹ Мирко Васиљевић, „Маргиналије о неким општим питањима заштите права акционара у контексту Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената”, *Право и привреда* 1-4/2003, 14.

¹³² Вид. В. Радовић, 416-420; Радивоје Петрикић, „Одбрамбене стратегије предузећа против тзв. 'непријатељског преузимања' – hostile takeover“, *Правни живот* 11/2000, 357; Лана Јанковић, „Преузимање акционарских друштава“, *Правни живот* 11/2003, 123.

- *Уговорне клаузуле промене контроле* обухватају разноврсне уговорне одредбе између циљног друштва и трећих лица (пословних партнера или потенцијалних стичалаца контроле), којима се сауговорачима циљног друштва дају одређена имовинска права у случају промене контроле над циљним друштвом.¹³³

- *Тражење конкурентске понуде – одбрана проналажењем белог витеза* јесте мера одбране којом управа циљног друштва покушава да пронађе лице које би упутило конкурентску јавну понуду за преузимање.

- *Продаја акција белом ититоноши* (стицање учешћа у сопственом капиталу од стране пријатељског лица) јесте мера одбране којом циљно друштво емитује нове акције или пријатељском друштву, незаинтересованом за преузимање контроле, продаје сопствене акције које је претходно стекло.¹³⁴

- *Противпунда (рас-тап одбрана)* јесте мера одбране код које циљно друштво упућује јавну понуду за преузимање понудиоца.

1.6. Фискалне погодности

Евазиони мотиви нису одлучујући за повезивање учесника на тржишту и веома мало концентрација је мотивисано искључиво фискалним погодностима. Пореске олакшице као мотив за концентрације само незнатно утичу на учеснике на тржишту приликом одлучивања о реализовању концентрација, тако да је остваривање фискалних погодности посредни ефекат њиховог повезивања.¹³⁵

Пошто је пореским обвезницима дозвољено да своје пословање организују тако да могу да плате мањи порез и да на прописан начин користе пореске олакшице, учесници на тржишту који учествују у концентрацији могу да планирају и организују своје пословне активности тако да минимизују пореске

¹³³ В. Радовић, 425. Вид. и Л. Јанковић, 122.

¹³⁴ В. Радовић, 455. Вид. и Л. Јанковић, 121.

¹³⁵ Вид. М. de la Mano, 67; Alan J. Auerbach, David Reishus, „The Effects of Taxation on the Merger Decision“, *Corporate Takeovers: Causes and Consequences* (ed. Alan J. Auerbach), University of Chicago Press, Chicago – London 1988, 157; D. W. Carlton, J. M. Perloff, 23.

трошкове, руководећи се остваривањем фискалних погодности на законит начин.¹³⁶ Ове погодности важе за учеснике на тржишту који се у смислу пореских прописа сматрају повезаним лицима, дакле и за учеснике у концентрацији, а најзначајније погодности су следеће:

- *Трансферне цене* су цене које настају у вези са трансакцијама средствима или стварањем обавеза међу повезаним лицима (испорука добара, пружање услуга, уступање уз накнаду права интелектуалне својине, давање позајмице и др.), а које могу значајно одступати од цена које се формирају за исте или сличне трансакције између неповезаних лица.¹³⁷ Утврђивањем трансферних цена у међусобним трансакцијама, повезана лица могу да изврше реалокацију профита и искажу умањени профит, и на тај начин минимизују укупну пореску обавезу, односно плате мањи порез од пореза који би платили да се трансакција одвија између неповезаних лица.

Трансферне цене се нарочито појављују на међународном тржишту, код мултинационалних компанија, када домаћа филијала покушава да пренесе профит у трећу земљу (у којој је, нпр. седиште матичног друштва), тако што испоручује робу по повлашћеној цени или фиктивно одобрава кредит матичном друштву.¹³⁸ Тако се преноси добит из земаља са вишим пореским стопама у земље са ниским пореским стопама и на тај начин умањује порез на добит, а увећава профит после опорезивања на нивоу целе мултинационалне компаније.

На домаћем тржишту, трансферне цене се могу користити у случајевима када се учесницима на тржишту дају порески подстицаји за оснивање нових пословних јединица у недовољно развијеним подручјима или за улагања у основна средства. У таквим случајевима, могуће је трансферним ценама пренети

¹³⁶ Ефекти концентрација у погледу смањења пореских трошкова резултат су законите пореске евазије, јер учесници на тржишту умањују пореску обавезу не кршећи при том пореске законе (легитимно и нелегитимно минимизовање пореске обавезе). Незаконита пореска евазија обухвата поступке пореских обвезника усмерене на избегавање плаћања пореза којима се крши порески закон. Вид. Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд 2009, 43-44.

¹³⁷ Вид. *ibid.*, 325.

¹³⁸ Вид. Дејан Поповић, „Порескоправни третман групе компанија“, *Анали* 5-6/1991, 772.

профит у (новоосновано) повезано лице које има право на пореско ослобођење или порески кредит и тако умањити своје приходе, односно профит.

- *Утањена капитализација* се односи на ситуацију у којој је сопствени капитал привредног друштва много мањи од позајмљеног капитала и она најчешће настаје због неповољнијег фискалног третмана дивиденди од фискалног третмана камата које се плаћају зајмодавцима. Зато повезана лица често успостављају структуру капитала у којој је удео сопственог капитала минималан у поређењу са уделом капитала који је добијен у облику кредита од повезаних лица. Поред тога, оваква структура капитала се успоставља и због економског двоструког опорезивања, које погађа само дивиденде, а не и камате.¹³⁹ Ипак, у упоредном праву, порески прописи предвиђају ограничења утањене капитализације прописивањем дозвољеног фиксног односа између позајмљеног и сопственог капитала, применом принципа „ван дохвата руке“ или применом правила о забрани злоупотребе права, односно применом доктрине *fraus legis*, која се примењује како би се спречило изигравање закона путем утањене капитализације.¹⁴⁰

- *Пореско консолидовање* омогућава повезаним учесницима на тржишту да, са пореског становишта, буду третирани као један порески обвезник, тако да се пословни губици настали у једном друштву могу пребити са добити коју је остварило друго друштво, да би се укупна пореска обавеза за целу групу смањила.

- Пореске погодности у виду *афилијационе привилегије* или *индиректног пореског кредита* пружају се повезаним привредним друштвима да би се у случају међукомпанијских дивиденди избегло економско двоструко опорезивање (сукцесивно опорезивање), тј истовремено опорезивање добити филијале из које

¹³⁹ Двоструко опорезивање постоји када више пореских власти, које су истог ранга, опорезује исто лице, у вези са истим објектом, истим или сличним порезима за исти период. Двоструко опорезивање у правном смислу (двоструко правно опорезивање) постоји ако се оно дешава истом пореском обвезнику, а ако се не ради о истом обвезнику, онда је реч о економском двоструком опорезивању. Економско двоструко опорезивање постоји када се на исти начин опорезују два, у правном смислу различита, али економски идентична или бар повезана пореска обвезника. Вид. Д. Поповић (2009), 201-205. и 207.

¹⁴⁰ Вид. *ibid.*, 328-330; Д. Поповић (1991), 770-772.

се исплаћују дивиденде матичном друштву и добити матичног друштва у коју су укључене дивиденде примљене од филијале. Прва погодност се састоји у томе што се дивиденде које је матична компанија примила од своје филијале изузимају из основице пореза на добит који плаћа матична компанија. Друга погодност се односи на право матичног друштва да може, пошто је дивиденде примљене од филијале укључила у опорезиву добит, да умањи свој обрачунати порез на добит правних лица за износ који одговара порезу који је филијала платила на добит из које су дивиденде исплаћене.¹⁴¹

1.7. Стицање тржишне моћи

У економском смислу, учесници на тржишту се повезују из два основна разлога: да увећају тржишну моћ и да генеришу економску ефикасност, али увек у циљу максимизације профита. То значи да се неке концентрације реализују искључиво у циљу повећања тржишне моћи, и да је некада прави разлог за концентрације жеља учесника на тржишту да уклоне конкуренцију на тржишту.

Концентрације, по дефиницији, уклањају постојеће конкуренте са тржишта, тако да учесници у концентрацији стичу (знатно) већу тржишну моћ од тржишне моћи коју су имали пре концентрације. Уклањањем конкурентских притисака, учесници у концентрацији имају могућност да самостално искоришћавају стечену тржишну моћ (нпр. да повећају цене) и да ту моћ злоупотребе и тиме наруше конкуренцију (*унилатерални ефекти концентрација*). Истовремено, учесници у концентрацији могу да наруше конкуренцију усаглашавањем са другим учесницима на тржишту, пошто се због умањења броја конкурентата на тржишту олакшава настанак и одржавање картела, односно закључивање рестриктивних споразума (*координативни ефекти концентрација*).

Ипак, у условима строге контроле концентрација, било би бесмислено наводити ове разлоге приликом пријављивања концентрације, иако је намера елиминисања конкурентата у самој природи конкурентске борбе у којој не могу сви да опстану. Управо је повећање тржишне моћи учесника на тржишту који

¹⁴¹ Вид. Д. Поповић (2009), 347-350.

преузимају контролу над другим учесником основна предност концентрација и њихово традиционално објашњење,¹⁴² тако да учесници у концентрацији морају своју концентрацију да бране аргументом увећања економске ефикасности. Због тога се може прихватити кратко објашњење контроле концентрација, према којем контрола значи да учесници на тржишту не могу једноставно да избегну конкуренцију куповином својих конкурената.¹⁴³

1.8. Диверзификација

У циљу смањења ризика пословања, учесници на тржишту могу да проширују делатности растом изван њихових постојећих основних делатности, ширењем производног асортимана или уласком на нова географска тржишта. Руководећи се принципом да не треба „играти на само једну карту“, учесници на тржишту уносе промене у своје пословање и диверзификују пословне активности тако што се повезују са другим учесницима који нуде (потпуно) другачије производе или са субјектима са којима уопште нису повезани у процесу производње или дистрибуције. На тај начин они смањују ризик пословања који произлази из ослањања на само једну делатност.

Диверзификација је карактеристична за конгломератске концентрације, али се оне, упркос бројним користима диверзификације (брза експанзија и приступ новим инпутима и домаћим и међународним тржиштима), данас веома ретко спроводе, будући да учесници на тржишту сматрају да им је профитабилније да се специјализују за мали број делатности или да се одреде за основну делатност.¹⁴⁴

¹⁴² В. Бесаровић (2008), 274; R. Romano, 142.

¹⁴³ Вид. Joaquín Almunia, „The past and the future of merger control in the EU“, Speech/10/486, Global Competition Review's conference, Brussels, 28 September 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-486_en.htm?locale=en, 26. децембар 2013, 5.

¹⁴⁴ G. Monti (2007a), 272.

2. ЕФЕКТИ КОНЦЕНТРАЦИЈА НА КОНКУРЕНЦИЈУ

Иако се концентрацијама остварују бројне користи за учеснике на тржишту и за друштво у целини, концентрације могу изазвати и одређене штетне ефекте који се огледају у нарушавању конкуренције, које последично води умањењу економске ефикасности и губитку друштвеног благостања. Могући негативни ефекти концентрација на конкуренцију сврставају се у две основне групе – унилатералне и координативне ефекте.

Унилатерални или некоординисани ефекти (unilateral, non-coordinated effects) јављају се због стицања, односно јачања тржишне моћи учесника у концентрацији и слабљења конкурентских притисака који су постојали пре концентрације, будући да након концентрације нестаје значајан конкурент са тржишта.¹⁴⁵ Увећавањем тржишне моћи, учесници у концентрацији имају прилику да нпр. повећају цене својих производа, што се може негативно одразити благостања потрошача и тиме на друштвено благостање.¹⁴⁶ Наиме, уклањањем конкурентских притисака настаје опасност да ће повезани учесници на тржишту злоупотребити стечену тржишну моћ и тиме нарушити конкуренцију. Могуће нарушавање конкуренције, дакле, било би резултат самосталних, једностраних активности учесника у концентрацији, односно новонасталог тржишног учесника, а не усклађеног понашања тржишних учесника након концентрације, јер повезани учесници могу самостално да искоришћавају тржишну моћ која је настала, не прибегавајући координисаним активностима са другим учесницима на тржишту.

¹⁴⁵ У прописима ЕУ употребљава се израз *некоординисани ефекти (non-coordinated effects)*, а у америчкој пракси израз *унилатерални ефекти (unilateral effects)*.

¹⁴⁶ У смислу правила ЕУ о контроли концентрација, тржишна моћ се односи на способност учесника на тржишту да профитабилно повећавају цене, смањују обим производње, избор или квалитет производа, иновације, или да на неки други начин (негативно) утичу на параметре конкуренције. Вид. чл. 8. Смерница за оцену хоризонталних концентрација и чл. 10. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација. У економској литератури, тржишна моћ се означава као способност учесника на тржишту да утичу на цену својих производа, односно да одрживо подижу цену изнад граничних трошкова. Вид. William M. Landes, Richard A. Posner, „Market Power in Antitrust Cases“, *Harvard Law Review* 5/1981, Vol. 94, 937 и 939; M. Motta, 41.

Координативни или координисани ефекти (coordinated effects) настају услед смањења броја тржишних учесника, пошто се, повезивањем учесника, након концентрације умањује број конкурената на тржишту. На тај начин се олакшава међусобно усаглашавање преосталих учесника, па се, с обзиром на мањи број субјеката на тржишту, увећава вероватноћа закључивања рестриктивних споразума, односно настанка и одржавања картела. Нарушавање конкуренције би у том случају било последица координисаних активности учесника у концентрацији са другим учесницима на тржишту, односно резултат усаглашавања учесника на тржишту после концентрације, јер би новонастали тржишни учесник могао да доноси пословне одлуке очекујући да ће такве одлуке донети и његови конкуренти.

2.1. Унилатерални ефекти

2.1.1. Хоризонталне концентрације

Унилатерални ефекти су најизраженији у случају хоризонталних концентрација, јер је слабљење међусобних конкурентских притисака последица директног утицаја концентрације на тржишну структуру. Хоризонталне концентрације смањују број учесника на тржишту који су активни на релевантном тржишту и увећавају тржишну концентрацију, за разлику од нехоризонталних концентрација, које немају овакав утицај на тржишну структуру. Учесници у хоризонталној концентрацији су међусобни конкуренти, па се њиховим повезивањем могу непосредно уклонити важни међусобни конкурентски притисци који су постојали пре концентрације, будући да након концентрације нестане значајан конкурент са тржишта.

Тиме се умањује конкуренција на тржишту, а учесници у концентрацији стичу или увећавају тржишну моћ, што им даје прилику да злоупотребе свој положај (нпр. да повећају цене производа). Према томе, основно питање на које надлежно тело мора да одговори јесте да ли ће после уклањања међусобних конкурентских притисака учесници у концентрацији моћи самостално да

искоришавају стечену тржишну моћ (нпр. повећају цене) и на тај начин наруше конкуренцију.

У условима савршене конкуренције, када би један од учесника у концентрацији повећао цене пре концентрације, он би тада изгубио један део прихода од продаје зато што би се купци преусмерили на куповину од осталих учесника на тржишту, чиме би се смањио обим продаје његових производа. Концентрација умањује ове појединачне конкурентске притиске, тако да учесници у концентрацији остварују непосредне користи од концентрације. Међутим, користи од концентрације и уклањања међусобних конкурентских притисака могу имати и учесници на тржишту који не учествују у концентрацији (конкуренти учесника у концентрацији), јер ће се у случају повећања цена након концентрације део потрошача преусмерити на куповину од њих. Конкуренти би након концентрације такође могли да повећају цене својих производа, мада у мањем износу него учесници у концентрацији, уколико би то за њих било профитабилно.¹⁴⁷

Да би се повећање цена након концентрације сматрало унилатералним ефектом, реакције учесника на тржишту на повећање цена (и последично ново повећање цена) не смеју се заснивати на било каквом прећутном или изричитом усаглашавању конкурената на тржишту након концентрације, јер би се у том случају повећање цена сматрало координативним ефектом концентрације. Повећање цена мора бити резултат процене учесника на тржишту да ће оно након концентрације бити профитабилно, без обзира на то какве ће бити реакције других учесника. Реакције других субјеката на повећање цена након

¹⁴⁷ Вид. чл. 24. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Више Simon Bishop, Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law – concepts, application and measurement*, Sweet and Maxwell, London 2002, 264; M. Motta, 233-234; G. Monti (2007a), 257; Mladen Cerovac, *Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika*, Klasa: 011-02/2005-01/17, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb 2005, 24-26; Vincent Verouden, Claes Bengtsson, Svend Albaek, „The Draft EU Notice on horizontal mergers: a further step toward convergence“, *Antitrust Bulletin* 1-2/2004, Vol. 49, 249-252; Marc Ivaldi *et al.*, *The Economics of Unilateral Effects*, Interim Report for DG Competition, European Commission, 2003, http://idei.fr/doc/wp/2003/economics_unilaterals.pdf, 21.05.2013, 22-23.

концентрације не треба мешати са координативним ефектима концентрације, јер су учесници у концентрацији првобитно повећали цене не узимајући у обзир какав ће бити одговор преосталих субјеката на тржишту.

У сваком случају, уклањање међусобних конкурентских притисака након концентрације може изазвати значајне негативне ефекте на конкуренцију, што може довести до повећања цена и нанети штету потрошачима. Концентрација која има наведене ефекте може нарушити конкуренцију првенствено стицањем, односно јачањем доминантног положаја учесника у концентрацији који има знатно веће тржишне учешће од следећег конкурента након концентрације. Међутим, унилатералне ефекте могу изазвати и концентрације на олигополским тржиштима, која одликује структура са ограниченим (мањим) бројем већих учесника на тржишту, где нема једног доминантног учесника. То је својеврстан облик равноправног учешћа малог броја учесника на тржишту који имају релативно велике и изједначене тржишне уделе, између којих постоји међузависност која није резултат договора, тако да понашање једног учесника на тржишту има знатан утицај на укупне тржишне услове и посредан утицај на положај свих осталих учесника.¹⁴⁸ Учесници на олигополском тржишту морају да воде рачуна о понашању других учесника, јер сви учесници узимају у обзир одлуке својих конкурената.

Пошто између учесника на олигополском тржишту постоји међусобна зависност, њиховим повезивањем уклањају се важни конкурентски притисци који су постојали између њих (нпр. повезивање другог и трећег највећег учесника на тржишту, чиме се ствара други најснажнији учесник на тржишту). То значи да и овакве концентрације, мада веома ретко, могу изазвати нпр. повећање цена због јачања тржишне моћи повезаних олигополиста и нарушити конкуренцију, чак и када постоји мала вероватноћа усаглашеног деловања учесника на олигополском тржишту.

¹⁴⁸ Вид. чл. 25, фн. 29. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Вид. и Luc Peereporkorn, Vincent Verouden, „The Economics of Competition“, *Faull and Nikpay – The EC Law of Competition* (eds. Faull Jonathan, Nikpay Ali), Oxford University Press, New York 2007, 24.

Приликом анализе предложене хоризонталне концентрације и утврђивања вероватноће настанка унилатералних ефеката у будућности, надлежно тело узима у обзир бројне чиниоце, који, када се посматрају одвојено, не морају бити одлучујући за доношење одлуке о концентрацији. При томе, неки од чинилаца предвиђених прописима не морају се узети у обзир уколико не постоје у појединим случајевима, а могу се навести и други чиниоци, јер се предвиђени чиниоци сматрају најзначајнијим чиниоцима који утичу на испољавање унилатералних ефеката.

Величина тржишних удела учесника у концентрацији и њихово повећање након концентрације сматра се првим показатељем стицања, односно јачања тржишне моћи учесника у концентрацији. Сматра се да би концентрације чији учесници имају велике тржишне уделе могле нарушити конкуренцију, јер што је већи тржишни удео неког од учесника и што се више повећавају тржишни удели учесника у концентрацији, то је већа вероватноћа да учесници поседују тржишну моћ и да ће концентрација утицати на знатно повећање њихове тржишне моћи.

Међутим, иако је величина тржишног учешћа важан чинилац у анализи, велики тржишни удели не значе нужно и поседовање знатне тржишне моћи. Наиме, тржишни удели су променљиви, а чак и када су велики, учесници у концентрацији могу и даље бити суочени са оштром конкуренцијом, као што такви удели могу бити неутралисани уласком нових конкурената на тржиште. То значи да чињеница да ће новонастали тржишни ентитет бити највећи учесник на тржишту није одлучујућа околност која ће утицати на предвиђање о повећању цена после концентрације.

Степен конкурентског односа између учесника у концентрацији зависи, између осталог, и од врсте производа које они нуде, па и вероватноћа повећања цена после концентрације зависи од тога да ли су производи учесника у концентрацији блиски супститути. Што је већи степен заменљивости између производа учесника у концентрацији, већа је вероватноћа да ће после концентрације они повећати цене. То значи да би конкуренцију могла нарушити концентрација чији учесници нуде производе које знатан број потрошача сматра својим првим и другим избором.

Међутим, вероватноћа повећања цена истовремено се смањује уколико су производи учесника у концентрацији блиски супститути производима њихових конкурената, јер учесници у концентрацији немају подстицај да повећају цене ако конкуренти нуде производе који су блиски супститути њиховим производима. Сматра се зато да постоји мала вероватноћа да ће концентрација угрозити конкуренцију уколико постоји висок степен заменљивости између производа учесника у концентрацији и производа других, конкурентских учесника на тржишту.

Степен заменљивости производа зависи од тога у којој мери су производи диференцирани, пошто учесници на тржишту теже да понуде производе који се бар мало разликују од производа конкурената, како би се на тај начин издвојили од других учесника и стекли одређену конкурентску предност над њима. Реч је о (сличним) производима који имају исту намену и који задовољавају исту потребу, и у том погледу су међусобно заменљиви, али који ипак нису идентични и нису савршени супститути. Производи на једном релевантном тржишту, дакле, могу бити диференцирани тако да су неки производи ближи супститути од других производа, а разликовање може бити извршено на различите начине. Постоји диференцирање према својствима, квалитету, величини или географској локацији производа, према техничким спецификацијама, према активностима произвођача (оглашавање на тржишту, стварање робне марке) и др.

Пракса Европске комисије је показала да, приликом разматрања „блискости“ учесника у концентрацији или узимања у обзир уклањања конкуренције између њих, чињеница да су производи учесника у концентрацији блиски супститути представља отежавајућу околност у поступку оцене унилатералних ефеката концентрације. То су случајеви у којима су велики тржишни удели снажни показатељи стицања доминантног положаја, односно јачања тржишне моћи, тако да је Комисија ову околност користила као додатну аргументацију да учврсти своје мишљење о унилатералним ефектима. Међутим, Европска комисија је више пута прихватила чињеницу да производи учесника у концентрацији *нису* блиски супститути као аргумент одбране у случајевима када су учесници у концентрацији стекли велики тржишни удео после концентрације. На тај начин, Комисија је користила ову важну аргументацију да одобри

концентрацију, упркос стицању великог тржишног учешћа након концентрације.¹⁴⁹

Вероватноћа да ће хоризонтална концентрација угрозити конкуренцију увећава се и: 1) уколико купци имају ограничену могућност да промене добављаче (посебно ако су се купци снабдевали код различитих добављача који су се касније повезали концентрацијом); 2) уколико је вероватно да конкуренти учесника у концентрацији неће повећати обим производње у случају повећања цена (што може подстаћи учеснике у концентрацији да смање обим производње уз истовремено повећање цена); 3) уколико су учесници у концентрацији у могућности да спрече ширење конкурената, односно да онемогуће њихово јачање на тржишту ограничавањем способности конкурената да се надмећу на тржишту (нпр. контролом инпута или дистрибуције, контролом над патентима или другим правима интелектуалне својине и др.).¹⁵⁰

Посебну пажњу би требало обратити на концентрације које уклањају важне конкурентске притиске оних учесника на тржишту чији (мали) тржишни удели не одражавају утицај који они имају на конкуренцију, нарочито ако је тржиште већ концентрисано.¹⁵¹ Пре свега, реч је о концентрацијама чији учесници могу изменити динамику тржишног надметања, као што су учесници на тржишту који су недавно ушли на тржиште и за које се очекује да ће у будућности бити веома снажни тржишни учесници, или учесници који врше значајан конкурентски притисак на остале учеснике на тржишту и спречавају их да повећају цене својих производа (тзв. отпадник, енг. *maverick*). У овом случају, „отпадником“ се означава релативно мали тржишни учесник који не следи уобичајене тржишне токове, односно који одступа од пословних политика свих конкурената, па се због тога сматра веома активним учесником на тржишту који ствара велики

¹⁴⁹ Вид. Sven B. Volcker, „Mind The Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control“, *European Competition Law Review* 7/2004, Vol. 25, 397-400.

¹⁵⁰ Вид. чл. 31-36. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

¹⁵¹ Вид. чл. 37-38. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Анализу уклањања важних конкурентских притисака, као једног од чинилаца који се узима у обзир приликом оцене унилатералних ефеката, требало би уклопити у анализу могућности губитка потенцијалне конкуренције након концентрације.

конкурентски притисак на остале учеснике на тржишту. Затим, то су концентрације у којима учествују учесници на тржишту који су иноватори и чије иновације могу допринети јачању конкуренције на тржишту. Иновације се односе на производе који су тек у припреми – у фази развоја или испитивања (енг. *pipeline products*), а који су везани за специфично тржиште производа. Ако је реч о производима чији се развој или испитивање налази у завршној фази и за које је извесно да ће се ускоро серијски производити, такви производи се означавају као *promising pipeline products*. Овакви производи су чести нпр. у фармацеутској индустрији.¹⁵²

Наведене концентрације показују да тржишно учешће није пресудан чинилац који утиче на стварање конкурентских притисака, тако да учесници на тржишту са релативно малим тржишним уделом могу вршити снажан конкурентски притисак на остале учеснике на тржишту.¹⁵³ Због тога се овакве концентрације могу забранити ако се процени да ће нарушити конкуренцију услед слабљења конкурентских притисака. Међутим, концентрације у којима учествују иноватори важне су зато што могу имати и значајне позитивне ефекте на конкуренцију, па би требало водити рачуна о томе да се њихова оцена не претвори у „кажњавање иновативних лидера зато што су превише иновативни“.¹⁵⁴ Оцена ових концентрација не би смела да значи да ће повезивање учесника на тржишту који имају мало тржишно учешће, а који доносе важне иновације, бити забрањено.

2.1.2. Нехоризонталне концентрације

Вертикалне и конгломератске концентрације не уклањају директне конкурентске притиске и не врше директан утицај на тржишну структуру, али се

¹⁵² Вид. М. Cerovac (2010), 114.

¹⁵³ Вид. случај *T-Mobile/tele.ring*, бр. COMP/M.3916, одлука Европске комисије од 26.04.2007, *O.J.*, бр. L. 88/2007.

¹⁵⁴ Вид. Stefan Voigt, Schmidt André, „The Commission’s Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?“, *Common Market Law Review* 6/2004, Vol. 41, 1586.

конкуренција може нарушити успостављањем баријера уласку новим конкурентима, односно контролом процеса уласка на тржиште. Ефекат затварања тржишта услед предупредивања конкуренције (енг. *foreclosure*) јавља се у случајевима када је, због концентрације, стварним или потенцијалним конкурентима онемогућен или отежан приступ тржишту набавке и продаје, чиме се умањује могућност или умањују подстицаји тим конкурентима да се надмећу на тржишту. Услед оваквог затварања тржишта, учесници у концентрацији увећавају тржишну моћ, јер имају могућност да профитабилно подижу цене које наплаћују потрошачима.

а) Вертикалне концентрације

Код вертикалних концентрација, ефекат затварања тржишта може дестимулисати улазак или ширење конкурената или подстаћи њихов излазак са тржишта. Ипак, излазак са тржишта није неопходан да би се сматрало да је овај ефекат настао, пошто је довољно да су конкуренти у неповољнијем положају и да им је самим тим умањена конкурентност.¹⁵⁵

Смернице ЕУ за оцену нехоризонталних концентрација разликују два облика затварања тржишта у случају вертикалних концентрација: ограничавање приступа инпутима (*input foreclosure*) и ограничавање приступа купцима (*customer foreclosure*). Ограничавање приступа инпутима постоји када се након концентрације повећавају трошкови конкурената који послују на низводном тржишту услед ограничавања њиховог приступа важном инпуту, а ограничавање приступа купцима постоји у случају искључења конкурената који послују на узводном тржишту услед ограничавања њиховог приступа купцима.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Вид. чл. 29. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

¹⁵⁶ Вертикалне концентрације могу имати и друге унилатералне ефекте, као што је приступ осетљивим пословним информацијама које се односе на активности конкурената на низводном и узводном тржишту. Вид. случајеве *Cendant/Galileo* (бр. COMP/M.2510, одлука Комисије од 24.09.2001, т. 37), *Gees/Unison* (бр. COMP/M.2738, одлука Комисије од 17.04.2002, т. 21), *Charterhouse/CDC/Telediffusion de France* (бр. COMP/M.2925, одлука Комисије од 15.11.2002, т. 37-

Овакав приступ Европске комисије у складу је са модерним анализама ефеката вертикалних концентрација којима се утврђује како искључивање конкурената увећава трошкове конкурената или смањује њихове приходе и како се ови негативни ефекти могу штетно одразити на конкуренцију, односно на потрошаче и економску ефикасност.¹⁵⁷ Анализе полазе од индиректне везе између вертикалне концентрације, с једне стране, и увећања тржишне моћи и угрожавања конкуренције, с друге стране, будући да вертикалне концентрације не уклањају директне конкуренте са тржишта. Након повезивања учесника на тржишту који послују на различитим тржиштима, учесник на тржишту који је претходно само пословао нпр. на узводном тржишту сад посредно постаје конкурент учесника који послују на низводном тржишту, јер се спојио са учесником који послује на низводном тржишту, а који је директан конкурент осталим учесницима на том тржишту. У таквим околностима, постоји вероватноћа да би учесници у концентрацији стицањем или јачањем доминантног положаја на узводном тржишту могли ограничити приступ инпутима, односно стицањем или јачањем доминантног положаја на низводном тржишту могли ограничити приступ купцима, чиме би се могла нарушити конкуренција.

У случају *ограничавања приступа инпутима*, конкурентима је отежан приступ инпутима које би они иначе могли да прибаве да концентрација није реализована, чиме се увећавају њихови трошкови услед отежаног снабдевања. Наиме, учесници у концентрацији могу да одбију да продају инпуте конкурентима на низводном тржишту или да им их продају по вишим ценама, што увећава трошкове конкурената. Конкурентима је теже да прибаве инпуте по сличним ценама или условима који су постојали пре концентрације, а учесници у концентрацији су у могућности да профитабилно повећају цене које наплаћују потрошачима, чиме се може значајно угрозити конкуренција. При томе, није неопходно да су конкуренти учесника у концентрацији приморани да изађу са

38), *TomTom/Tele Atlas* (бр. COMP/M.4854, одлука Комисије од 14.05.2008, т. 252-276), *Nokia/NAVTEQ* (бр. COMP/M.4942, одлука Комисије од 02.07.2008, т. 380-389).

¹⁵⁷ Jeffrey Church, „Vertical Mergers“, *Issues in Competition Law and Policy – Vol. 2* (eds. W. D. Collins et al.), ABA Section of Antitrust Law, Chicago 2008, 1472.

тржишта, пошто је битно утврдити да ли повећани трошкови инпута воде повећању цена за потрошаче.¹⁵⁸

Конкуренти учесника у концентрацији приморани су због тога да повећају цене производа или да смање марже, али ће у оба случаја бити у неповољном положају. Уколико повећају цене, изгубиће део потрошача који ће куповати производе по нижој цени, што ће довести до смањења тражње за њиховим производима и тиме до смањења обима производње. Уколико смање марже да би задржали исте цене, приходи ће им бити умањени, што ће угрозити њихово пословање и условити смањење улагања, нпр. у истраживање и развој. Тиме ће бити оштећени и потрошачи, због смањеног избора и квалитета производа.¹⁵⁹

У Смерницама за оцену нехоризонталних концентрација, предвиђено је да, приликом процене ограничавања приступа инпутима, Европска комисија испитује: 1) способност (*ability*) учесника у концентрацији да након концентрације ограниче приступ инпутима (могућност предузимања било каквог облика дискриминације у погледу снабдевања инпутима, ограничавање приступа *важном* инпуту, поседовање значајне тржишне моћи на узводном тржишту); 2) постојање подстицаја (*incentive*) за искључивањем конкурената (профитабилност таквог понашања); и 3) да ли би такво понашање значајно угрозило конкуренцију на низводном тржишту.

Европска комисија заправо утврђује како пријављена концентрација утиче на цене које на узводном тржишту плаћају конкуренти на низводном тржишту и на цене које плаћају потрошачи, и у том смислу узима у обзир бројне ефекте концентрације како би одговорила на ово питање. Прво, Комисија утврђује да ли учесници у концентрацији имају интерес да наставе да продају инпуте или да подигну цене тих инпута. Затим утврђује како би се одбијање продаје или повећање цена инпута одразило на повећање трошкова конкурената. На крају, испитује се како би искључивање конкурената могло да утиче на могућност

¹⁵⁸ Вид. чл. 31. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

¹⁵⁹ Вид. Tea Jagić, „Оцјена вертикалних концентрација Европске комисије након ступања на снагу Смјерница за оцјену нехоризонталних концентрација – на примјерима одлука *TomTom/Tele Atlas* и *Nokia/NAVTEQ*“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2011, Vol. 61, 1611.

учесника у концентрацији који послује на низводном тржишту да подиже цене и да ли то користи потрошачима.¹⁶⁰

У случају *ограничавања приступа купцима*, после повезивања добављача са важним купцем на низводном тржишту, нови тржишни учесник може својим потенцијалним или стварним конкурентима на узводном тржишту (тржишту инпута), отежати приступ важним купцима и умањити њихову способност или подстицаје да се надмећу на тржишту. Учесници у концентрацији заправо могу да одбију да купују од конкурента на узводном тржишту, односно да се код њега снабдевају, чиме се умањују тражња за производима конкурената и њихови приходи.¹⁶¹ За разлику од ограничавања приступа инпутима, када учесници у концентрацији, односно доминантан тржишни учесник на узводном тржишту искључује учеснике на низводном тржишту, у случају ограничавања приступа купцима, доминантан учесник на низводном тржишту искључује конкуренте на узводном тржишту.

Приликом процене ограничавања приступа купцима, Европска комисија испитује: 1) способност ограничавања приступа купцима (смањивање обима куповине од конкурената на узводном тржишту); 2) постојање подстицаја за смањење обима куповине (профитабилност таквог понашања); и 3) да ли би такво понашање значајно угрозило конкуренцију на низводном тржишту. Европска комисија и судови ЕУ често су анализирали вертикалне концентрације (нпр. у сектору телекомуникација, ИТ сектору, медијском сектору и др.),¹⁶² тако да Смернице за оцену нехоризонталних концентрација одражавају њихову праксу у погледу оцене последица вертикалних концентрација.

Пре него што су усвојене Смернице за оцену нехоризонталних концентрација, Комисија је имала одређених проблема у погледу доказивања негативних ефеката вертикалних концентрација, посебно у случајевима *Tetra*

¹⁶⁰ M. Motta, 373-374.

¹⁶¹ Вид. J. Church (2008a), 1482; Alistair Lindsay, *The EC Merger Regulation – substantive issues*, Sweet and Maxwell, London 2006, 399; R. Whish, 808-809.

¹⁶² Вид. E. Navarro Varona *et al.*, 277-289; Ivo Van Bael, Jean-Francois Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, The Hague 2005, 813-817; G. Monti (2007a), 268-271; C. Esteva Mosso, 1469-1478.

Laval/Sidel и *GE/Honeywell*, када, према мишљењима судова, није успела да докаже да ће наведене концентрације значајно угрозити конкуренцију на заједничком тржишту. У овим случајевима, у којима су анализирани и конгломератски ефекти пријављених концентрација, Комисија је прво забранила концентрације,¹⁶³ да би после тога Општи суд поништио одлуке о забрани ових концентрација.¹⁶⁴ Суд правде је у случају *Tetra Laval* одбио жалбу Комисије и потврдио пресуду Општег суда.¹⁶⁵

Смернице за оцену нехоризонталних концентрација у том смислу дају важне одговоре на питања у вези са анализом ефеката вертикалних концентрација, а у складу са захтевима судова о пружању уверљивих доказа о угрожавању конкуренције, што се може видети у одлукама које је Комисија донела после усвајања Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.¹⁶⁶ Комисија је у Смернице уградила постојећу судску праксу у оцени вертикалних, односно нехоризонталних концентрација, тако да је на основу праксе створен правни оквир који омогућава да се утврђени критеријуми доследно примењују и даље развијају у појединачним одлукама Комисије и судова. Тиме се остварује важна предвидљивост и правна сигурност за учеснике на тржишту у погледу вертикалних, односно нехоризонталних концентрација.

У прописима Републике Србије није извршена подела концентрација, тако да не постоје посебна правила за оцену различитих врста концентрација. У том погледу било би веома корисно да Комисија за заштиту конкуренције, по угледу на Европску комисију, утврди посебне смернице или донесе упутство за оцену

¹⁶³ Случајеви *Tetra Laval/Sidel* (бр. COMP/M. 2416, одлука од 30.10.2001, *O.J.*, бр. L. 43/2004) и *General Electric/Honeywell* (бр. COMP/M. 2220, одлука од 3.7.2001, *O.J.*, бр. L. 48/2004).

¹⁶⁴ Случајеви *Tetra Laval v. Commission* (бр. T-5/02, одлука од 25.10.2002, *ECR 2002*, II-4381) и *General Electric v. Commission* (бр. T-210/01, одлука од 14.12.2005, *ECR 2005*, II-5575).

¹⁶⁵ Случај *Commission v. Tetra Laval* (бр. C-12/03 P, одлука од 15.2.2005, *ECR 2005*, I-987). Више о овим случајевима вид. Götz Drauz, „Unbundling *Ge/Honeywell*: The Assessment of Conglomerate Mergers Under EC Competition Law“, *Fordham International Law Journal* 4/2001, Vol. 25, 885 и даље.

¹⁶⁶ Вид. Raphaël De Coninck, „Application of the Nonhorizontal Merger Guidelines“, *Antitrust Bulletin* 4/2010, Vol. 55, 941-947; Т. Jagić, 1615-1621.

(не)хоризонталних концентрација, чиме би се допринело правној сигурности и извесности у пословању учесника на тржишту.

б) Конгломератске концентрације

Ефекти конгломератских концентрација испољавају се на различитим тржиштима, будући да учесници у концентрацији нису конкуренти, већ послују у различитим привредним гранама, односно на неповезаним тржиштима. Учесници у концентрацији могу угрозити конкуренцију затварањем тржишта и искључивањем конкурената, тако што би могли да прошире доминантан положај и пренесу тржишну моћ са једног тржишта на друго тржиште, на штету потрошача (енг. *leverage, leveraging of market power*).

До искључивања конкурената може доћи када учесник на тржишту који има доминантан положај на једном тржишту има прилику да „пренесе“ тај положај на друго тржиште, односно да искористи своју тржишну моћ за јачање положаја на тржишту на којем нема доминантан положај и на којем је изложен конкуренцији и да са тог тржишта истисне конкуренте. Зато се ефекти конгломератских концентрација сматрају индиректним, за разлику од ефеката хоризонталних концентрација, који су директни и испољавају се у оквиру истог тржишта. Највећи проблем јесу ситуације у којима је истискивање конкуренције последица продаје производа која је условљена на такав начин да се њом повезују производи са различитих тржишта, а што је могуће учинити везаном трговином (*tying*) или тзв. продајом производа у пакету (*bundling*).¹⁶⁷

Груписање производа се обично односи на начин на који учесници у концентрацији нуде производе и одређују цене производа. У том смислу се разликују тзв. чисто груписање, када се производи продају само заједно у фиксним пропорцијама (*pure bundling*), и мешовито или комбиновано груписање,

¹⁶⁷ Вид. чл. 95-97. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација. Преношење тржишне моћи у ствари се односи на стицање могућности учесника на тржишту да везаном трговином или груписањем производа повећају обим продаје на другом тржишту.

када се производи могу купити и посебно, али је збир цена производа када се продају посебно већи од цене „пакета“ производа (*mixed bundling*).

Дакле, у првом случају, производи се нуде искључиво у јединственом пакету производа, али не и одвојено (нпр. аутомобил се продаје заједно са гумама, воланом, мотором, кочницама, радио уређајем и др.; карта за авионски превоз укључује и оброк за време лета; факултети имају програм наставе који укључује одређене предмете и сл.), а у другом случају, производи се продају и одвојено и у пакету, али се пакет тада продаје по нижој цени од укупне цене појединачних производа (нпр. куповина одређеног пакета *Microsoft Office*, који укључује све понуђене, односно одређене програме, продаје се јефтиније него када се програми купују посебно – *Word, Excel, PowerPoint* или *Outlook*; у ресторанима је дневни мени јефтинији од *à la carte* менија).

Разлика између чистог и мешовитог груписања није увек јасна, јер се мешовито груписање приближава чистом груписању што су цене пакета производа више или када се изједначавају са ценама појединачних производа. То значи да цена пакета мора бити ниска, а цене појединачних производа довољно високе да би се на тај начин привукли купци да купе пакет, а не појединачне производе.

Везана трговина се односи на ситуације у којима се куповина једног производа (*основни, везујући производ*, енгл. *tying product*) условљава куповином другог, одвојеног производа од истог произвођача, односно продавца (*везани производ*, енгл. *tyed product*). Везивање се може извршити на техничкој основи или помоћу уговора. Техничко везивање значи да је основни производ тако осмишљен да се може користити само уз везани производ, а не уз неки други производ који нуде конкуренти. Уговорно везивање значи да су купци уговором обавезни да уз основни производ купе и везани производ, без могућности да купе други конкурентски производ.

У првом случају, производи су физички повезани, па морају заједно да се купе (нпр. компанија *Microsoft* продаје оперативни систем *Windows* заједно са програмом *Windows Media Player*), а у другом случају, обавеза заједничке куповине утврђена је уговором (нпр. када је куповина копир апарата, односно штампача условљена куповином тонера, папира или другог потрошног материјала

искључиво од истог продавца; када је куповина одређених телевизијских канала, односно програмских садржаја (нпр. преноси сезонских спортских догађаја) условљена куповином услуга сателитске телевизије).¹⁶⁸

Разлика између мешовитог груписања и везивања огледа се у томе што је у случају мешовитог груписања могуће купити оба производа одвојено, док је у случају везивања могуће посебно купити само један производ, и то везани производ. У случају мешовитог груписања нема тзв. приморавања, односно потпуног ограничавања избора купаца, па је производе могуће купити посебно, а постоји само подстицај, у виду ниже цене, да се производи купе заједно, у пакету. Разлика између чистог груписања и везивања постоји зато што је у случају везивања могуће купити један производ посебно (везани производ), и само он се и може купити посебно, док у случају чистог груписања то није могуће, јер се производи могу купити само у пакету.¹⁶⁹ Поред тога, разлика између ова два облика понашања постоји зато што се куповина у пакету у случају чистог груписања заснива на фиксним пропорцијама, па је могуће купити само нпр. један аутомобил са једним мотором, а не и један аутомобил са два мотора (што се може представити као А-Б, 2А-2Б, 3А-3Б итд.), док у случају везане трговине количина везаног производа зависи од потреба купаца и разликује се од купца до купца, па је могуће купити један копир апарат и нпр. 10 или 20 тонера, уз могућност да се накнадно купе додатни тонери (што се може представити као А-Б, А-2Б, А-3Б, итд.).¹⁷⁰

Приликом анализе ефеката конгломератских концентрација, након што утврди способност учесника у концентрацији да искључе конкуренте (везивање и

¹⁶⁸ Више о везаној трговини и груписању производа као облицима злоупотребе доминантног положаја вид. R. Whish, 679-687. и 727-729; A. Jones, B. Suftrin, 514-528; I. Van Bael, J. Bellis, 962-968; R. J. Van den Bergh, P. D. Camesasca, 264-270; V. Korah (2007), 163-171; Barry Nalebuff, *Bundling, tying, and portfolio effects*, Part 1 – Conceptual Issues, Department of Trade and Industry, London 2003, 8 и даље.

¹⁶⁹ У случају чистог груписања избор купца се може представити као једина комбинација производа А и Б, тј. (А+Б); у случају мешовитог груписања избор је ограничен на следеће комбинације производа: (А+Б), А или Б; а у случају везане трговине на (А+Б) или само Б.

¹⁷⁰ Вид. и B. Nalebuff, 13-16.

груписање производа и др.), Европска комисија утврђује да ли они имају подстицај да то ураде (профитабилност таквог понашања) и да ли би њихово понашање значајно угрозило конкуренцију. Комисија је предвиђене захтеве примењивала и пре доношења Смерница за оцену нехоризонталних концентрација, а у својој пракси је потврдила да конгломератске концентрације заиста ретко угрожавају конкуренцију, иако је неколико пута донела одлуке којима је забранила пријављене конгломератске концентрације. Највећу пажњу су изазивали већ наведени случајеви *Tetra Laval/Sidel* и *GE/Honeywell*, као и ранији случај *Tetra Pak/Alfa-Laval*.¹⁷¹

Важне концентрације представљају и случајеви у којима је Комисија, приликом оцене концентрација применила тзв. портфолио теорију (*portfolio theory*).¹⁷² Ова теорија се односи на концентрације чији учесници нуде производе који не припадају истом релевантном тржишту производа, али који су ипак некако повезани или су комплементарни.¹⁷³ После концентрације, повезана друштва могу ове производе да продају заједно и да стекну тржишну моћ, јер купци више воле да се снабдевају код једног продавца него код више различитих продаваца. Учесници у концентрацији могу због тога да злоупотребе своју тржишну моћ, а њихови конкуренти могу бити приморани да напусте тржиште услед концентрације.

Као последица концентрације, повезани учесници на тржишту могу да понуде већи број производа и да прошире свој асортиман, што им даје могућност се стратешки понашају и да увећају тржишну моћ. Њихова тржишна моћ (тзв. портфолио моћ) превазилази у том случају укупну тржишну моћ коју би они имали када би појединачно нудили производе, односно коју би они самостално имали на одвојеним тржиштима ако концентрација не би била реализована.

¹⁷¹ Случај *Tetra Pak/Alfa-Laval*, бр. IV/M068, одлука од 19.07.1991, *O.J.*, бр. L. 290/1991. Више о пракси Комисије вид. G. Monti (2007a), 271-282; G. Drauz, 888-905; C. Esteva Mosso, 1478-80.

¹⁷² Вид. случајеве *Guinness/Grand Metropolitan* (бр. IV/M.938, одлука од 15.10.1997, *O.J.*, бр. L. 288/1998); *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* (бр. IV/M.794, одлука од 22.1.1997, *O.J.*, бр. L. 218/1997); *Coca-Cola Company/Carlsberg A/S* (бр. IV/M.833, одлука од 11.9.1997, *O.J.*, бр. L. 145/1998).

¹⁷³ M. Motta, 275.

Присутством на сваком од појединих тржишта, учесници у концентрацији стичу бољу конкурентску позицију од позиције коју би имали да су присутни само на једном тржишту.¹⁷⁴

Ипак, приликом примене ове теорије требало би имати у виду да је могуће и да учесници у концентрацији толико увећају ефикасност да су њихови конкуренти приморани да изађу са тржишта, без обзира на то што се учесници у концентрацији не понашају стратешки, што је друштвено пожељан исход. Затим, потребно је утврдити да ли ће учесници у концентрацији бити способни да искоришћавају тржишну моћ тако да могу да искључе конкуренте са тржишта, будући да се овакво стратешко понашање може очекивати само под одређеним условима и то много ређе него што би се могло очекивати.¹⁷⁵

2.2. Координативни ефекти

Груписањем учесника на тржишту помоћу концентрација утиче се на структуру тржишта, јер се обједињавањем учесника после концентрације смањује број конкурентата на тржишту. Тиме се стварају се услови за лакше међусобно усаглашавање преосталих тржишних учесника и за закључивање рестриктивних споразума између њих, чиме се омогућава стварање и јачање колективне тржишне моћи. Након концентрације се повећава вероватноћа настанка и одржавања картела, односно било којег облика дослуха између учесника на тржишту (изричитог, прећутног, усаглашене праксе), јер се смањују трошкови њиховог успостављања и надзора.

Концентрација може да промени природу тржишног надметања тако да учесници на тржишту који до тада нису деловали усаглашено, после концентрације могу лакше да координирају своје активности у погледу повећања цена или да на други начин наруше конкуренцију. Истовремено, концентрација може да допринесе лакшем, стабилнијем или ефективнијем координисању учесника који су заједнички деловали и пре концентрације, чинећи координисање

¹⁷⁴ Вид. А. Lindsay, 429-438; S. Bishop, M. Walker, 291.

¹⁷⁵ Вид. M. Motta, 275-276.

снажнијим, или омогућавањем учесницима на тржишту да се усаглашавају око још виших цена.

Координативни ефекти концентрација настају у ситуацијама када се након концентрације увећава вероватноћа усаглашавања учесника на тржишту у погледу повећања цена, промене обима производње, поделе тржишта и сл., и када учесници у концентрацији нису у могућности да нпр. једнострано повећају цене, већ то чине у дослуху за осталим учесницима на тржишту. Одлуке учесника у концентрацији да повећају цене донете су на основу очекивања да ће и њихови конкуренти повећати цене, што значи да усаглашавање може бити постигнуто и без закључивања изричитих споразума или прибегавања усаглашеној (договорној) пракси у смислу правила о забрани рестриктивних споразума.¹⁷⁶ Исход скривеног дослуха (нпр. повећање цена, ограничавање обима производње) исти је као исход изричитог дослуха, односно картела, будући да се учесници скривеног дослуха понашају као да постоји експлицитан споразум.

Овакво усаглашено деловање могуће је на тржишту чија је структура олигополска, тј. на тржишту на којем постоји кооперативни олигопол, тако да се након концентрације увећава вероватноћа да ће учесници на тржишту усклађивати своје понашање, што се посебно односи на концентрисана тржишта. Зато се приликом анализе координативних ефеката у ствари утврђује како концентрација утиче на стварање подстицаја за дослух, тј. за координисано понашање учесника на тржишту.

Приликом анализе координативних ефеката, тј. утврђивања вероватноће усклађивања, неопходно је утврдити: 1) да ли је могуће усклађено деловање и 2)

¹⁷⁶ У кооперативна понашања се убрајају отворени дослух (картел) и скривени дослух (прећутно усаглашавање). Скривени дослух (*tacit collusion*) не мора да се односи на „дослух“ у правном смислу и посебно не мора да се односи на било какву комуникацију између учесника на тржишту, јер су ефекти скривеног дослуха слични ефектима у случају картела. Вид. Marc Ivaldi *et al.*, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, 2003, http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf, 28.05.2013, 4 фн. 2; Gabriele Stirati, „The Appraisal of Collective Dominance and Efficiency Gains under the Substantive Test of the New EU Merger Regulation“, *Erasmus Law and Economics Review* 3/2004, Vol. 1, 258; L. Peepkorn, V. Verouden, 27.

да ли је такво деловање одрживо. Дакле, процењује се да ли ће концентрација учинити усаглашавање учесника на тржишту изводљивим и одрживим.¹⁷⁷ На овај начин се утврђује да ли промена тржишне структуре услед концентрације повећава ризик (вероватноћу) усаглашавања које би тржиште учинило мање конкурентним него што би било пре концентрације, а што представља суштину оцене утицаја концентрације на конкуренцију.¹⁷⁸

1) Могућност постизања договора о условима усклађеног деловања зависи од доста чинилаца, на основу којих се у сваком конкретном случају свеобухватном анализом процењује да ли је усаглашавање конкурената на релевантном тржишту могуће. Сматра се да постоји већа вероватноћа да ће се договор о условима усклађеног деловања постићи ако учесници на тржишту могу лако доћи до заједничког закључка о начину усклађеног понашања и ако се ради о учесницима који имају сличне или заједничке ставове о томе која радње се могу сматрати усклађеним понашањем, а које не.¹⁷⁹ Уколико не постоји референтна тачка за доношење пословних одлука учесника на тржишту, нема услова за усаглашавање, јер ниједан учесник на тржишту није сигуран да ли се усредредио на исту променљиву величину на коју су се усредредили његови конкуренти.¹⁸⁰

Један од најважнијих чинилаца који утиче на усаглашавање јесте број конкурената на тржишту, односно тржишна концентрација. Што је број конкурената мањи, олакшава се њихово усаглашавање, јер се лакше превазилазе тешкоће у координисању понашања. Уколико је број субјеката на тржишту после концентрације, односно број конкурената који треба да учествују у усаглашавању

¹⁷⁷ Детаљније о чиниоцима који утичу на постизање дослуха и о њиховом класификовању вид. М. Ivaldi *et al.* (2003б), 11-70; А. Lindsay, 302-353; М. Motta, 142-159. и 251; I. Van Bael, J. Bellis, 826-831; Simon Bishop, Andrea Lofaro, „A legal and economic consensus? The theory and practice of coordinated effects in EC merger control“, *Antitrust Bulletin* 1-2/2004, Vol. 49, 207-220; S. Bishop, M. Walker, 271-288.

¹⁷⁸ Derek Ridyard, „The Commission’s New Horizontal Merger Guidelines – An Economic Commentary“, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 02/05*, 6.

¹⁷⁹ Чл. 44. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

¹⁸⁰ А. Lindsay, 310.

велики,¹⁸¹ теже је постићи договор о условима усаглашавања, јер се повећава подручје неслагања конкурената око исхода усаглашавања, тј. увећава се вероватноћа разилажења конкурената у погледу њихових приоритета.¹⁸² Истовремено, што је већи број конкурената, повећавају се трошкови постизања и одржавања постигнутог договора (трошкови преговарања и надзора понашања осталих конкурената), а смањује профит који конкуренти остварују после повећања цена, јер се смањује и њихов удео у укупно оствареном профиту, с обзиром на већи број учесника у договору.¹⁸³

Структурна повезаност конкурената на тржишту (узајамно власништво), чланство у управи другог друштва или учествовање у заједничком улагању (*joint venture*), такође увећава вероватноћу постизања договора, јер се тиме олакшава усклађивање подстицаја конкурентима, усаглашавање ценовне политике или маркетиншких стратегија, размена информација, идеја, планова и др.¹⁸⁴

Важно је истовремено и колики су тржишни удели конкурената, односно да ли су конкуренти симетрични у погледу тржишних удела, структуре трошкова, величине капацитета, вертикалне повезаности и сл.¹⁸⁵ Уколико концентрацијом настају конкуренти приближно исте величине и снаге, лакше ће се постићи договор о условима усаглашавања, посебно ако имају сличну структуру трошкова. У супротном, ако постоји асиметрија на тржишту, при датом броју конкурената, мања је вероватноћа да ће се постићи договор о условима усаглашавања.¹⁸⁶ То се објашњава различитим мотивима и подстицајима учесника на тржишту, па када конкуренти имају различита мишљења нпр. о одговарајућем нивоу цена или обиму производње, умањује се могућност постизања договора, али и његовог одржавања, јер не би могла да се одреди цена која би била прихватљива за све

¹⁸¹ У дослуху не морају учествовати сви преостали учесници на тржишту након концентрације.

¹⁸² A. Lindsay, 322.

¹⁸³ Вид. M. Ivaldi *et al.* (2003б), 12; M. Motta, 142-143.

¹⁸⁴ Вид. чл. 48. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Вид. и M. Motta, 144; M. Ivaldi *et al.* (2003б), 53; I. Van Bael, J. Bellis, 828; A. Lindsay, 351-353.

¹⁸⁵ Чл. 48. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

¹⁸⁶ Вид. више M. Ivaldi *et al.* (2003б), 14-15. и 35-45; M. Motta, 143.

конкуренте.¹⁸⁷ Због тога симетрични конкуренти на концентрисаном тржишту могу лако постићи договор, будући да конкуренти увиђају да ће свака њихова одлука бити праћена сличном одлуком преосталих конкурената.

Симетрија на тржишту се оцењује и према производима који нуде конкуренти,¹⁸⁸ па се вероватноћа постизања договора увећава када конкуренти нуде хомогене производе, а смањује када нуде хетерогене (диференциране) производе.¹⁸⁹ У случају хомогених производа, лакше је постићи договор, будући да је лакше поредити цене ових производа, услед веће транспарентности цена.¹⁹⁰ Уколико су производи хетерогени, тешко их је поредити због њиховог диференцирања, па је једноставније усклађивати цене једног, хомогеног производа, него цене бројних диференцираних производа.¹⁹¹

Ипак, оваквој оцени потребно је пажљиво приступити, будући да диференцијација производа може имати противречне ефекте. Диференцијација производа може учинити дослух стабилнијим него што би био дослух на тржишту хомогених производа, јер у случају диференцираних производа изигравање дослуха биће мање профитабилно него када су производи хомогени.¹⁹² Уколико су производи хомогени, учесници у дослуху имају подстицај да га изиграју, јер повећањем обима производње и незнатним смањењем цена могу да максимизују сопствени профит, тако да им је профитабилније да изиграју дослух него да поштују постигнути договор.¹⁹³ То би значило да хомогеност производа

¹⁸⁷ S. Bishop, A. Lofaro, 215; S. Bishop, M. Walker, 278. Слично и M. Motta, 147.

¹⁸⁸ S. Bishop, A. Lofaro, 215; S. Bishop, M. Walker, 279; M. Ivaldi *et al.* (20036), 45.

¹⁸⁹ Хомогени производи су исти производи, идентичних својстава, односно квалитета, па се сматрају савршеним супститутима. Због тога потрошачи не примећују никакву објективну разлику између истоврсних производа различитих произвођача. Вид. Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 269; М. Cerovac (2010), 58.

¹⁹⁰ I. Van Bael, J. Bellis, 829.

¹⁹¹ Чл. 45. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

¹⁹² Вид. Thomas W. Ross, „Cartel stability and product differentiation“, *International Journal of Industrial Organization* 1/1992, Vol. 10, 1-13; M. Motta, 146.

¹⁹³ Дослух се изиграва повећавањем обима производње (понуде) изнад дозвољеног, односно договореног, што доводи до успостављања нове, равнотежне цене. Да би се увећани обим

доприноси нестабилности дослуха. Уколико су производи диференцирани, учесници имају мањи подстицај да изиграју дослук, пошто морају знатно да сниже цену како би преузели тржишне уделе конкурената, чиме остварују мањи профит него када поштују договор. То значи да им је профитабилније да не изиграју дослук, због се може рећи да диференцијација производа на овај начин доприноси стабилности дослуха. Поред тога, договор о повећању цена може се лако постићи и на тржишту диференцираних производа ако конкуренти превазиђу тешкоће у постизању договора утврђивањем посебних правила за одређивање цена свих производа или ако се приликом постизања договора води рачуна и о другим параметрима конкуренције, а не само о цени и др.¹⁹⁴

На постизање договора знатно утиче и комплексност и стабилност тржишта, односно пословног окружења, тако да мање сложено, али стабилно тржиште пружа веће могућности конкурентима за међусобно усаглашавање.¹⁹⁵ Стабилност тржишта је неопходна за постизање, али и за одржавање оствареног дослуха, јер уколико се тржишни услови континуирано мењају (енг. *volatile markets*), конкурентима је теже да координирају своја понашања, што умањује подстицаје за њихово усаглашавање. Тржиште које се не мења и које се не развија умањује и подстицаје за развој учесника на тржишту, чиме се додатно олакшава усаглашавање.

На стабилност тржишта може указивати неколико ситуација у којима конкуренти имају веће могућности усаглашавања. Уколико се нпр. ради о тржиштима на којима су понуда и тражња стабилне, конкуренти могу једноставније да постигну договор, за разлику од тржишта на којем се услови понуде и тражње стално мењају. То значи да променљива понуда и тражња ометају усаглашавање на тржишту, будући да конкуренти не могу да предвиде ове промене, посебно ако су изненадне и неповезане.¹⁹⁶ Поред тога, тржишта на

производње реализовао на тржишту, договорена цена се неминовно мора смањити, што последично доводи до смањења профита свих учесника у дослуху.

¹⁹⁴ Вид. А. Lindsay, 312.

¹⁹⁵ Чл. 45. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

¹⁹⁶ Вид. М. Ivaldi *et al.* (2003б), 16-19; М. Motta, 143-144.

којима су удели тржишних учесника променљиви или на којима неки од учесника остварују знатан интерни раст указују на то да такво тржиште није довољно стабилно да би конкуренти могли лако да се усаглашавају.¹⁹⁷

Чести уласци нових конкурената на тржиште такође доприносе нестабилности тржишта, тако да околности на тржишту на којем не постоје (високе) баријере уласку и које је отворено за нове учеснике отежавају усаглашавање и доприносе очувању конкурентских тржишних структура. Што је лакши улазак нових учесника на тржиште, теже је остварити усаглашавање, али и одржати постигнути договор, због чега дослух није делотворан. Велике баријере уласку, међутим, одвраћају потенцијалне конкуренте, и не само што се тиме јача тржишна моћ постојећих учесника на тржишту, него се доприноси „стабилности“ тржишта и олакшава усаглашавање.¹⁹⁸

Приликом разматрања стабилности тржишта, потребно је обратити пажњу и на тржишног учесника који је у прошлости спречавао, реметио или раскидао заједничко деловање (тако што нпр. није повећавао цене када су то радили његови конкуренти) или који због својих карактеристика има подстицај да буде склон стратешким изборима који се разликују од избора које би извршили конкуренти (тзв. отпадник, енг. *maverick firm*).¹⁹⁹ Овакав тржишни учесник би се тешко могао убедити да учествује у усаглашавању на тржишту или би могао постављати услове који су неприхватљиви за остале учеснике, а могао би одредити и ниже цене од „заједничких“ цена, што би значило отежано постизање споразума или подривање постигнутог договора. То значи да присуство овог учесника на тржишту отежава усаглашавање и тиме умањује вероватноћу да ће доћи до координативних ефеката након концентрације. Међутим, уколико „недисциплиновани“ учесник на тржишту учествује у концентрацији, увећава се

¹⁹⁷ Чл. 45. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

¹⁹⁸ Више М. Ivaldi *et al.* (2003б), 29-32; М. Motta, 145-146.

¹⁹⁹ Чл. 42. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. „Отпадник“ је правно-технички израз који се користи у праву конкуренције за недисциплинованог учесника картела, односно за субјекта који учествује у рестриктивном споразуму, али тај споразум крши. Вид. М. Cerovac (2010), 102. Вид. и S. Bishop, A. Lofaro, 219-220.

вероватноћа да ће доћи до усаглашавања и до негативних ефеката концентрације.²⁰⁰

На стабилност тржишта утичу и иновације, па се сматра да је на тржиштима, на којима су иновације важне, теже постићи договор, будући да иновације омогућавају једном учеснику на тржишту да самостално оствари знатну предност у односу на конкуренте.²⁰¹ На таквим тржиштима, тржишни учесници мање су склони усаглашавању, јер је мањи број услова око којих се може постићи договор, а који би учеснике на тржишту мотивисали да их се дугорочно придржавају. Ако на тржишту нема иновација, једноставније је усклађивати цене, јер производи нису толико диференцирани, па се учесници на тржишту надмећу једино у погледу цена. Већа хомогеност производа обезбеђује учесницима у договору користи које произлазе из стабилног и сигурног тржишта, чиме се увећава вероватноћа усаглашавања.²⁰² Ипак, потребно је имати у виду да се у том случају учесници могу договарати о истраживању и развоју, тако да иновације не смеју бити одлучујући чинилац који би утицао на одлуку о координативним ефектима.²⁰³

За процену могућности постизања договора важне су и карактеристике потрошача, односно купаца и њихова снага и концентрација на тржишту, посебно ако се усаглашавање односи на поделу тржишта. Усаглашавање ће бити лакше уколико купци имају једноставне карактеристике које учесницима на тржишту омогућавају лаку расподелу купаца и поделу тржишта према географском подручју, врсти купаца, према купцима који обично купују од једног посебног учесника на тржишту и др., под условом да се лако могу утврдити добављачи сваког купца.²⁰⁴ Међутим, што се укуси и потребе купаца више разликују и што су купци захтевнији и више информисани, теже је постићи договор и поделити тржиште или повећати цене након концентрације. Уколико су купци, при томе, и

²⁰⁰ Вид. М. Ivaldi *et al.* (2003б), 55; S. Bishop, A. Lofaro, 219.

²⁰¹ Чл. 45. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

²⁰² Вид. М. Ivaldi *et al.* (2003б), 32-35; I. Van Bael, J. Bellis, 829.

²⁰³ А. Lindsay, 325.

²⁰⁴ Вид. чл. 46. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

снажни или уколико је њихова концентрација на тржишту висока, вероватноћа постизања договора се умањује, јер купци због своје снаге могу различитим стратегијама да успоставе конкуренцију на страни понуде након концентрације.²⁰⁵

Може се отуда закључити да је на стабилном тржишту лакше постићи споразум након концентрације и да је усаглашавање тада уочљивије, што олакшава рад надлежног тела приликом утврђивања координативних ефеката концентрације. Међутим, и на нестабилном и сложенем тржишту конкуренти могу пронаћи начин за превазилажење проблема који произлазе из сложености пословног окружења у којем није изводљиво усаглашавање. Један од начина је утврђивање једноставних правила за одређивање цена производа, чиме се олакшава усклађивање великог броја цена (нпр. одређивање малог броја ценовних бодова или фиксни однос између основних цена (које служе као основ за промену цена) и бројних других цена које би их паралелно пратиле).²⁰⁶ Проблем постизања договора могуће је превазићи и помоћу кључних информација (о ценама) које су јавно доступне, разменом информација преко различитих трговинских удружења или као резултат структурне повезаности.²⁰⁷

2) Одрживост усаглашавања односи се на могућност учесника на тржишту да одрже високе цене договарајући се да ће свако изигравање дослуха бити на неки начин кажњено, с тим што казна мора бити довољно строга, а њена примена вероватна да одврати учеснике на тржишту од одступања од дослуха у циљу остваривања краткорочног профита. Лакоћа откривања изигравања дослуха и способност кажњавања учесника који изиграју дослук спречавају, односно умањују могућност изигравања дослуха, јер учесници сматрају да им је тада

²⁰⁵ M. Motta, 145; M. Ivaldi *et al.* (2003б), 53.

²⁰⁶ Вид. чл. 47. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Вид. више A. Lindsay, 314.

²⁰⁷ Вид. чл. 47. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Правила која се примењују приликом оцене координативних ефеката хоризонталних концентрација важе и за оцену нехоризонталних концентрација. Приликом оцене вертикалних концентрација посебну пажњу је потребно обратити на повећање симетрије на тржишту након концентрације, повећање транспарентности тржишта и уклањање „отпадника“ на тржишту. Вид. чл. 79-85. и 119-120. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

профитабилније да се придржавају услова о којима су се договорили, него да изигравањем дослуха остваре краткорочни профит.²⁰⁸

Одрживост усаглашавања важна је оцену координативних ефеката, јер утврђена вероватноћа постизања договора не значи да би постигнути договор и опстао, будући да дослух карактерише инхерентна нестабилност, посебно зато што је закључивање изричитог споразума правно недопуштено. Наиме, учесници у дослуху су суочени са противречним подстицајима: с једне стране, мотивисани су да се усаглашавају како би избегли конкуренцију и остварили већи профит од профита који би остварили без дослуха, а с друге стране, имају подстицај да изиграју дослух и повећају обим производње (уз истовремено смањење цена) како би максимизовали сопствени профит. Овакво понашање учесника у дослуху и постојање противречних подстицаја у економији се објашњава примером који је познат као „затвореникова дилема“ (енг. *prisoner's dilemma*), а који представља случај у теорији игара (енг. *theory of games*).

Да би се дослух сматрао одрживим, потребно је испунити следеће услове: прво, учесници у дослуху морају бити способни да прате испуњавање услова координације; друго, дисциплиновано понашање учесника у дослуху захтева постојање неке врсте веродостојног превентивног механизма (уверљива претња или казна) који се може активирати ако се открије одступање од усклађеног деловања; треће, реакције учесника на тржишту који не учествују у дослуху (садашњи и будући конкуренти, купци) не би требало да угрозе постизање очекиваних резултата усклађеног деловања.²⁰⁹

²⁰⁸ „Кажњавање“ недисциплинованих учесника у дослуху би требало шире тумачити, јер се механизми кажњавања не морају нужно односити на кажњавање појединачних учесника који су изиграли дослух. Иако је уобичајена казна за изигравање дослуха рат ценама („освета“ или „одмазда“ осталих учесника), некада је и сâмо очекивање да се дослух неће одржати довољна претња, која у том случају превентивно делује. Вид. чл. 70, фн. 52. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

²⁰⁹ Чл. 41. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Наведени услови одговарају условима из пресуде у случају *Airtours v. Commission* (бр. Т-342/99, одлука од 6.06.2002, *ECR 2005, II-2585*, т. 62), у којој је Општи суд утврдио услове под којима се може забранити концентрација којом се ствара или јача *заједнички* доминантан положај више учесника на тржишту.

Први услов се односи на транспарентност тржишта и на могућност учесника у дослуху да прате понашање других учесника у погледу цена или обима производње. Тржиште мора бити довољно транспарентно да омогући учесницима дослуха надзор над осталим учесницима како би знали да ли њихово понашање одступа од договореног и када могу да их казне. Уколико тржиште није довољно транспарентно, дослух вероватно не би био одржив, јер учесници у дослуху имају подстицај да га изиграју, будући да остали учесници вероватно неће открити такво њихово понашање.

Транспарентност тржишта зависи од више чинилаца, као што су број учесника у дослуху, њихова способност да посматрају тржишне трансакције, начин на који се тржишне трансакције обављају на тржишту, карактеристике тржишта и др.²¹⁰ Тако се транспарентност нпр. повећава што је мањи број учесника у дослуху или када се трансакције обављају на јавној берзи или јавном надметању. Уколико са поверљиве трансакције одвијају у тајности, на билатералној основи између купаца и продаваца, транспарентност тржишта се смањује.

Приликом оцене транспарентности тржишта најважније је утврдити да ли су учесници способни да, на основу доступних података, закључују о поступцима других учесника. Учесници у дослуху би требало да буду у могућности да, с одређеном сигурношћу, знају да ли је неочекивано понашање других учесника последица изигравања дослуха или је резултат неких других чинилаца. Уколико је

²¹⁰ На транспарентност тржишта, али и на испуњавање друга два услова за одрживост дослуха, на исти начин утичу и поједини чиниоци који утичу и на могућност постизања споразума. Један такав чинилац је и истовремено присуство учесника у дослуху на више различитих тржишта (енг. *multi-market contact*). Пословањем на више различитих тржишта, учесници на тржишту увећавају вероватноћу дослуха, јер се на тај начин увећава учесталост интеракције између субјеката, умањује асиметрија на појединачним тржиштима, увећава веродостојност казне (будући да изигравање дослуха на једном тржишту доводи до прекида споразума, односно до кажњавања на другим тржиштима) и др. Вид. Б. Беговић, В. Павић (2012), 50-51; М. Motta, 148-149. На симултано пословање на више тржишта посебну пажњу би требало обратити приликом оцене конгломератских концентрација, јер конкурентска интеракција на неколико тржишта може оснажити механизме дисциплиновања којима се осигурава придржавање услова дослуха.

тржиште нпр. нестабилно, тешко је знати да ли је одређени учесник снизио цене зато што очекује да ће то урадити и други учесници или је то урадио намерно, одступајући од услова споразума. Због тога је веома важно којим подацима располажу учесници на тржишту, како долазе до тих података и какве закључке могу извести из њих.

Већа размена информација доприноси транспарентности тржишта и опстанку дослуха, тако да се учесници на тржишту могу усаглашавати и на тржиштима на којима је отежано праћење понашања осталих учесника (у циљу откривања изигравања дослуха), ако имају могућности да разменом информација побољшају надзор над спровођењем постигнутог договора. Редовна и богата размена информација, не само што доприноси изградњи поверења између учесника у дослуху, него и олакшава надзор над продајним ценама других учесника, односно контролу понашања тих учесника, чиме се олакшава откривање изигравања постигнутог договора. Размена информација се остварује на састанцима, добровољним објављивањем података (у различитим информативним публикацијама, као што су каталози или брошуре, или у извештајима о раду), објављивањем или разменом података путем пословних удружења, уговарањем клаузуле најповлашћенијег купца, путем структурне повезаности (на основу персоналних веза, учешћем у заједничком улагању) и др.²¹¹

Други услов за одржање дослуха односи се на постојање механизма којим се учесници у дослуху одвраћају од његовог изигравања, односно на могућност кажњавања учесника који изиграју дослух. Пошто дослух није одржив ако последице изигравања дослуха нису довољно тешке да увере учеснике да је у њиховом интересу да се придржавају утврђених услова, претња будућом казном мора бити веродостојна, брзо остварљива (правовремена) и ефикасна.

²¹¹ Вид. чл. 50. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. У случају вертикалних концентрација, транспарентност тржишта се увећава омогућавањем приступа осетљивим пословним информацијама о конкурентима на низводном и узводном тржишту или олакшавањем надзора над ценама.

Претња се сматра веродостојном ако учесници у дослуху са довољном сигурношћу могу закључити да ће механизми кажњавања бити примењени, што значи да им прети стварна опасност од одређене врсте казне („освете“) у случају изигравања дослуха. При томе, није неопходно да се тачно зна која врста казне би се извршила, јер је довољно да су учесници у дослуху свесни да им се због казне не исплати да изиграју дослух на штету осталих учесника. То значи да претња мора бити ефикасна, односно да сама могућност извршења казне мора дестимулисати учеснике у дослуху да од њега одступе, јер би у случају кажњавања остварили веће губитке него што би изигравањем дослуха остварили профит. Брзо извршење казне такође може одвратити учеснике од изигравања дослуха, јер уколико учесници знају да ће казна уследити одмах након изигравања, неће ни одступати од договора. Међутим, ако се зна да ће казна бити извршена тек после протекла знатног временског периода или ако није сигурно да ће уопште бити извршена, претња казном неће бити довољна да одврати учеснике од изигравања дослуха.

Веродостојност претње зависи и од подстицаја осталим учесницима за кажњавање „недисциплинованог“ учесника, будући да неки механизми кажњавања, као што је рат ценама или повећање обима производње, могу створити велике губитке за учеснике који врше одмазду. Зато су за кажњавање мотивисани они учесници који могу да издрже рат ценама, тј. они учесници који су ефикаснији од учесника који се кажњавају. У ситуацији да делотворно казне „недисциплинованог“ учесника налазе се нпр. вертикално повезани учесници на тржишту, јер су они кључни купци или добављачи „недисциплинованог“ учесника.

Кажњавање се не мора нужно реализовати на истом тржишту на којем је дошло до изигравања, јер када учесници послују на више тржишта, стварају се услови за примену различитих метода кажњавања (нпр. раскид заједничког улагања – *joint venture*, продаја акција или удела у заједничким друштвима).

Трећи услов одрживости дослуха односи се на малу могућност постојећих и могућих конкурената и потрошача да угрозе резултате постигнутог договора. Да би усаглашавање било успешно, реакције потрошача, односно купаца и учесника на тржишту који не учествују у дослуху не би требало да угрозе очекиване

резултате дослуха. Уколико је циљ дослуха нпр. смањење обима производње, дослух ће оштетити потрошаче само ако остали учесници на тржишту нису у могућности или ако немају подстицај да повећаним коришћењем својих капацитета реагују на овакво смањење и да га спрече или га бар учине непрофитабилним. Зато је важан утицај који чиниоци, као што су улазак нових конкурената на тржиште, тржишна моћ учесника на тржишту који не учествују у дослуху и снага купаца, имају на стабилност дослуха.

Супротстављена снага купаца огледа се у могућности великог купца да концентрише све своје куповине на једног добављача или да понуди закључивање дугорочних уговора, и на тај начин дестабилизује дослух, подстичући неке од конкурентних учесника у дослуху да одступе од дослух и постигну са њим договор.²¹² Посебну опасност може представљати преузимање оваквог купца у случају вертикалних концентрација, јер такво повезивање олакшава усаглашавање преосталих учесника на тржишту.

2.3. Негативни ефекти концентрација на друштвено благостање

Реализовањем концентрација стварају се услови за формирање неконкурентних тржишних структура које могу да генеришу изузетно неповољне ефекте по економску ефикасност и тиме по друштвено благостање. Понашање учесника у концентрацији којим се након концентрације може нарушити конкуренција довело би до прерасподеле благостања од потрошача ка учесницима у концентрацији, јер се део потрошачевог вишка прерасподељује учесницима у концентрацији у форми економског профита. Губитак благостања потрошача због неконкурентног понашања учесника у концентрацији доводи до умањења друштвеног благостања, али само под условом да умањење благостања потрошача није у потпуности компензовано повећањем благостања учесника у концентрацији у виду економског профита.

Умањење друштвеног благостања, као последица неповољних тржишних структура, заснива се на различитим облицима економске неефикасности који се

²¹² Вид. чл. 57. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

јављају услед неконкурентног понашања учесника у концентрацији: алокативна неефикасност, производна неефикасност, динамичка неефикасност и расипање ренте. Ради се о истим негативним последицама монопола (тзв. друштвени трошкови монопола).

Алокативна неефикасност се односи на губитак друштвеног благостања због одступања цене од граничних трошкова. Због постојања тржишне моћи учесника у концентрацији, цена је изнад граничних трошкова, што узрокује умањење потрошње. Услед умањења потрошње, јавља се алокативни губитак, који представља губитак потрошачевог вишка који није прерасподељен учесницима у концентрацији у форми економског профита, јер повећање економског профита учесника у концентрацији није у том случају довољно велико да компензује губитак потрошачевог вишка услед повећања цена.²¹³

Производна неефикасност (X-неефикасност) јавља се као последица умањења подстицаја произвођачима да обарају трошкове на које могу да утичу (ендогени трошкови), услед слабљења конкурентских притисака након концентрације. Због умањења конкуренције и подстицаја, укупни, односно просечни трошкови учесника у концентрацији виши су од њихових најнижих доступних трошкова, тј. од трошкова који би постојали у случају конкуренције, што значи да је за дати обим производње ангажовано више ресурса него што је потребно.²¹⁴ У таквим околностима се јавља производна неефикасност која води губитку друштвеног благостања.

Динамичка неефикасност се односи на умањење подстицаја учесницима на тржишту да улажу у истраживање и развој како би смањили трошкове производње постојећег производа или увели потпуно нов производ. Уколико се после спровођења концентрације умањују ови подстицаји учесницима у концентрацији, сматра се да концентрација негативно утиче на технолошки напредак, што доводи до успоравања раста укупне факторске продуктивности и до губитка (раста) друштвеног благостања на тој основи.²¹⁵

²¹³ Вид. М. Motta, 41.

²¹⁴ Вид. М. Motta, 45-48; S. Bishop, M. Walker, 20.

²¹⁵ Вид. М. Motta, 55-58.

Расипање ренте или трагање за рентом (енг. *rent-seeking*) јесте феномен који доводи до губитка благостања због понашања учесника у концентрацији које је усмерено на стицање, односно очување привилегованог положаја који су стекли након концентрације. Уместо улагања у производњу и стварања нове вредности, учесници у концентрацији имају подстицај да улажу реалне ресурсе у активности којима се одржава монополска структура тржишта, односно активности које им омогућавају да управо они постану монополисти, да очувају стечени монополски положај и на тај начин присвајају монополски профит, односно ренту. Овакво понашање учесника у концентрацији посебно се односи на формирање баријера уласку на тржиште и на успостављање и очување правног монопола, тј. додељивање ексклузивног права за обављање одређене делатности.²¹⁶ На овај начин се расипа рента учесника у концентрацији, јер се део ренте претвара у веома високе трошкове одржавања монопола, због чега долази до губитка благостања (уместо да се благостање прерасподели од потрошача ка учесницима у концентрацији).

3. EX ANTE КОНТРОЛА КОНЦЕНТРАЦИЈА

На основу досадашњег излагања може се закључити да су концентрације *a priori* пожељне, али и да упркос њиховим бројним користима, постоји доста разлога за контролу концентрација. Разлози за контролу концентрација и разлози против ње поклапају се са негативним и позитивним ефектима концентрација, па се у прилог контроли, као разлози, наводе штетни ефекти које концентрације могу имати по конкуренцију и тиме друштвено благостање, а против контроле се наводе потенцијалне користи од концентрација.²¹⁷

Ретка су мишљења у академским радовима да контрола концентрација уопште није потребна. Према једном таквом мишљењу, интервенција тела

²¹⁶ Вид. Б. Беговић, В. Павић (2012), 37-38; М. Motta, 44-45.

²¹⁷ Вид. Р. Craig, G. De Búrca, 1043-1045; George Kenneth, „Do we Need a Merger Policy?“, *Mergers and Merger Policy* (eds. James A. Fairburn, John A. Kay), Oxford University Press, New York 1989, 281-293.

надлежних за заштиту конкуренције не би била потребна уколико би се они ослањали на економску логику.²¹⁸ Сматра се да, уколико је концентрација економски оправдана, односно уколико увећава економску ефикасност, на шта, како тврди аутор, указују повећање вредности (акција) учесника у концентрацији пре концентрације и пад вредности конкурената након концентрације, концентрација не би ни смела да подлеже контроли, јер је таква концентрација пожељна. Уколико концентрација није ефикасна и ако је резултат погрешне пословне процене или жеље да се механички повећа удео друштва на тржишту, на шта, како тврди аутор, указују смањење вредности учесника у концентрацији пре концентрације и повећање вредности конкурената након концентрације, тржиште ће казнити учеснике у концентрацији због неефикасног спајања и нема потребе да се таква концентрација спречава. Бирократија, према овом мишљењу, не би требало да се меша у тржишне операције, јер као што наведени примери показују, контрола концентрација је непожељна, односно непотребна.²¹⁹ Ипак, овакво мишљење се не би могло прихватити, јер предвиђање да ће одређена концентрација увећати ефикасност, не значи да се њеним спровођењем неће значајно нарушити конкуренција, односно да се неће испољити неки од негативних ефеката концентрација. Пошто концентрације могу имати противречне ефекте на друштвено благостање, није довољно анализирати само њихове позитивне ефекте, већ је потребно водити рачуна и о њиховим негативним ефектима, што значи да је контрола ипак неопходна, како би се утврдило да ли ће концентрација угрозити конкуренцију.

Неспорно је да концентрације могу значајно нарушити конкуренцију (мада је број таквих концентрација мали), због чега се у упоредном праву утврђује обавеза тела надлежних за заштиту конкуренције да контролишу концентрације. Савремена законодавства прихватају решење према којем се контрола концентрација врши пре спровођења концентрације (*ex ante* контрола), тако да се контрола заснива на обавезном пријављивању концентрације и добијању претходног одобрења тела надлежног за заштиту конкуренције.

²¹⁸ Вид. Мирослав Прокопијевић, *Европска унија – увод*, Службени гласник, Београд 2005, 243.

²¹⁹ Вид. *ibid.*

Након добијања одобрења за спровођење концентрације, више се не може поново покренути поступак испитивања те концентрације, тако да су учесници на тржишту сигурни да се концентрација не може накнадно преиспитивати. Активности тела надлежних за заштиту конкуренције након спровођења концентрације могу бити усмерене само на контролу *понашања* учесника у концентрацији, и то у случају евентуалног покретања поступка према правилима о забрани рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја.

Обавезно пријављивање концентрације важи само за оне учеснике на тржишту који испуњавају услове у погледу финансијских прагова за нотификацију, тако да велики број концентрација не подлеже контроли. При томе, у пракси се врло мало концентрација забрани због угрожавања конкуренције, а и када се утврди да ће концентрација имати негативне ефекте на конкуренцију и тиме на друштвено благостање, неке од негативних ефеката могуће је ублажити или спречити одређеним корективним мерама, односно условним одобрењем концентрације.²²⁰ Изузетно, употребом аргумента економске ефикасности и аргумента друштва у финансијским тешкоћама, могу се одобрити и концентрације које би могле нарушити конкуренцију. То показује да концентрације имају велики значај за учеснике на тржишту и за привреду, као и то да би контрола концентрација требало у што мањој мери да „омета“ спровођење пријављених концентрација, имајући у виду да се концентрација може спровести тек након

²²⁰ Према подацима Европске комисије, од увођења контроле концентрација, па до краја 2013. год, Комисији је пријављено 5423 концентрације. Од тога су забрањене 24 концентрације, а условно је одобрено 331 концентрација. Вид. <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>; 8. јануар 2014. У Републици Србији, Комисија за заштиту конкуренције је два пута донела одлуку о забрани концентрације. Први случај се односи на преузимање *Ц маркета*, али је одлука Комисије о одбијању захтева за спровођење концентрације два пута поништена, у поступку судске контроле. У другом случају, Комисија је забранила концентрацију између друштава *Суноко* и *Hellenic Sugar Industry* (решење Комисије бр. 6/10-02-18/2012-3 од 19.01.2012), али је решење Комисије поништио Управни суд и предмет вратио на поновно одлучивање (пресуда Управног суда III-2 У бр. 1861/12 од 03.08.2012). Друштво *Суноко* је после тога одустало од концентрације, али је истовремено поднело нову пријаву, и ту концентрацију Комисија је касније условно одобрила (вид. решење Комисије 6/0-02-3/2013-15, од 13.02.2013).

одлуке о њеном одобрењу, а поготово не би требало да одвраћа учеснике на тржишту од међусобног повезивања.

Пошто контрола концентрација има превентиван карактер, она се не бави последицама неконкурентног понашања повезаних учесника на тржишту, већ узроцима могућег нарушавања конкуренције. У том смислу се може рећи да *ex ante* контрола концентрација представља изузетак од реактивне (корективне) политике заштите конкуренције, пошто се заштита конкуренције углавном врши *ex post*, након извршене и утврђене повреде конкуренције. Сматра се да би политика заштите конкуренције требало што мање да се уплиће у привредне активности на тржишту, због чега превентивна политика заштите конкуренције не треба да буде широко распрострањена.²²¹ Она би требало да буде усмерена само на активности које имају општу и важну тенденцију смањивања конкуренције, а концентрације су јединствене у погледу испуњавања овог услова – по дефиницији, концентрације, бар привремено, умањују број независних учесника на тржишту и то је њихова основна сврха,²²² што значи да представљају потенцијалну опасност за конкуренцију.²²³

Иако *ex ante* контрола концентрација увећава административно оптерећење тела надлежних за заштиту конкуренције и може довести до одуговлачења, односно застоја започетих концентрација, претходна контрола концентрација ипак се може прихватити као оптимално решење из више разлога: 1) претходна контрола је ефикасна, за разлику од накнадне (*ex post*) контроле која се сматра неефикасном и неделотворном (нпр. ако тело надлежно за заштиту конкуренције

²²¹ Вид. George J. Stigler, „Mergers and Preventive Antitrust Policy“, *University of Pennsylvania Law Review* 2/1955, Vol. 104, 177.

²²² *Ibid.*

²²³ Контрола концентрација се објашњава помоћу парадигме „структура-понашање-резултати“ (енг. *Structure-Conduct-Performance*), која је у економској литератури позната као харвардска, *S-P* или *S-C-P* парадигма. Према овом моделу, сматра се да постоји узрочно-последична веза између тржишне структуре, тржишног понашања и тржишних резултата, пошто структура тржишта утиче на пословање и понашање учесника на тржишту, а њихово понашање затим утиче на тржишне резултате и на карактеристике тржишта које се одражавају преко профитабилности, ефикасности, техничког напретка, раста и др. Вид. више G. Monti (2007a), 57-61; L. Peepkorn, V. Verouden, 5-9.

има ограничене административне ресурсе да прати понашање учесника на тржишту који су учествовали у концентрацији и да испита свако њихово понашање које би могло нарушити конкуренцију након концентрације); 2) *ex ante* контрола спречава настанак тржишних структура чији негативни ефекти на конкуренцију би остали ван домашаја права конкуренције – спречава се нпр. повећање цена на тржишту услед реакције конкурената на тржишту на повећање цена након концентрације, тј. ефекат „ценовог кишобрана“ – енгл. *price umbrella*); 3) избегавају се активности тела надлежних за заштиту конкуренције након спровођења концентрације (*ex post* контрола концентрација и контрола понашања учесника на тржишту након концентрације), као и проблеми у вези са враћањем у пређашње стање (деконцентрација) у случају да се у поступку накнадне контроле утврде негативни ефекти концентрације; 4) умањује се правна несигурност и неизвесност за учеснике у концентрацији, будући да се одлука доноси пре спровођења концентрације – на тај начин се истовремено умањују трансакциони трошкови и увећавају подстицаји за повезивање учесника на тржишту.²²⁴

Иако у академским радовима и у пракси преовлађују мишљења да контрола концентрација мора бити претходна, поједини аутори износе дилеме у погледу контроле конгломератских концентрација, посебно оних које воде стицању тзв. портфолио моћи и увећању економске ефикасности.²²⁵ Изражено је мишљење да ову врсту конгломератских концентрација не би требало забранити због потенцијалних негативних ефеката у будућности, уколико она увећава ефикасност, и да би било боље да се контрола понашања учесника у концентрацији изврши након концентрације, применом правила о забрани злоупотребе доминантног положаја, уколико до тога дође. Поставља се питање да ли се преношење тржишне моћи може испитати након концентрације, када до

²²⁴ Вид. Борис Беговић *et al.*, *Нова антимонополска политика – предлог решења*, Центар за либерално демократске студије, Београд 2003, 47; G. Monti (2007a), 246; M. Motta, 36-37; Сања Данковић Степановић, „Одговорно спровођење пословних концентрација – у калеидоскопу усаглашавања права конкуренције РС и ЕУ“, *Правни живот* 11/2011, 191 и 202.

²²⁵ Вид. G. Drauz, 907; M. Motta, 276.

таквог понашања дође и уколико се на тај начин може лако утврдити да је злоупотребљен доминантан положај?²²⁶

Међутим, оваква дилема, која доводи у питање цео систем *ex ante* контроле концентрација, може се сматрати лажном, јер се такво питање може поставити и приликом оцене других врста концентрација.²²⁷ Иако би се у појединим случајевима могла извршити контрола понашања учесника на тржишту након концентрације, то не значи да контрола свих концентрација треба да постане *ex post* контрола. *Ex post* контролом се не може ништа учинити у погледу спречавања злоупотребе доминантног положаја и нарушавања конкуренције, јер евентуално кажњавање учесника у концентрацији не умањује штету која настаје услед неконкурентног понашања и не спречава настајање неконкурентних тржишних структура и стицање тржишне моћи, што је управо сврха контроле концентрација.

Највећи недостатак контроле концентрација је то што се одлучивање о концентрацији заснива на *процени*, односно *пројекцији* онога што ће се можда, односно вероватно догодити, будући да се одлука доноси у време када (позитивни и негативни) ефекти концентрације још увек нису познати. Тело надлежно за заштиту конкуренције *процењује (предвиђа)* каква ће тржишна структура бити након концентрације, какво ће бити понашање учесника у концентрацији након концентрације и какав ће утицај на конкуренцију имати концентрација након реализовања, што значи да се одлука о концентрацији заснива само на спекулацијама о (потенцијалним, односно будућим) ефектима концентрација. У том погледу, накнадна контрола концентрација има велику предност, пошто се спроводи када су познати ефекти концентрације, тако да се одлука о концентрацији заснива на чињеницама (тачним информацијама) о тим ефектима. Отуда би концентрацију требало увек одобрити ако се на основу доступних података и извршене оцене ефеката концентрације не може недвосмислено закључити да ће концентрација нарушити конкуренцију.

Због тога се тело надлежно за заштиту конкуренције суочава са бројним проблемима приликом вредновања ефеката концентрација, јер је немогуће

²²⁶ Вид. G. Drauz, 907-908.

²²⁷ *Ibid.*, 908.

унапред знати да ли ће се и у којој мери испољити одређени ефекти концентрација и тешко је у потпуности доказати какви ће бити резултати концентрације. Ради се о веома деликатном задатку, не само због тога што морају да се предвиде, односно претпоставе ефекти концентрације, већ и зато што концентрација може имати противречне ефекте на друштвено благостање (нарушавање конкуренције и увећање економске ефикасности, и последично умањење, односно увећање друштвеног благостања). Зато се контрола концентрација сматра најконтроверзнијим елементом политике заштите конкуренције. Поред тога, учесницима у концентрацији није у интересу да дају истиниту процену ефеката концентрације коју су они извршили, јер имају подстицај да прецене позитивне ефекте концентрације, а да потцене њене негативне ефекте. То значи да тела надлежна за заштиту конкуренције некада располажу и непотпуним и нетачним подацима, што још више отежава оцену концентрација.

На овај начин се могу објаснити и бројне грешке које неминовно настају у поступку контроле концентрација, тако да тело надлежно за заштиту конкуренције мора да учини све како би што више умањило ове грешке и ефекте тих грешака. Грешка типа I (*type I error*) или лажно позитиван налаз настаје уколико надлежно тело забрани концентрацију коју би требало дозволити или која би се могла условно одобрити (а која увећава друштвено благостање). Грешка типа II (*type II error*) или лажно негативни налаз настаје када се одобри концентрација коју би требало забранити или којој би требало наметнути одређене услове, тј. условно је одобрити (а која умањује друштвено благостање).

Чини се да су тела надлежна за заштиту конкуренције склона да лакше учине грешку типа I, јер „из страха“ да би концентрација могла угрозити конкуренцију, лакше доносе одлуку о забрани те концентрације, која заправо увећава друштвено благостање. То би се могло рећи и за праксу Комисије за заштиту конкуренције²²⁸ и праксу Европске комисије, док је пракса у САД другачија, будући да амерички органи допуштају грешку типа II, сматрајући да је

²²⁸ Вид. Б. Беговић, В. Павић (2009), 78 фн. 20.

прва грешка опаснија за конкуренцију.²²⁹ Овакво схватање оправдано је прихваћено и у академским радовима, будући да се забраном концентрације која увећава друштвено благостање неповратно губе сви позитивни ефекти концентрације који би били остварени њеним спровођењем. Уколико би се учинила друга грешка, то би било мање опасно, јер би се, посматрано на дуги рок, након одобрења концентрације која нарушава конкуренцију, тржишним механизмима касније ипак успоставила конкуренција на тржишту (нпр. новим уласцима на тржиште). Поред тога, применом правила о рестриктивним споразумима и забрани злоупотребе доминантног положаја, може се и накнадно интервенисати, чиме би се опет увећало друштвено благостање. Дакле, учињена грешка типа I се не може исправити, док је грешку типа II могуће накнадно исправити, тако да се о првој грешци мора посебно водити рачуна приликом испитивања конкуренције.

²²⁹ Вид. William J. Kolasky, „What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives“, *Antitrust Bulletin* 1-2/2004, Vol. 49, 42; G. Monti (2007a), 18.

ГЛАВА III

РЕЛЕВАНТНО ТРЖИШТЕ

Утврђивање релевантног тржишта представља обавезну фазу у поступцима контроле концентрација, будући да се на тај начин у сваком конкретном случају врши неопходна идентификација тржишних учесника који међусобно конкуришу један другом у погледу производа (добара и услуга) које нуде на одређеном географском подручју. Тиме се заправо одређују границе оног дела тржишта на којем постоје конкурентски притисци са којима се суочавају учесници у концентрацији, и на којем се утврђују ефекти концентрације у конкретном случају. Границе тржишта се одређују у предметном (стварном) смислу – према производима који се међусобно сучељавају и који за купце представљају супституте, јер на сличан начин задовољавају њихове исте потребе (релевантно тржиште производа), и у географском смислу – према територији на којој учесници на тржишту конкуришу један другом у погледу производа које нуде (релевантно географско тржиште).

Појам релевантног тржишта одступа од појма тржишта који се примењује у економској литератури, тако да се у праву конкуренције примењује концепција којом су обухваћена два аспекта релевантног тржишта – релевантно тржиште производа и релевантно географско тржиште. Према општеприхваћеној дефиницији, релевантно тржиште производа представља скуп производа које потрошачи сматрају заменљивим у погледу њиховог својства, уобичајене намене и цене, што значи да производи који сачињавају једно релевантно тржиште јесу производи који представљају блиске супституте. Релевантно географско тржиште представља територију на којој учесници на тржишту учествују у понуди или тражњи и на којој постоје исти или слични услови конкуренције, а који се битно разликују од услова конкуренције на суседним територијама. У случају релевантног тржишта производа, битно је, према томе, утврдити да ли постоје

супститути, односно да ли су учесници на тржишту који нуде блиске супституте суочени са конкурентским притисцима, а у случају релевантног географског тржишта, да ли на одређеној територији постоји конкуренција, односно да ли су учесници на тржишту на тој територији изложени конкурентским притисцима.²³⁰ У оба случаја се дакле релевантно тржиште установљава уколико постоји конкурентски притисак.

У праву конкуренције, одређивање релевантног тржишта сматра се једним од најважнијих и најконтроверзнијих питања, пошто се ради о поступку који може изазвати бројне дилеме са становишта правне сигурности. С једне стране, уколико је тржиште сувише уско одређено, тело надлежно за заштиту конкуренције може преценити тржишну моћ учесника на тржишту и донети одлуку која је неповољна за учеснике у поступку заштите конкуренције. С друге стране, прешироким одређењем тржишта може се релативизовати тржишна моћ, па надлежно тело можда неће моћи да потврди да се понашањем учесника на тржишту нарушава конкуренција.

У поступцима контроле концентрација би то значило да, на основу закључка о тржишној моћи, тело надлежно за заштиту конкуренције може погрешно забранити концентрацију када је релевантно тржиште преуско одређено, односно да може погрешно одобрити концентрацију када је релевантно тржиште сувише широко одређено. Закључак о тржишној моћи учесника у концентрацији првенствено се изводи на основу утврђених тржишних удела на тако дефинисаном релевантном тржишту, па ће у случају релевантног тржишта које је уско одређено учесници имати нереално велике тржишне уделе, тако да постоји опасност да због тога концентрација буде забрањена, иако би на шире дефинисаном тржишту она могла бити одобрена. Уколико је тржиште прешироко одређено, тржишни удели учесника у концентрацији би били смањени, тако да постоји могућност да се одобри концентрација коју би можда требало забранити.

Може се рећи да се одређивањем релевантног тржишта решава својеврсно претходно правно питање од кога зависи даље поступање тела надлежног за

²³⁰ На релевантном географском тржишту, производи представљају супституте ако се сматрају заменљивим, а нуде се на истом географском подручју.

заштиту конкуренције, односно процена тржишне моћи учесника у концентрацији и процена ефеката концентрације. Ово је традиционални, индиректни начин одређивања тржишне моћи, за разлику од примене економетријских модела за директну процену тржишне моћи учесника на тржишту који се све више примењују, с обзиром на то да се њиховом применом избегава изузетно сложено дефинисање релевантног тржишта.

1. ТЕСТ ПРЕТПОСТАВЉЕНОГ МОНОПОЛИСТЕ

У складу са економским приступом који преовлађује у модерном праву конкуренције, савремена законодавства све више прихватају квантитативне технике за утврђивање релевантног тржишта које се заснивају на различитим одговарајућим тестовима. Најпознатијом таквом техником у упоредном праву сматра се тест претпостављеног или хипотетичког монополисте (*hypothetical monopolist test*), пошто се он примењује у скоро свим земљама које имају савремене прописе о заштити конкуренције, иако је његово спровођење условљено постојањем и доступношћу бројних података неопходних за његову примену.

Тест претпостављеног монополисте је уведен у право конкуренције Европске уније 1997. године, када је Европска комисија донела Обавештење о релевантном тржишту, којим је, по угледу на америчку праксу, прихватила тест као један од основних начина за утврђивање релевантног тржишта. Према Обавештењу Комисије, спровођењем теста се утврђује најуже тржиште за одређени производ на којем би претпостављени монополиста могао профитабилно да изврши мало, али значајно (5-10%) и трајно повећање цена (до једне године). Полазећи од претпоставке о постојању једног учесника на тржишту на страни понуде (претпостављени монополиста), тест се заснива на процени шта би се догодило ако би претпостављени монополиста извршио мало, али значајно и трајно повећање цена (енг. *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*, даље у тексту: претпостављено повећање цена). Тест се због тога назива и *SSNIP*

тест.²³¹ Њиме се заправо утврђује да ли посматрано тржиште може да се монополише, односно да ли је претпостављено повећање цена одрживо, будући да се процењује профитабилност *трајног* повећања цена, у зависности од тога који супститути су обухваћени тржиштем.

Уколико би претпостављени монополиста повећањем цена остварио увећани профит упркос смањењу обима продаје, релевантно тржиште се одмах утврђује и обухвата производ претпостављеног монополисте. Уколико би повећање цена за њега било непрофитабилно, полазном производу се додаје његов потенцијално најближи супститут, па се опет процењује да ли би монополиста могао профитабилно да изврши повећање цена. Поступак је итеративан, па се поново спроводи, а круг производа проширује све док се на постављено почетно питање не добије потврдан одговор, односно док се не утврди најуже тржиште за одређене производе на којем би претпостављени монополиста могао профитабилно да повећа цене.²³²

2. ПРОЦЕНА ЕЛАСТИЧНОСТИ ТРАЖЊЕ

Спровођење теста претпостављеног монополисте углавном се заснива на квантитативним методама, од којих се најважнијим сматра концепција ценовне еластичности тражње. Ценовна еластичност тражње показује степен промене количине тражње до које долази због промене цене производа, па се и утврђивање профитабилности претпостављеног повећања цена заправо заснива на процени нивоа опадања количине тражње посматраног производа у конкретном случају, који је изазван претпостављеним повећањем цена. Висока еластичност тражње

²³¹ Тест претпостављеног монополисте се на сличан начин примењује приликом одређивања релевантног тржишта производа и релевантног географског тржишта, па ће анализа у овом раду бити ограничена на релевантно тржиште производа, уколико није посебно назначено.

²³² Тест претпостављеног монополисте настао је у америчкој пракси и заснива се на идеји која потиче од америчких аутора. Према овој идеји, потребно је утврдити на који начин ће повећање цена утицати на профитабилност таквог повећања. Уколико би повећање било непрофитабилно, тржиште би требало проширити, а ако би било профитабилно, тржиште се сужава. Вид. М. А. Adelman, „Economic Aspects of the Bethlem Opinion“, *Virginia Law Review* 5/1959, Vol. 45, 688-689.

показује да потрошачи релативно више смањују куповину него што се цене релативно повећавају, услед чега се смањује приход учесника на тржишту, с обзиром на то да због такве реакције потрошача имају знатно ограничену могућност да повећавају цене. Приликом утврђивања промене профитабилности морају се узети у обзир и раст трошкова изазваних падом износа тражње, односно продате количине и висина профита који се оствари након извршеног повећања цена.

Пошто је за одређивање релевантног тржишта најважнији став потрошача да ли производе сматрају међусобно заменљивим, за процену нивоа пада тражње посматраног производа потребно је утврдити каква би била реакција потрошача на повећање цена и да ли би се они определили за куповину других производа који су замена за посматрани производ (*супституција тражње*).²³³ То значи да је потребно утврдити и унакрсну еластичност тражње, тј. у којој мери ће повећање цена утицати на смањење тражње посматраног производа, а у којој мери на увећање тражње за његовим супститутима.

Уколико повећање цена посматраног производа доводи до умањења његове тражње, а до раста тражње за другим производом, коефицијент унакрсне еластичности тражње је позитиван и он указује да су ови производи супститути и да између њих постоји конкурентски притисак. Уколико повећање цена не доводи до промене тражње за другим производом, коефицијент унакрсне еластичности тражње је једнак нули и указује да та два производа нису повезана, односно да се не ради о супститутима и да између њих не постоји конкурентски притисак. Када учесници на тржишту нуде производе који су блиски супститути, они онда имају ограничену могућност да повећавају цене, будући да су изложени снажним

²³³ Процена заменљивости производа врши се на основу процене могућности опредељења купаца за куповину производа који су замена за предметни производ (чл. 2, ст. 3. Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта). Супституција тражње приликом одређивања релевантног географског тржишта значи да се релевантно географско тржиште одређује на основу критеријума процене могућности опредељења купаца за куповином производа у другим релевантним географским областима (чл. 5, ст. 2. Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта).

конкурентским притисцима и да повећање цена у том случају не би било профитабилно.

Утврђивање профитабилности и њене промене заснива се на бројним доказима, односно подацима који омогућавају оцену супституције тражње, а њихово коришћење се може разликовати у сваком конкретном случају, пошто једна врста доказа не мора да има исти значај у различитим случајевима, као што се у свим случајевима не могу утврдити подаци исте врсте. Приликом процене супституције тражње могу се користити сви расположиви подаци који би могли бити важни у конкретном случају, а нарочито подаци о: 1) особинама производа и њиховој намени; 2) висини трошкова које би купци сносили због опредељења за производе који су супститути посматраном производу;²³⁴ 3) резултатима испитивања спроведених међу купцима, учесницима на тржишту и стручним лицима; 4) резултати истраживања, студија и анализа тржишта рађених од стране независних организација које се баве истраживањем тржишта, као и од стране учесника на тржишту за сопствене потребе;²³⁵ 5) ранијем кретању нивоа цена и њиховом утицају на ниво тражње, којима располажу домаће и стране организације које се баве пословима статистике;²³⁶ 6) резултатима спроведених тестова еластичности тражње, корелације цена и др.²³⁷

²³⁴ Трошкови опредељења за други производ значајни су за оцену супституције тражње зато што од висине трошкова зависи да ли ће се одређени производи сматрати супститутима. Наиме, прелазак на потрошњу другог производа услед повећања цена, којој тежи купац приликом повећања цена, зависи од тога да ли постоји одговарајући супститут и колики су трошкова опредељења за куповину супститута, па ће се производи који на краatak рок нису супститути ипак сматрати супститутима уколико на дужи рок, због трошкова опредељења за други производ, они постају заменљиви.

²³⁵ Наведена испитивања и истраживања се врше како би се утврдиле склоности, односно навике потрошача и мишљења потрошача и конкурената.

²³⁶ Подаци о ценама пружају доказе о супституцији тражње у недавној прошлости.

²³⁷ Узимање у обзир наведених података предвиђа и Европска комисија. Пракса показује да се дефиниција релевантног тржишта у већини случајева заснива на подацима о особинама производа и њиховој намени који су добијени од потрошача и конкурената. Вид. Jasminka Pecotić Kaufman, Sunčana Slijepčević, „Koncentracije poduzetnika i mjerodavno tržište: pravni i ekonomski aspekti“,

У случају релевантног географског тржишта, нарочито се користе подаци о: 1) физичким својствима производа, а нарочито склоности пропадању и осетљивости на превоз; 2) висини трошкова које би купци сносили због одређења за куповину производа у другим географским областима; 3) висини трошкова допремања добара, односно пружања услуга, из других географских области и њиховом учешћу у јединичној цени; 4) времену потребном за допрему добара, односно пружање услуга из других географских области; 5) склоностима и навикама купаца у различитим географским областима; 6) особеностима у начину продаје, дистрибуције и продајне промоције производа у различитим географским областима; 7) токовима промета производа између појединих географских области у Републици Србији или у промету са трећим земљама; 8) другим правним или фактичким препрекама за приступ производа и учесника на тржишту из других географских области на географску област која је предмет испитивања.²³⁸ Наведени подаци се користе и приликом оцене супституције понуде.

3. ОСТАЛИ КРИТЕРИЈУМИ ЗА УТВРЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА

Концепција релевантног тржишта се заснива на чиниоцима који ограничавају тржишну моћ учесника на тржишту, па се приликом утврђивања релевантног тржишта могу узети у обзир чиниоци као што су супституција тражње, супституција понуде и потенцијална конкуренција.

Супституција тражње, односно реакција потрошача на повећање цена, представља, при томе, један од кључних фактора који ограничава тржишну моћ учесника на тржишту. Супституција тражње има најснажнији ограничавајући

Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 5/2010, Vol. 60, Ioannis Kokkoris, „The concept of Market Definition and the SSNIP test in the Merger Appraisal“, *European Competition Law Review* 4/2005, 208.

²³⁸ Европска комисија разматра следеће податке: досадашњи докази о преусмеравању производње у друга подручја, основне карактеристике потражње, ставови потрошача и конкурената, постојећи географски распоред куповина, трговински токови/структура испорука, трошкови преусмеравања производње у друга подручја.

ефекат, јер умањује утицај учесника на тржишту на повећање цена уколико су потрошачи у могућности да се одреде за друге производе који су блиски супститути посматраном производу, односно за производе које нуде други тржишни учесници који послују на истом географском тржишту. Остали чиниоци имају слабији и посредан ефекат, због чега се по правилу анализирају са другима критеријумима за оцену концентрације током њеног испитивања, а не приликом утврђивања релевантног тржишта.

Супституција понуде може се узети у обзир приликом утврђивања релевантног тржишта у оним ситуацијама у којима њени ефекти одговарају ефектима супституције тражње по брзини и ефикасности. То значи да се процењује могућност других тржишних учесника да у кратком року и без већих трошкова понуде на тржишту посматрани производ, односно његов супститут, реагујући на мало, али значајно и трајно повећање цена. Тест претпостављеног монополисте се тада примењује на сличан начин, тако што се утврђује реакција других произвођача на претпостављено повећање цена, па се на основу њихових реакција процењује профитабилност повећања цена претпостављеног монополисте. Супституција понуде представља важан ограничавајући фактор, пошто су учесници на тржишту суочени са конкурентским притиском уколико су његови конкуренти у могућности да преусмере своју производњу на посматрани производ или његов супститут, без већих трошкова или ризика. У таквим ситуацијама, супституција понуде може да „дисциплинује“ учеснике на тржишту који намеравају да повећају цене.

Прилагођавање конкурената повећању цена односи се на њихову способност да увећају своју понуду на тржишту – повећањем обима производње или производњом нових производа. То, дакле, нису дугорочна улагања у нове производне капацитете, односно нове инвестиције, већ се ради о искоришћавању постојећих производних капацитета, код којих баријере уласку и потенцијална конкуренција нису битне. Зато се супституција понуде не разматра приликом дефинисања релевантног тржишта, ако она захтева значајно прилагођавање постојеће имовине, додатна улагања, стратешке одлуке или временска одлагања,

већ се о њој и о другим облицима потенцијалне конкуренције води рачуна приликом испитивања концентрације у каснијој фази поступка.²³⁹

Могућност супституције понуде на тржишту производа процењује се на основу свих расположивих података, а нарочито података о: 1) висини трошкова које би други учесници на тржишту сносили због опредељења за супституте; 2) природи производних и дистрибутивних процеса; 3) обиму неискоришћених капацитета у одговарајућој привредној грани; 4) пословним плановима и стратегијама могућих учесника на тржишту за улазак на тржиште; 5) мишљењима постојећих учесника на тржишту о економској снази могућих учесника на тржишту; 6) мишљењима независних стручњака и стручних организација о вероватноћи и изводљивости супституције понуде; 7) ранијем кретању нивоа цена и његовом утицају на супституцију понуде којима располажу домаће и стране организације које се баве пословима статистике; 8) склоностима купаца у погледу куповине супститута; 9) супституцији понуде на одговарајућим тржиштима у другим земљама.

Приликом дефинисања релевантног географског тржишта, у пракси органа ЕУ заузет је став да тржиште једне од земаља чланица представља значајан део јединственог тржишта ЕУ, чак и када су у питању земље са мањом територијом, а постоје и случајеви у којима је и део територије земље чланице био проглашен за значајан део јединственог тржишта. Релевантно географско тржиште може обухватити и територију више земаља чланица, као што се може простирати и ван граница ЕУ. Почетни критеријум за утврђивање је величина територије, али Суд правде је заузео став да приликом одлучивања о томе да ли одређена територија има довољну важност да би представљала значајан део заједничког тржишта, треба узети у обзир и структуру, обим производње и потрошње производа, као и навике и економске могућности продаваца и купаца.²⁴⁰ Ипак, потребно је имати у виду да су транспортни трошкови најважнији приликом дефинисања географског тржишта, јер транспортни трошкови могу да чине велики удео у цени производа,

²³⁹ Вид. т. 23. Обавештења Европске комисије о релевантном тржишту.

²⁴⁰ Слободан Зечевић, *op. cit.*, 86-87.

односно у укупним трошковима понуде посматраног производа. Што су трошкови транспорта виши, мање је релевантно географско тржиште.

Потенцијална конкуренција се не узима у обзир приликом утврђивања релевантног тржишта, јер услови под којима она представља значајан ограничавајући фактор за учеснике на тржишту зависе од анализе специфичних чинилаца и околности везаних за услове уласка на тржиште, која се обавља углавном у каснијој фази поступка, када је већ утврђен положај учесника на релевантном тржишту и када њихов положај изазива забринутост у погледу нарушавања конкуренције. То значи да примена теста претпостављеног монополисте омогућава идентификацију само постојећих конкурената, а не и потенцијалних конкурената. Једини недостатак оваквог начин дефинисања тржишта јесте што би игнорисање потенцијалне конкуренције могло имати за последицу преуско одређење релевантног тржишта (будући да се не узимају у обзир сви супститути), па би се могло показати да на тако дефинисаном тржишту учесници у концентрацији имају нереално високе тржишне уделе. Отуда постоји опасност да би се, на основу закључка о знатној тржишној моћи, могла забранити концентрација коју би требало одобрити.

4. УТВРЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У праву Републике Србије, примена теста претпостављеног монополисте није обавезна, будући да Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта не предвиђа његову примену, односно уопште га не спомиње. Уредба само набраја критеријуме, односно податке на основу којих се процењује могућност супституције тражње и понуде на тржишту, а само једном одредбом омогућава спровођење тестова еластичности тражње, корелације цена и др., и то као једну врсту података који се користе у анализи. Уредба која је донета на основу Закона о заштити конкуренције из 2005. године, а која се примењивала пре постојеће Уредбе, предвиђала је да се релевантно тржиште утврђује применом теста претпостављеног монополисте, што је значило да је Комисија за заштиту

конкуренције била обавезна да га примењује у сваком поступку заштите конкуренције.²⁴¹

То истовремено значи да Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта из 2009. године није у потпуности усклађена са правом ЕУ и праксом органа ЕУ, иако су критеријуми за утврђивање релевантног тржишта усклађени са критеријумима који су предвиђени у праву ЕУ. Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта само сумарно уређује релевантно тржиште, а тест претпостављеног монополисте се уопште не користи. Поред тога, Уредба и даље регулише одређивање ужег и ширег релевантног тржишта, што може унети забуну приликом утврђивања релевантног тржишта, будући да Закон о заштити конкуренције регулише само одређивање *релевантног тржишта*.²⁴²

Оваква решења Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта представљају слабост права конкуренције Републике Србије, а тиме и правила о контроли концентрација. Не само што се умањује правна сигурност и извесност у пословању учесника на тржишту, већ се може ослабити и заштита конкуренције на тржишту. Због непостојања обавезе да Комисија за заштиту конкуренције примењује економске анализе и тест претпостављеног монополисте, може бити умањен квалитет анализа које Комисија врши у поступцима заштите конкуренције, а на основу којих доноси коначне одлуке о повредама конкуренције, односно о дозвољености концентрације.

Суштину утврђивања релевантног тржишта чини процена конкурентских притисака, а тест претпостављеног монополисте обезбеђује појмовни оквир за такву процену. Дефиниција релевантног тржишта која се не ослања на процену супституције тражње (и супституције понуде) није добра основа за доношење коначне одлуке, јер су тржишни удели одређени на таквом тржишту слаби

²⁴¹ Вид. чл. 2, ст. 1. Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта (*Сл. гл. РС*, бр. 94/2005).

²⁴² Вид. Б. Беговић, В. Павић (2012), 88; Mirko Vasiljević, Dušan Popović, „Competition law enforcement in Serbia: Six years of staggering along“, *European Business Organization Law Review* 1/2012, Vol. 13, 149.

показатељи тржишне моћи. За правилно дефинисање релевантног тржишта није дакле довољна примена квалитативних тестова, којима се врши процена заменљивости између посматраних производа применом квалитативних критеријума, као што су физичке карактеристике производа, уобичајена намена производа, склоности потрошача, разлике у ценама и сл. То нису објективне економске анализе на основу којих се утврђује релевантно тржиште и њихова примена није у складу са економским приступом који преовлађује у модерном праву конкуренције. Због тога примену квалитативних тестова треба ограничити само на оне случајеве у којима се због недостатка неопходних података не могу употребити квантитативни тестови, као што су економетријска оцена ценовне и унакрсне еластичности тражње, метод корелације цена, метод коинтеграционе анализе и др. Тада би се евентуално могло прихватити мишљење да када примена теста претпостављеног монополисте није могућа, релевантно тржиште би се могло одредити на основу физичких карактеристика и намене производа.²⁴³

Без спровођења озбиљних економских анализа, нарочито теста претпостављеног монополисте, и јасно утврђених квантитативних критеријума, могао би се стећи утисак да се одлуке Комисије за заштиту конкуренције доносе на основу арбитрарне процене супституције тражње и понуде, будући да дискреционо одлучивање Комисије није ограничено применом конкретних квантитативних тестова, укључујући тест претпостављеног монополисте. Непостојање обавезе примене теста претпостављеног монополисте и унапред познатих, прецизно прописаних правила поступка утврђивања релевантног тржишта, може утицати на доношење одлуке о дозвољености концентрације и тиме умањити заштиту конкуренције, али и учесника на тржишту. Наиме, тешко се може говорити о предвидљивости у раду Комисије, с обзиром на непостојање основа за њено конзистентно поступање, што може умањити правну сигурност и заштиту јавног интереса. Као што ниједну одлуку у поступку заштите конкуренције не сме да заснива на слободној дискреционој оцени, Комисија тако не сме ни одлуку о релевантном тржишту да заснива на слободној процени

²⁴³ A. Lindsay, 105.

супституције тражње и понуде, а посебно не би смела да тежи уском дефинисању релевантног тржишта, што би било противно јавном интересу.

Због тога би било пожељно да постоји обавеза примене теста претпостављеног монополисте којим би се обезбедила предвидљивост поступања Комисије за заштиту конкуренције и правна сигурност. Тест претпостављеног монополисте је квантитативан тест, чијом применом се утврђује непристрасна дефиниција релевантног тржишта, на основу података добијених економетријским тестовима, тако да би се на тај начин умањила могућност арбитрарног одлучивања.²⁴⁴ Иако тест има одређене недостатке који су везани за његову примену и захтева бројне податке, то не значи да га не треба примењивати или одустати од њега. Напротив, тест треба примењивати, а примену теста треба омогућити прикупљањем неопходних података и стварањем одговарајућих база тих података.

²⁴⁴ Тест би требало примењивати у свим случајевима, тј. и у случајевима када посматрани производ нема супститути или када је неспорно који производи су супститути, с обзиром на то да је у поступку контроле потребно утврдити и релевантно географско тржиште, а не само релевантно тржиште производа.

ГЛАВА IV

ОБЛИЦИ КОНЦЕНТРАЦИЈА

1. СПАЈАЊА

Спајања учесника на тржишту јесу облик концентрација које се у пракси ретко спроводе, па је због тога најмање оваквих концентрација.²⁴⁵ Спајања су специфична зато што се односе на привредна друштва, пошто се ради о статусним променама привредних друштава у смислу правила компанијског права, односно права привредних друштава. Привредно друштво (друштво преносилац) на овај начин се реорганизује тако што на друго друштво (друштво стицалац – постојеће друштво или новоосновано друштво) преноси имовину и обавезе, док његови чланови у том друштву стичу уделе, односно акције.²⁴⁶ Спајање подразумева престанак припојених друштава као правних лица (без спровођења поступка ликвидације) и универзалну сукцесију (пренос имовине у целини, са свим правима, и пренос свих обавеза припојених друштава на друштво стицаоца), осим у случају издвајања, када се преноси део имовине и обавеза, после чега друштво наставља да постоји.²⁴⁷

²⁴⁵ V. Korah (2007), 392; I. Van Bael, J. Bellis, 748; Дијана Марковић-Бајаловић, „Појам концентрације привредних друштава“, *Право и политика* 2/2008, 59 фн. 6; Р. Д. Вукадиновић (2012), 303; Сања Граић Степановић, „Монополске тенденције код фузија привредних друштава“, *Правни живот* 11/1998, 316, фн. 1.

²⁴⁶ У Закону о привредним друштвима изричито је наведено да се статусне промене не могу вршити супротно одредбама закона којим се уређује заштита конкуренције (чл. 483, ст. 6).

²⁴⁷ Према чл. 44. ЗОПД, имовину привредног друштва чине ствари и права у власништву друштва, као и друга права друштва, што значи да ЗОПД прихвата дефиницију имовине по којој имовину привредног друштва чине само његова права, а не и обавезе. Овакво значење је прихваћено и у академским радовима, у којим се указује да имовину привредног друштва чини *укупност права*

Ове концентрације обухватају статусне промене спајања (спајање уз оснивање), припајања (спајање уз припајање) и друге статусне промене (подела и издвајање) у којима се припајају привредна друштва. На тај начин се спајање утврђује и у Закону о заштити конкуренције, који предвиђа да концентрација учесника на тржишту настаје у случају спајања и других статусних промена у којима се припајају привредна друштва у смислу закона којим се уређује положај привредних друштава.²⁴⁸ Уредба ЕУ о концентрацијама такође дефинише овај облик концентрације као свако спајање два или више учесника на тржишту или делова учесника на тржишту који су до тада била независни (чл. 3(1)(а)).

Повезивање привредних друштава путем спајања пружа бројне погодности које воде већој профитабилности друштва: боље коришћење средстава за производњу него када су средства дисперзована код више привредних друштава (економија обима); рационалније управљање; коришћење већих средстава за истраживање и развој и улазак на нова тржишта, избегавање двоструког опорезивања и др.²⁴⁹ Тиме спајања доприносе и привредном развоју, а посебно су утицала на развој јединственог тржишта ЕУ након његовог формирања, када су се спајања сматрала хитном потребом и најбржим начином да се спајањем малих друштава створе велика привредна друштва која би могла да приступе међународном тржишту.²⁵⁰

која припадају привредном друштву као правном лицу. Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 74-77. У литератури, међутим, постоје различита мишљења о томе шта је имовина неког лица, односно од чега се она састоји, тако да су мишљења подељена око тога да ли имовину чине права и обавезе или је чине само права. Више о појму имовине вид. Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и опти део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду/Службени гласник, Београд 2012, 269-279; Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996, 140-158.

²⁴⁸ Вид. ЗЗК, чл. 17, ст. 1, т. 1.

²⁴⁹ М. Васиљевић (2005), 446. Вид. и Alfred F. Conard, „Corporate Fusion in the Common Market“, *American Journal of Comparative Law* 4/1966, Vol. 14, 576-582; С. Граић Степановић (1998), 318-319.

²⁵⁰ Вид. А. F. Conard, 573-576.

Спајања, међутим, имају и потенцијалне недостатке, због којих се ређе спроводе: спајање може довести до настанка нефлексибилног и неефикасног друштва услед ограниченог деловања економије обима. Наиме, повећање обима производње пожељно је све док постоји економија обима, односно док се не постигне оптималан обим производње. Будући да оптималан обим производње условљава и оптималну величину привредног друштва у свакој привредној делатности, повећање величине друштва након спајања може водити повећању просечних трошкова.

1.1. Врсте спајања

У смислу Закона о привредним друштвима, једно или више друштава може се припојити другом друштву преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза, чиме друштво које се припаја престаје да постоји без спровођења поступка ликвидације (чл. 486). Дакле, *припајање* (спајање уз припајање) јесте повезивање најмање два друштва тако да једно друштво преузме (припоји, апсорбује) друго друштво. Друштво које се припаја престаје да постоји и преноси своју имовину и обавезе на већ постојеће друштво, којем је припојено, што се може симболички представити на следећи начин: $A+B=A$.

Спајање (спајање уз оснивање) постоји када се два или више друштава споје оснивањем новог друштва и преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза, чиме друштва која се спајају престају да постоје без спровођења поступка ликвидације.²⁵¹ На овај начин се повезују најмање два постојећа друштва тако да се и једно и друго друштво споје уз оснивање новог друштва које их замењује. Дакле, сва друштва која се спајају престају да постоје, а настаје ново привредно друштво (њихов правни следбеник), на које се преносе имовина и обавезе тих друштава, што се може симболички представити на следећи начин: $A+B=C$.

Спајања, као облик концентрација, обухватају и оне поделе и издвајања у оквиру којих се истовремено привредно друштво припаја постојећем друштву

²⁵¹ Вид. ЗОПД, чл. 487.

(подела уз припајање, мешовита подела, издвајање уз припајање, мешовито издвајање). *Подела уз припајање* се односи на поделу друштва на два или више друштава тако што оно преноси целокупну имовину и обавезе на два или више постојећих друштава, а *мешовита подела* на поделу друштва и пренос имовине и обавеза на једно или више новооснованих друштава и једно или више постојећих друштава. *Издајање уз припајање* представља поделу друштва тако што оно преноси део своје имовине и обавеза на једно или више постојећих друштава, а да при томе оно наставља да постоји, док *мешовито издвајање* представља поделу друштва тако што оно преноси део имовине и обавеза на једно или више новооснованих друштава и једно или више постојећих друштава, и истовремено наставља да постоји.

Европска пракса познаје и случај фактичког или *de facto* спајања (енг. *de facto merger, de facto amalgamation*), када се продаје цела или скоро цела имовина једног друштва другом друштву, после чега друштво продавац или престаје да постоји или наставља да послује, задржавајући правни субјективитет, али губећи у потпуности пословну независност. У смислу Уредбе ЕУ о концентрацијама, спајањем се отуда сматра и такво комбиновање привредних активности претходно независних учесника на тржишту које води стварању самосталне, односно јединствене економске целине (један тржишни учесник - *single economic unit*), без спровођења статусне промене спајања.²⁵² Концентрацијом се у том смислу сматра фактичко спајање приликом којег повезана друштва задржавају правни субјективитет, али на уговорној основи успостављају јединствено управљање створеном целином или формирају тзв. двоструко листирано друштво (*dual listed company - DLCs*).²⁵³ Наше право изричито не регулише *de facto* спајање, али се

²⁵² Вид. т. 10. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

²⁵³ Двоструко листирано привредно друштво настаје као резултат фактичког прекограничног спајања привредних друштава којим се ствара групација два привредна друштва која су на уговорној основи објединила своја пословања, задржавајући истовремено правни субјективитет, седиште друштва и постојеће листирање на берзи. Формирана група друштава послује као један тржишни учесник којим се управља из два седишта, односно из две земље, будући да група настаје „спајањем“ транснационалних компанија. Познати примери оваквих мултинационалних компанија јесу *Royal Dutch/Shell, Unilever, BHP Billiton* и *Rio Tinto*. Опширније Jaideep Bedi, Anthony Richards,

овај облик концентрација може тумачити према одредбама Закона о заштити конкуренције које уређују стицање контроле над другим учесником на тржишту, као други облик концентрација.

2. СТИЦАЊЕ КОНТРОЛЕ

Стицања контроле или преузимања јесу облик концентрација који обухвата бројне поступке којима се стиче, односно преузима непосредна или посредна контрола над другим учесником на тржишту на основу могућности да се изврши утицај на доношење пословних одлука тог другог учесника на тржишту. За разлику од спајања, када по правилу престају да постоје спојена, односно припојена привредна друштва, код преузимања, учесници на тржишту настављају да постоје и задржавају правни субјективитет, губећи међутим пословну независност после промене контроле. Учесници на тржишту повезани на овај начин правно су самостални субјекти, али су фактички подвргнути јединственој контроли.

Према правилима о контроли концентрација, преузимање се дефинише као стицање од стране једног или више учесника на тржишту, непосредне или посредне контроле над другим учесником или више учесника на тржишту, или делом, односно деловима других учесника на тржишту, који могу представљати самосталну пословну целину.²⁵⁴ Контрола се дефинише као могућност одлучујућег утицаја на другог или друге учеснике на тржишту, односно на њихово вођење послова, и може се остварити на различите начине.²⁵⁵ Контрола се заснива на правима, уговорима или било којим другим средствима, која појединачно или заједно, узимајући у обзир све чињеничне и правне околности

Paul Tennant, *The Characteristics and Trading Behaviour of Dual-Listed Companies*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=418500, 12. јул 2013, 1 и даље; Kevin D. Dolan, Philip Tretiak, Jonathan Elman, „Virtual Mergers: Is America Ready?“, *Taxes* March/2002, 165 и даље.

²⁵⁴ Вид. чл. 17, ст. 1, т. 2. ЗЗК. Слично и чл. 3(1)(b) Уредбе ЕУ о контроли концентрација. Уредба ЕУ додаје да се контрола стиче куповином хартија од вредности или имовине, уговором или на било који други начин.

²⁵⁵ Чл. 5, ст. 2. ЗЗК; чл. 3(2) Уредбе ЕУ о контроли концентрација.

конкретног случаја, пружају могућност одлучујућег утицаја на вођење послова другог или других учесника на тржишту. 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.²⁵⁶

2.1. Начини стицања контроле

2.1.1. Стицање својства контролног друштва

Уобичајен начин стицања контроле над другим учесником на тржишту остварује се повезивањем привредних друштава којим се, у смислу правила компанијског права, формирају матично (контролно) и зависно (подређено) друштво, које је стављено под контролу матичног друштва. Закон о заштити конкуренције изричито предвиђа да се контрола стиче када контролни учесник има својство контролног друштва, односно контролног члана или акционара, самостално или заједничким деловањем, по правилима о повезаним привредним друштвима у смислу закона којим се уређује положај привредних друштава (чл. 5, ст. 2, т. 1).

Привредна друштва се на овај начин повезују путем учешћа у основном (сопственом) капиталу или ортачким уделима (друштва повезана капиталом), путем уговора (друштва повезана уговором) или путем капитала и уговора (мешовито повезана друштва). Тако повезана привредна друштва формирају групу друштава (концерн), холдинг и друштва са узајамним учешћем у капиталу.

Група друштава постоји када контролно друштво поред управљања зависним друштвима обавља и друге делатности. Њено формирање се заснива на

²⁵⁶ 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 од 23.02.2006, *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 *могућност* одлучујућег утицаја на другог учесника, без обзира на то да ли ће такву могућност заиста да користи.

стицању одговарајућег учешћа у сопственом капиталу или на уговору, када се успоставља група са елементима доминације (тзв. вертикални концерн). Привредна друштва се стављају под јединствену контролу контролног друштва зато што контролно друштво, по правилу, има већинско учешће у зависним друштвима, мада се контрола често може остварити и на основу мањинског учешћа које у конкретном случају омогућава управљање зависним друштвом. Поред вертикалног концерна, могуће је формирати и хоризонтални концерн, који чине друштва која нису у међусобно зависном положају, а којима се управља на јединствен начин (група са односима равноправности). Овакво обједињавање привредних друштава сматра се концентрацијом, јер води стицању заједничке контроле над концерном, који се сматра новим учесником на тржишту, под условом да су друштва која чине концерн претходно била независна друштва.

Холдинг друштво је привредно друштво које контролише једно или више друштава и које за искључиву делатност има управљање тим друштвима и њихово финансирање. Формирањем холдинга, зависна друштва постају подружнице (*subsidiary*) контролног друштва које то својство може стећи на више начина: ако има више од половине гласачких права у зависном друштву, која се могу стећи и посебним уговором; ако може да утиче на састав управе зависног друштва, односно ако може да именује и разрешава чланове управе зависног друштва; или ако на основу оснивачког акта или посебног уговора о контроли може да оствари одлучујући утицај на зависно друштво.²⁵⁷

Предност холдинга огледа се у начину управљања зависним друштвима, пошто га је могуће организовати тако да се са релативно малим капиталом успостави контрола над низом привредних друштава која послују унутар холдинга, посебно стварањем „пирамиде“ друштава, када контрола обухвата више нивоа (нпр. „први холдинг“ контролише „други холдинг“, а „други холдинг“ контролише „трећи холдинг“).

Друштва са узајамним учешћем у капиталу јесу друштва повезана капиталом тако да свако од тих друштава има одређено учешће у другом друштву (нпр. друштво А има учешће у друштву Б, а друштво Б има учешће у друштву А).

²⁵⁷ Ове могућности изричито су предвиђене у енглеском праву, у којем је холдинг и настао.

Стицање узајамног учешћа у капиталу се, по правилу, забрањује или ограничава по обиму правилима компанијског права, јер узајамна учешћа могу довести до повреде принципа истинитости биланса друштва, до стварања фиктивног капитала друштва или могу створити тешкоће у управљању и одговорности управе.²⁵⁸

2.1.2. Стицање имовине

Контролу над учесником на тржишту могуће је стећи и на основу права својине или других имовинских права на имовини или делу имовине другог учесника на тржишту, укључујући права интелектуалне својине, као што су патенти или ауторска права (даље у тексту: куповина имовине). Стицање имовинских права другог учесника на тржишту представља основ за стицање фактичке контроле, зато што се куповином имовине *de facto* преузима пословање другог учесника на тржишту и контрола над његовом имовином. Учесник на тржишту стиче само имовину (капацитет) другог учесника на тржишту, без икаквих обавеза, за разлику од преузимања другог учесника, када се учесник преузима са имовином и обавезама.

Куповином имовине других учесника на тржишту, учесници у концентрацији имају могућност да утичу на пословање другог учесника који је остао без (дела) своје имовине и тако посредно преузму његов удео на тржишту, иако у преузетом учеснику нису промењени власник, односно власници или чланови управе. Због тога куповина имовине, тј. стицање имовинских права другог учесника представља концентрацију, па је контрола таквих пословних операција општеприхваћено решење у упоредном праву. Чисто финансијски уговори (нпр. продаја имовине по принципу *sale-and-lease-back*) или уговори о франшизингу, по правилу, не представљају концентрацију, јер нема промене контроле над другим учесником, у смислу прописа о контроли концентрација.²⁵⁹

²⁵⁸ М. Васиљевић (2011), 500.

²⁵⁹ Вид. т. 19. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

Куповина имовине представља концентрацију уколико се ради о посебној имовини учесника на тржишту која служи обављању пословне делатности (зависно друштво, огранак, непокретности, права интелектуалне својине и др.) и уколико се може утврдити вредност стечене имовине, односно ако се тој имовини или њеном делу може јасно приписати приход, односно промет на тржишту (нпр. куповна цена или закупнина).²⁶⁰ То значи да од врсте имовине и њених својстава, посебно у погледу њених техничко–технолошких и производних карактеристика, зависи да ли куповином конкретне имовине и стицањем контроле над њом настаје концентрација.

Према мишљењу Комисије за заштиту конкуренције, уколико конкретна имовина чини посебну техничко–технолошку целину, која има унапред одређену сврху, односно која служи производњи нових производа и стварању нове тржишне вредности, и уколико је конкретна имовинска целина потенцијално одвојив део укупне имовине који може чинити засебну производну и функционалну целину и који ће самостално генерисати приход, онда куповина, односно стицање те имовине представља концентрацију у смислу Закона о заштити конкуренције. Како наводи Комисија, критеријум за утврђивање постојања обавезе пријаве концентрације, у том случају, није количина такве имовине, већ њена друга својства,²⁶¹ а пре свега она која „гарантују“ да ће имовинска целина коју контролише нови власник моћи да самостално тржишно опстане у производно–пословном смислу, као и да остварује сопствени приход.²⁶²

²⁶⁰ Вид. т. 24. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

²⁶¹ Комисија за заштиту конкуренције није објаснила шта подразумева под употребљеним изразом *количина имовине*, тако да је нејасно да ли се под овим изразом мисли на вредност имовине или нпр. на број објеката или на површину земљишта или других непокретности чији је власник учесник на тржишту који продаје имовину, а које чине имовинску масу.

²⁶² Вид. нпр. *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2011. годину*, Комисија за заштиту конкуренције, Београд 2012, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/04/Godisnji-izvestaj-o-radu-KZK-2011.pdf>, 27. јул 2013, 62-63. Према другом мишљењу Комисије за заштиту конкуренције, краткорочан и необновљив закуп пољопривредног земљишта не представља концентрацију, под условом да закупац предметног земљишног поседа, на тај начин, стиче могућност само једнократног, односно необновљивог и временски ограниченог стицања права његовог коришћења, и да се после истека утврђеног периода трајања закупа губе

2.1.3. Стицање контроле на основу уговора

Контрола над другим учесником на тржишту може се стећи и на основу уговора који води промени контроле над управом и ресурсима другог учесника, као у случају промене контроле која се остварује стицањем учешћа у капиталу или имовине. Права из таквог уговора утичу на доношење одлука другог учесника на тржишту, јер се на основу њих може вршити одлучујући утицај на састав управе, односно органа другог учесника, на гласање чланова управе или на њихово одлучивање.

Примери оваквих уговора јесу различити организациони уговори предвиђени у националним законодавствима и регулисани правилима компанијског права, као што је *Beherrschungsvertrag* у немачком праву или *Contrato de subordinação* у португалијском праву.²⁶³ Реч је о уговорима о управљању (уговори о контроли или уговори о вођењу послова), који представљају врсту тзв. предузетничких уговора на основу којих зависно привредно друштво поверава вођење послова контролном друштву.²⁶⁴ Ови уговори представљају основ настанка уговорног концерна, будући да се на тај начин зависно друштво везује за контролно друштво, тако да се у пракси ови уговори углавном закључују у комбинацији са другим уговорима, а ретко као одвојени уговори.²⁶⁵

Пошто уговори о управљању не постоје у свим земљама чланицама ЕУ, правила ЕУ указују на примере ових уговора који су предвиђени у појединим законодавствима. У оквиру правила којима се регулише повезивање привредних друштава, Закон о привредним друштвима регулише *уговор о контроли и управљању* као уговор којим друштво поверава управљање и вођење послова другом друштву. Ако друштва која чине групу друштава са односима

краткорочна експлоатациона права предметног земљишта која има закупац и поново преносе на закуподавца. Вид. *ibid.*, 61-62.

²⁶³ Вид. т. 18. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

²⁶⁴ Вид. Драган Голубовић, „Основне карактеристике предузетничких уговора у немачком праву“, *Правни живот* 11/1998, 479.

²⁶⁵ М. Васиљевић (2011), 504; Д. Голубовић, 483.

равноправности закључе уговор којим се успоставља управљање на јединствен начин, такав уговор се не сматра уговором о контроли и управљању у смислу Закона о привредним друштвима (чл. 554. ЗОПД).

Могуће је остварити и фактичку контролу над другим учесником, уколико уговорно преузимање пословања другог учесника пружа могућност контроле над управљањем и ресурсима преузетог учесника, иако није дошло до преноса права својине или учешћа у капиталу (нпр. уговором о закупу – енг. *lease of the business*, привредно друштво се може дати у закуп, а купац тада стиче право управљања имовином преузетог друштва). Уговор о закупу значајно утиче на пословање тржишног учесника, јер на основу уговора, купац може стећи право да промени производњу, укине поједине погоне или производне линије, промени снабдеваче закупадавца и сл.²⁶⁶ Овакви уговори могу водити и заједничкој контроли, уколико власник имовине и учесник на тржишту који контролише власника имовине имају право вета на стратешке пословне одлуке.

2.1.4. Остали начини стицања контроле

Стицање контроле над другим учесником на тржишту може бити последица и економске зависности која води стицању фактичке контроле над подређеним учесником на тржишту. Односи економске природе између учесника на тржишту могу изузетно имати улогу у стицању контроле и у таквим ситуацијама потребно је пажљиво анализирати све чињеничне и правне околности како би се утврдило да ли је стварање пословних и других веза довољно да доведе до трајних промена у контроли над контролисаним учесником на тржишту.

То су ситуације када се контрола стиче на основу потраживања или средстава за обезбеђење потраживања или на основу услова пословне праксе које одређује контролни учесник. Потраживања могу бити основ за стицање контроле

²⁶⁶ Уговором о закупу даје се у закуп део или целокупна имовина учесника на тржишту или се учесник на тржишту уступа на коришћење другом учеснику на тржишту. Пословна активност закупадавца тада се привремено смањује или се обуставља на одређени период (у случају закупа целе имовине), односно своди се на пријем закупнине. Вид. Д. Голубовић, 482-483.

у случају важних дугорочних уговора о снабдевању или кредита које даје добављач или потрошач, који заједно са другим структурним везама омогућавају вршење одлучујућег утицаја на доношење значајних пословних одлука контролисаног учесника на тржишту.²⁶⁷ Уколико се, међутим, утврди да се ради о уговорима привременог карактера, сматраће се да у том случају није стечена контрола над другим учесником на тржишту.²⁶⁸

2.2. Појединачна и заједничка контрола

Појединачну контролу након концентрације стиче учесник који може самостално да утиче на вођење послова другог учесника у концентрацији, док *заједничку контролу* остварују два или више тржишних учесника који имају могућност одлучујућег утицаја на пословање другог учесника у концентрацији.

У случају појединачне контроле, потребно је разликовати две ситуације. Прва ситуација се односи на могућност утицаја на доношење, односно утврђивање стратешких пословних одлука другог учесника, и углавном се остварује стицањем већине гласова у скупштини другог учесника.²⁶⁹ Друга ситуација се односи на право вета стицаоца контроле, односно на његову могућност да спречи доношење стратешких одлука другог учесника, али без могућности да самостално утиче на доношење ових одлука (тзв. негативна појединачна контрола).²⁷⁰

²⁶⁷ Вид. т. 20. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. нпр. случајеве бр. IV/M.697 – *Lockheed Martin/Loral Corporation* (одлука Европске комисије од 27.03.1996) и бр. IV/M.794 – *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* (одлука Европске комисије од 22.01.1997, *O.J.*, бр. L. 218/1997).

²⁶⁸ Вид. случај бр. IV/M.258 - *ССИЕ/GTE* (одлука Европске комисије од 25.09.1992, т. 12).

²⁶⁹ Пример за ову ситуацију јесте стицање целокупног учешћа у капиталу другог учесника (друштво А има 100% гласачких права у друштву Ц) или стицање већинског учешћа у капиталу (друштво А има 51% гласачких права у друштву Ц, а друштво Б истовремено има 49% гласова у друштву Ц, под условом да је обична већина гласова довољна за усвајање стратешких одлука).

²⁷⁰ Пример за негативну (*de iure*) контролу јесте када један учесник има 50% гласачких права, а преосталих 50% права има неколико других учесника (под условом да њихова права не воде

Стицалац негативне контроле има исти степен утицаја на другог учесника као и појединачни стицалац у случају заједничке контроле – могућност да онемогући усвајање одлука другог учесника. Међутим, код стицања негативне појединачне контроле не постоји други учесник у концентрацији који би имао исти утицај на контролисаног учесника, тако да стицалац контроле не мора да сарађује са осталима учесницима у концентрацији (уколико их има) приликом утврђивања стратешког понашања контролисаног учесника.

Учесник у концентрацији који стиче заједничку контролу такође може да утиче на пословање контролисаног учесника спречавањем доношења одлука у контролисаном учеснику, али та могућност може довести до блокаде приликом доношења одлука, будући да и остали учесници који врше заједничку контролу имају могућност да одбију предложену одлуку. За разлику од појединачне контроле, која стицаоцу контроле даје право самосталног одлучивања о пословању контролисаног учесника, заједничка контрола не пружа овакву могућност, јер ниједан од стицалаца заједничке контроле не може самостално да утиче на доношење одлука, а свака одлука се мора донети уз сагласност свих учесника који врше заједничку контролу. То значи да заједничка контрола постоји када учесници у концентрацији морају да сарађују приликом утврђивања пословне политике контролисаног учесника и када о томе морају да постигну заједнички договор.

Дакле, у случају појединачне контроле битно је утврдити да ли стицалац контроле може да утиче на усвајање одлука контролисаног учесника (осим у случају негативне контроле), док је код заједничке контроле важно утврдити да ли могућност спречавања усвајања одлука може довести до блокаде одлучивања и рада органа контролисаног учесника. Уколико до блокаде у одлучивању не би дошло, већ би уместо тога један контролни учесник могао да ефективно доноси

појединачној фактичкој контроли) или када се захтева квалификована већина за усвајање одлука контролисаног учесника, што одређеном већинском или мањинском учеснику заправо даје право вета. Негативном контролом би се у овом другом примеру могло сматрати стицање мањинског учешћа у капиталу другог учесника, када нпр. у друштву Д, друштво А има 49% учешћа, друштво Б има 31% учешћа, а друштво Ц има 20% учешћа, а за усвајање одлука друштва Д неопходна је двотрећинска већина гласова.

самостално све одлуке, сматра се да не постоји заједничка контрола. Ниједан контролни учесник отуда не сме имати одлучујући глас, а сагласност свих неопходна је за усвајање одлука.

Заједничка контрола првенствено се огледа у једнакости у гласачким правима или именовању чланова органа одлучивања у контролисаном учеснику, а најјаснији случај је када само два учесника учествују у концентрацији и стичу једнака гласачка права у новооснованом тржишном учеснику након заједничког улагања или када нпр. друштва А и Б стичу по 50% гласачких права у друштву Ц. Заједничка контрола у овом случају не зависи од постојања формалног споразума, а уколико је такав споразум постигнут, мора бити у складу са начелом једнакости учесника у концентрацији, тако да нпр. сваки учесник има право на исти број представника у управи контролисаног учесника, односно право именовања истог броја чланова управе у новооснованом учеснику у случају заједничког улагања, и да ниједан учесник нема одлучујући глас.

Међутим, заједничка контрола се може вршити и када нема једнакости између учесника у концентрацији у погледу гласачких права или заступљености у органима одлучивања, односно када у концентрацији учествује више од два контролна учесника. То су ситуације када учесници са мањинским учешћем имају додатна права (права вета) на основу којих могу да спрече доношење битних стратешких пословних одлука у заједничком подухвату.²⁷¹ Право вета може бити одређено статутом новооснованог учесника или споразумом контролних учесника, а обично се односи на минимални кворум или већину за усвајање одлука, када одлуку није могуће донети без присуства или сагласности мањинских учесника.²⁷²

²⁷¹ Вид. т. 65. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

²⁷² Под условом да између контролних учесника у концентрацији постоји споразум о управљању контролисаним учесником према којем је за усвајање стратешких пословних одлука потребан консензус контролних учесника, заједничку контролу могу вршити два учесника у концентрацији који нпр. имају учешће у подређеном друштву у размери 60:40 или 80:20. Вид. случајеве *Aérospatiale/MBB* (бр. IV/M.17, одлука Европске комисије од 25.02.1992, т. 1-3) и *JCI/BOSCH/VB JV* (бр. COMP/M.2939, одлука Европске комисије од 18.10.2002).

Додатна права мањинских учесника која им се уобичајено дају ради заштите њихових финансијских интереса, као улагача у заједничком подухвату (нпр. право вета на одлуке о измени статута, смањењу или повећању основног капитала, ликвидацији или продаји или престанку контролисаног учесника), нису довољна за постојање заједничке контроле, јер се такве одлуке не односе на стратешко пословно понашање новооснованог учесника. Отуда се право вета обично односи на одлуке о финансијском плану, пословном плану, великим улагањима или именовању чланова управе.²⁷³

Заједничка контрола не захтева могућност утицаја на свакодневно пословање контролисаног учесника, као што није потребно стицање свих додатних права којима се омогућава заједничка контрола. Будући да за стицање контроле није неопходно утврђивати да ли ће одлучујући утицај на контролисаног учесника заиста бити извршен, довољно је утврдити могућност остваривања таквог утицаја, односно утврдити сâмо постојање права вета (једно право или нека од поменутих права).

Пракса Европске комисије показује да се заједничка контрола мора односити на нека од следећих права вета контролних учесника:

1) именовање чланова управе и утврђивање буџета – право вета се односи на избор и разрешење чланова управе и на одобрење буџета;

2) пословни план – право вета се односи на одлуку о пословном плану који детаљно уређује пословне циљеве контролисаног учесника и мере за остваривање тих циљева, али не и на пословни план који садржи само опште изјаве у вези са пословним циљевима;

3) улагања – утицај права вета зависи од вредности улагања и од тога у којој мери су улагања карактеристична за тржиште на којем послује контролисани учесник, будући да на неким тржиштима улагања немају значајну улогу у понашању учесника на тржишту.

Уколико мањински учесници у контролисаном учеснику немају никаква права вета, они ипак могу вршити заједничку контролу уколико се удруже у циљу заједничког остваривања права гласа у контролисаном учеснику. Остваривање

²⁷³ Вид. т. 66-67. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

заједничке контроле могуће је ако на основу њиховог заједничког учешћа стекну већину гласачких права и заједнички поступају приликом остваривања тих гласачких права.

Заједничко остваривање права гласа представља основ за правну контролу када контролни учесници преносе своја права на холдинг друштво које они заједнички контролишу или када се уговором о гласању мањински учесници обавезују да ће поступати на исти начин (*pooling agreement, shareholder voting agreement*), а фактичка контрола може се изузетно вршити ако постоји снажан заједнички интерес мањинских учесника да не поступају једни против других приликом остваривања својих права у случају заједничког улагања.²⁷⁴

Споразумима акционара о гласању (уговори о гласању) мањински акционари се обавезују да гласају на одређени начин приликом одлучивања о одређеним питањима, односно приликом гласања у скупштини и одбору директора друштва. На овај начин се мањинским акционарима омогућава остваривање контроле одлучивања иако појединачно ниједан од мањинских акционара нема довољно гласова да спречи доношења битних одлука у органима друштва.²⁷⁵ Уговори између мањинских акционара дозвољени су у праву Републике Србије, јер Закон о привредним друштвима (у чл. 359) предвиђа да су уговори о гласању ништави само у следећим ситуацијама: ако се акционар или пуномоћник акционара уговором обавезује да ће гласати по предлозима или упутствима друштва, директора или члана надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно или уколико се акционар обавезује да ће користити право

²⁷⁴ Вид. т. 75-76. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Пример за заједничко остваривање права гласа јесте случај када друштво А и друштво Б заједнички контролишу друштво Д, иако у друштву Д имају учешће 25%, односно 35%, под условом да је између друштва А и Б закључен уговор о гласању на исти начин, односно да између њих постоји снажан заједнички интерес да гласају на исти начин приликом доношења одлука у друштву Д, и под условом да се одлуке у друштву Д усвајају обичном већином. На овај начин, друштва А и Б могу заједно да контролишу друштво Д као мањински акционари, иако друштво Ц, као трећи, већински акционар у друштву Д има учешће 40%.

²⁷⁵ Вид. М. Васиљевић (2011), 363-364. и 503.

гласа на одређени начин или да неће гласати, у замену за погодности или друге услуге које му одобри друштво, директор или члан надзорног одбора.

У случају стицања фактичке контроле, која се врши ако постоји снажан заједнички интерес мањинских учесника да не поступају једни против других, мања је могућност да ће се оваква контрола остварити, што је већи број контролних учесника у заједничком улагању. Иако постојање заједничких интереса зависи од околности у сваком конкретном случају, полази се од тога да у случају оснивања новог учесника на тржишту заједничким улагањем постоји већа вероватноћа да постоји заједнички интерес и да ће се стећи заједничка контрола, зато што ће контролни учесници вероватно свесно спроводити заједничку политику, посебно ако је њихов улог у новом учеснику кључан за њихово пословање (нпр. одређене технологије или *know-how*). У сваком случају, постојање заједничких финансијских интереса није довољно за стицање заједничке контроле.

Уколико не постоје снажни заједнички интереси, постојање заједничке контроле обично се може искључити ако између мањинских учесника постоји могућност промене коалиција (*changing coalitions, shifting alliances*). То су ситуације када је немогуће унапред утврдити који учесници би имали већину приликом одлучивања у органима контролисаног учесника и који учесници би вршили заједничку контролу, а при томе ниједан од учесника не стиче појединачну контролу. Ако приликом одлучивања нема стабилне већине и ако се већина може формирати у свакој прилици у зависности од различитих комбинација између мањинских учесника, сматра се да мањински учесници немају заједничку контролу над другим учесником и да њихово повезивање не представља концентрацију. То значи да није довољно постојање споразума између два или више учесника који имају исто учешће у контролисаном учеснику којим се утврђују иста права и овлашћења контролних учесника, ако том приликом нису утврђена права вета.²⁷⁶

²⁷⁶ Пример за овакву ситуацију јесте повезивање три учесника на тржишту којим они стичу једнаке уделе у другом учеснику на тржишту (или нпр. уделе који износе 45%, 35% и 20%) и право да сваки од њих бира трећину чланова управе, под условом да се одлуке у контролисаном учеснику

Да би се сматрало да постоји заједничка контрола, ниједан појединачни контролни учесник не сме имати право на одлучујући глас, јер би се тада сматрало да тај учесник стиче појединачну контролу. Право на одлучујући глас обично се уговором или статутом акционарског друштва даје једном од акционара у циљу превазилажења блокаде одлучивања у друштву уколико усвајање одлуке не буде могуће.²⁷⁷ Изузетно, до стицања заједничке контроле може доћи упркос постојању права на одлучујући глас, уколико се оно користи само након што су спроведени сви поступци миреша и покушаја нагодбе или ако се користи под веома ограниченим околностима.²⁷⁸

2.2.1. Промена појединачне и заједничке контроле

Концентрацијама се сматрају и капиталне трансакције које настају као последица промене појединачне у заједничку контролу, и обрнуто, када се заједничка контрола мења у појединачну, као и трансакције којима се повећава број учесника који врше заједничку контролу или се мењају контролни учесници, а њихов број остаје исти. Овакве трансакције доводе до промена у „квалитету контроле“ над другим учесником на тржишту, али у највећем броју случајева се тада не мења структура тржишта (нпр. када појава нових контролних учесника води стицању заједничке контроле). Сматра се да нема промене у „квалитету контроле“ ако се негативна појединачна контрола мења у позитивну појединачну контролу, као што концентрацију не представља ни промена учешћа истих контролних учесника у контролисаном учеснику, без истовремене промене

доносе обичном већином. У таквој ситуацији, сматра се да учесници који се повезују немају заједничку контролу над другим учесником, јер не постоји стабилна већина која омогућава доношење одлука или спречавање њиховог доношења.

²⁷⁷ Д. Марковић-Бажаловић (2008), 63.

²⁷⁸ Вид. т. 82. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и случајеве *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia* (бр. COMP/M.2574, одлука од 20.09.2001); *RTL/Veronica/Endemol* (бр. IV/M.553, одлука од 20.09.1995); *British Telecom/Banco Santander* (бр. IV/M.425, одлука од 28.03.1994). Више Е. Navarro Varona *et al.*, 20-22.

њихових права која имају у контролисаном учеснику и без промене контроле над контролисаним учесником.

Промене појединачне и заједничке контроле, односно промене у „квалитету контроле“, настају као последица појаве једног или више нових контролних учесника, независно од тога да ли они замењују постојеће учеснике, и као последица смањења броја контролних учесника.

Иако промена појединачне у заједничку контролу не доводи до промена у структури тржишта, сматра се да појава нових контролних учесника представља концентрацију, зато што таква трансакција за новог контролног учесника представља стицање контроле над другим учесником на тржишту. Реч је о случајевима у којима дотадашњи једини или већински контролни учесник прода своје учешће или део тог учешћа другом учеснику тако да се успостави заједничка контрола – нпр. једини власник друштва прода 50% свог учешћа у основном капиталу тог друштва другом учеснику на тржишту који на тај начин постаје сувласник контролисаног друштва. Дотадашњи контролни учесник могао је самостално да врши контролу над контролисаним друштвом, односно да утиче на његово стратешко понашање, и није морао да води рачуна о интересима преосталих чланова контролисаног друштва нити да сарађује са њима. Појава још једног или више контролних учесника утиче на управљање учесником над којим је стечена контрола, због чега се и сматра да је дошло до промене контроле.

Појава нових контролних учесника води настанку заједничке контроле и у случају када нови учесници стичу контролу над учесником који се већ налази под заједничком контролом, чиме се повећава број контролних учесника, или када нови учесници који замењују постојеће учеснике стичу контролу над учесником који се већ налази под заједничком контролом (нпр. нови учесник на тржишту стиче контролно учешће у контролисаном учеснику поред постојећих учесника или један од постојећих контролних учесника продаје своје учешће трећем лицу). Овакве трансакције представљају концентрацију, јер оне за нове контролне учеснике представљају стицање контроле над другим учесником на тржишту, иако се контролисани учесник налази под заједничком контролом и пре и после трансакције. Промена контроле у овом случају није условљена повећањем броја контролних учесника, већ њиховим идентитетом, тако да промена контролног

учесника води и промени контроле над контролисаним учесником. Пошто сваки контролни учесник може да спречи доношење стратешких одлука контролисаног учесника, сви учесници морају да воде рачуна о интересима преосталих учесника, укључујући новог учесника, и морају међусобно да сарађују, због чега појава новог контролног учесника и утиче на управљање учесником над којим је стечена контрола.

Смањење броја контролних учесника (који врше заједничку контролу) сматра се концентрацијом уколико са на тај начин заједничка контрола мења у појединачну контролу (нпр. када један од учесника купи учешће од једног или више других контролних учесника, односно када један контролни учесник стекне учешће које је раније имао други учесник или учешћа која су имали други учесници). Ова промена се најлакше уочава на примеру када контролни учесник у другом учеснику на тржишту (са 50% учешћа у његовом основном капиталу) постане једини власник контролисаног учесника, тј. када повећа своје учешће на 100%.

2.2.2. Правна и фактичка контрола

Појединачна *правна контрола* уобичајено се стиче када учесник на тржишту стекне већину гласачких права у другом учеснику на тржишту, будући да стицање више од 50% учешћа у сопственом капиталу другог учесника не мора значити увек и стицање већине гласова. Остваривање гласачких права зависи од процента стеченог учешћа у сопственом капиталу и других правних механизма (уговори о гласању, акције без права гласа, акције са плуралним правом гласа), тако да преузимање другог учесника на тржишту које не укључује и стицање већине гласачких права не представља стицање контроле. Закон о привредним друштвима прецизира да већинско учешће у основном (сопственом) капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 50% права гласа у друштву.²⁷⁹ Сматра се да је контрола

²⁷⁹ Вид. чл. 62, ст. 4. ЗОПД.

у овом случају редовна, али не и апсолутна, јер не обезбеђује доношење одлука квалификованом већином.

Стицање већинског учешћа у капиталу, дакле, представља довољан основ за контролу, ако се на тај начин стиче могућност именовања већине чланова управе и већина гласова у органима управљања.²⁸⁰ Уколико се стратешке одлуке у другом учеснику доносе квалификованом већином, стицање обичне већине гласачких права не мора значити и стицање могућности утицаја на доношење стратешких одлука, али може бити довољно за постојање негативне контроле уколико већински учесник може да блокира доношење одлука. Уколико је учешће у сопственом капиталу веће од 66%, сматра се да је контрола близу апсолутној, пошто се већина одлука у привредним друштвима усваја овим обликом квалификоване (двотрећинске) већине, тако да мањински учесници у капиталу не могу да блокирају њихово усвајање. Уколико је учешће у сопственом капиталу веће од 75% (апсолутно учешће у капиталу), контрола је апсолутна, јер мањински учесници не могу да блокирају ни одлуке које се усвајају трочетвртинском већином гласова.²⁸¹

Стицање мањинског учешћа у капиталу омогућава правну контролу ако мањински учесници имају посебна права по основу стеченог учешћа (нпр. ако преференцијалне акције мањинским учесницима дају повлашћена права која им омогућавају да одређују стратешко пословно понашање циљног друштва, као што је овлашћење да именују више од половине чланова управе или надзорног одбора).

Фактичку контролу стиче тржишни учесник са мањинским учешћем у капиталу другог учесника (*мањински учесник*) уколико на основу тог учешћа фактички може самостално да контролишу одлучивање у органима другог учесника.²⁸² Он на тај начин стиче својство контролног учесника, иако има

²⁸⁰ Као у случају појединачне контроле, и заједничка контрола може бити правна и фактичка контрола.

²⁸¹ Вид. М. Васиљевић (2011), 499.

²⁸² Мањински учесник може стећи и негативну фактичку контролу уколико има право вета на доношење стратешких одлука друштва.

учешће у сопственом капиталу мање од већинског. Међутим, утврђивање могућности фактичке контроле није нимало лако, посебно у великим привредним друштвима која имају велики број чланова и која се котирају на берзи, будући да различите околности утичу на постојање ове могућности.

Фактичка контрола се остварује када мањински учесник има већину гласова у скупштини друштва, под условом да је учешће осталих чланова дисперзовано. Уколико подређено друштво има дисперзовану власничку структуру, односно ако је велика дисперзија акција или удела у том друштву, мала је вероватноћа да ће сви мањински чланови друштва бити представљени на седници скупштине или да ће присуствовати седници, тако да ће мањински учесник (са највећим појединачним учешћем) вероватно имати већину гласова у скупштини, посебно ако му то омогућавају либерализована правила кворума и правила гласања на скупштини. Будући да преостали чланови друштва у таквим околностима немају могућност да утичу на одлучивање у друштву, мањински учесник може самостално да управља друштвом и одређује његову пословну политику.²⁸³

²⁸³ Фактичку контролу, под оваквим условима, може имати нпр. друштво А које у (подређеном) друштву Д има учешће 30%, ако преостали чланови подређеног друштва имају учешће 15% (друштво Б), 5% (друштво Ц) и 50% (преостали бројни мањински чланови). Међутим, могуће је остварити контролу и са врло ниским процентом учешћа у сопственом капиталу, који некада може бити и нижи од 10%, али се по правилу могућа контрола везује за праг виши од 25% учешћа са правом гласа једног учесника у другом учеснику на тржишту, под условом да је то највеће појединачно учешће, а да су остала дисперзована (тзв. значајно учешће у сопственом капиталу). Вид. М. Васиљевић (2011), 498-499. Европска комисија је сматрала да су нпр. следећа учешћа била довољна за стицање мањинске контроле: 19% (случај *CCIE/GTE*, бр. IV/M.258, одлука од 25.09.1992), 25,96% (*Societe Generale de Belgique/Generale de Banque*, бр. IV/M.343, одлука од 3.08.1993), 27% (*Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia*, бр. COMP/M.2574, одлука од 20.09.2001), 29,04% (*Jefferson Smurfit Group plc/Munksjo AB*, бр. IV/M.613, одлука од 31.07.1995), 39% (*Arjomari-Prioux SA/Wiggins Teape Appleton plc*, бр. IV/M.025, одлука од 10.12.1990), 45% (*Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB*, бр. IV/M.794, 1997), 46,5% (*Banesto/Totta*, бр. IV/M.192, одлука од 14.04.1992). Међутим, у случају *Kvaerner/Trafalgar* (бр. IV/M.731, одлука од 15.04.1996), учешће од 23,87% није било довољно за стицање контроле.

Утврђивање да ли у сваком конкретном случају постоји фактичка контрола заснива се на подацима о присуствовању седницама скупштине друштва чланова друштва претходних година, како би се анализом рада скупштине друштва утврдило колика је била заступљеност чланова друштва у скупштини и са којим процентом гласова су се усвајале одлуке.²⁸⁴ Поред тога се анализира и положај и улога чланова друштва, односно структурна, економска и породична повезаност највећег мањинског члана и преосталих чланова, и утврђује да ли преостали чланови имају стратешки или финансијски интерес у подређеном друштву. На основу извршених анализа процењује се будући рад скупштине и утврђује да ли би мањински учесник имао стабилну већину гласова на тој скупштини, односно да ли ће његово учешће бити довољно за стицање појединачне контроле.

2.2.3. Стицање неконтролног мањинског учешћа

Стицање мањинског учешћа у сопственом капиталу представља концентрацију уколико 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. То значи да стицање *неконтролног* мањинског учешћа не представља концентрацију, будући да се правила о контроли концентрација примењују само на стицање *контролног* учешћа.

Ипак, Европска комисија је најавила могуће измене прописа о контроли концентрација и у јуну 2013. године покренула јавну расправу о предложеним изменама, у оквиру којих се предлаже да се контрола концентрација прошири на капиталне трансакције којима се стиче неконтролно мањинско учешће у основном капиталу другог учесника на тржишту (*структурне везе*).²⁸⁵ Полази се од тога да

²⁸⁴ Посматра се период од најмање три претходне године. Вид. E. Navarro Varona *et al.*, 23.

²⁸⁵ Структурним везама се означавају везе које при мањинском власништву постоје између два учесника на тржишту, тако да оне спадају у подврсту феномена корпоративног власништва. Вид. Борис Беговић, „Структурне везе: ширење домена контроле концентрација и последице по правну сигурност“, *Правна сигурност у условима транзиције* (ур. Р. Васић), Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2014, 317 и 318.

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, као и на негативне ефекте трансакција којима се успостављају структурне везе између учесника на тржишту, јер се сматра да структурна повезаност конкурената на тржишту може значајно угрозити конкуренцију.²⁸⁶

а) Предлози Европске комисије

Вероватни повод за најављену измену прописа ЕУ о концентрацијама представља случај *Ryanair/Aer Lingus*, који се односи на покушаје ирске нискобуџетне (*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.²⁸⁷

Имајући у виду могуће негативне ефекте структурних веза на конкуренцију и постојећа решења у упоредном праву, Европска комисија је дала одређене

²⁸⁶ Вид. посебне документе Европске комисије: 1) *Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control, Part 1/3, 3-23*; 2) *Annex to the Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control, Annex I – Economic Literature on Non-Controlling Minority Shareholdings ("Structural links")*, 2 и даље; 3) *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, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html, 7. децембар 2013, 10-18.

²⁸⁷ Вид. случајеве *Ryanair/Aer Lingus* (бр. COMP/M.4439, одлука Европске комисије од 27.06.2007), *Ryanair/Aer Lingus II* (бр. COMP/M.5434, одлука од 23.01.2009), *Ryanair/Aer Lingus III* (бр. COMP/M.6663, одлука од 27.02.2013).

предлоге за измене регулативе који још увек нису прецизирани, будући да се постављају бројна питања и да постоје бројне могућности комбиновања различитих решења. 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).²⁸⁸

Систем пријављивања (*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 (*self-assessment system*) и систем обавештавања (*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 после 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, 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 да од учесника захтева подношење пријаве концентрације у пуној форми, уколико би након прве процене трансакције одлучила да спроведе испитивање концентрације и да ли би тада учесници морали

²⁸⁸ Вид. European Commission (2013a), 7.

да прекину спровођење трансакције ако она већ није реализована.²⁸⁹ 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“ (*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 се обезбедила правна сигурност за учеснике на тржишту, што значи да би требало утврдити јасне и недвосмислене критеријуме.

Иако су мишљења о увођењу измена у регулативу ЕУ о концентрацијама дубоко подељена,²⁹⁰ постоји сагласност да ће проширење обухвата контроле значајно увећати трошкове повезивања учесника на 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, будући да би се контрола вршила накнадно (*ex post*). Због тога би

²⁸⁹ Вид. *ibid.*, 10-11.

²⁹⁰ Вид. прилоге учесника у јавној расправи на интернет сајту Европске комисије http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html, 7. децембар 2013. Вид. и Mark Friend, „Regulating Minority Shareholdings and Unintended Consequences“, *European Competition Law Review* 6/2012, Vol. 33, 303-306; Kyriakos Fountoukakos, Molly Herron, „Mergers and joint ventures: An overview of EU and national case law“, *e-Competitions* 40270, November 2011; Alec J. Burnside, „Minority Shareholdings: An overview of EU and national case law“, *e-Competitions* 56676, September 2013; Bojana Ignjatovic, Derek Ridyard, „Minority Shareholdings, Material Effects?“, *CPI Antitrust Chronicle* January 2012 (1), 2-8; Bernard van de Walle de Ghelcke, „Minority Shareholdings in EU Merger Control: 'No, Thank You' or a Gap to be Filled?“, *Concurrences* 3-2011, 19-22; Pieter Kalbfleisch, „Minority Shareholdings in Competing Companies“, *Concurrences* 3-2011, 37-41.

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 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 мало 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,²⁹¹ због чега се може поставити питање да ли се најављене измене чине оправданим, посебно ако се има у виду да се на ове 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 концентрације настаје нови, јединствени пословни

²⁹¹ Вид. Б. Беговић (2014), 320-328.

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 применити правила о рестриктивним споразумима и злоупотреби доминантног положаја.

Може се поставити и питање како би измене регулативе утицале на рад тела надлежних за заштиту конкуренције у земљама чланицама 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 додатно оптерећена концентрацијама, а због смањења ресурса не би могла адекватно да се бави рестриктивним споразумима, који се сматрају највећим проблемом нарушавања конкуренције.²⁹²

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 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,

²⁹² У домаћим академским радовима, већ се указује на негативне ефекте проширења домена контроле концентрација у Републици Србији, посебно на опасност умањења економске ефикасности и правне сигурности. Вид. *ibid.*, 331-332.

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.

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 концентрације, 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 важило 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.

3. ЗАЈЕДНИЧКО УЛАГАЊЕ

Заједничко улагање (*joint venture*) се у литератури 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.²⁹³ 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).²⁹⁴ 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.²⁹⁵

Узимајући у обзир различите облике сарадње учесника на тржишту који настају као резултат заједничког улагања, концентрацијама се означавају они случајеви када два или више учесника на тржишту оснивају новог учесника на тржишту и преузимају контролу над њим или стичу заједничку контролу над постојећим учесником, преносећи на заједничког контролисаног учесника обављање исте врсте делатности коју су они до тада самостално обављали. Отуда

²⁹³ Вид. Златко Стефановић, „Посао уз заједнички ризик – Joint Venture“, *Правни живот* 11/1998, 515 и 516; М. Сеговас (2010), 198.

²⁹⁴ Вид. З. Стефановић (1998), 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, 15. новембар 2013, 3.

²⁹⁵ Сања Граић Степановић, „Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентски ризик“, *Право и привреда* 5-8/2007, 454.

концентрацију представља само оно заједничко улагање два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту или стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*).²⁹⁶ Уколико се заједничка контрола над постојећим учесником стиче тако што се она преузима од трећих лица која су већ контролисала тог учесника, такво преузимање се неће сматрати заједничким улагањем и цениће се према правилима о стицању заједничке контроле, независно од тога да ли постојећи учесник има све функције независног учесника на тржишту.

Постојање концентрације се утврђује на основу критеријума обављања свих функција самосталног учесника на тржишту, 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 тада не сматра концентрацијом и може се оцењивати у складу са прописима о рестриктивним споразумима.

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

²⁹⁶ Вид. чл. 17, ст. 1, т. 3. ЗЗК; чл. 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

услов функционалности ако је самосталан у оперативном смислу.²⁹⁷ Испуњеност овог услова процењује се на основу неколико критеријума.

Прво је неопходно утврдити да ли заједнички учесник има довољно средстава за самостално обављање делатности на тржишту. То значи да заједнички учесник мора имати управу која му омогућава свакодневно обављање делатности и која има приступ неопходним ресурсима, укључујући финансијска средства, запослене и покретну и непокретну имовину. Заједнички учесник, при томе, не мора имати сопствене запослене, већ их може ангажовати преко трећих лица, нпр. агенције за запошљавање или контролних учесника у концентрацији. Ако запослене ангажује контролни учесник, то може бити само у почетној фази, тј. у прелазном периоду за заједничког учесника на тржишту (*start-up period*) или ако заједнички учесник послује са контролним учесницима на исти начин као и са осталим учесницима на тржишту.²⁹⁸

Други критеријум који је потребно испунити јесте обављање више активности осим једне специфичне активности контролних учесника, тако да ће се сматрати да заједнички учесник није самосталан економски ентитет ако преузме једну или више одређених функција, односно делатности из пословне активности контролног учесника које обавља само за своје осниваче, а не за трећа лица, и при томе нема приступ тржишту или није самостално присутан на њему. Делатност заједничког учесника мора прелазити обим искључивог обављања послова за контролне учеснике, па се концентрацијом неће сматрати заједничко улагање које је ограничено на истраживање и развој, производњу, дистрибуцију или продају или ако укључује закуп непокретности из пореских или других финансијских разлога, за рачун контролних учесника. Међутим, уколико заједнички учесник преузме све функције, односно обавља све активности контролних учесника или ако користи дистрибутивну мрежу или продајна места контролних учесника (под условом да контролни учесници иступају као

²⁹⁷ Вид. т. 93. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и случај *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)*, бр. Т-282/02, одлука Општег суда од 23.02.2006, *ECR 2006*, II-319, т. 62.

²⁹⁸ Вид. т. 94. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

заступници заједничког учесника), сматраће се да је заједнички учесник функционално потпуно самосталан и да заједничко улагање јесте концентрација.²⁹⁹

Трећи критеријум се односи на трговање заједничког учесника с контролним учесницима и на обим те трговине, што се утврђује на основу активности и снажног присуства контролних учесника на узводним или низводним тржиштима, посебно ако њихово присуство доводи до значајне продаје или куповине између контролних и заједничког учесника. За време тзв. прелазног периода, заједнички учесник зависи од трговине са контролним учесницима, па се у том периоду, који не би требало да буде дужи од три године, пословање заједничког учесника може заснивати на искључивој продаји контролним учесницима, односно куповини од контролних учесника.³⁰⁰

Самосталност заједничког учесника процењује се на основу удела обима продаје контролним учесницима у укупној производњи заједничког учесника, односно утврђивањем да ли је обим трговине између заједничког и контролних учесника толико велики да чини значајан део укупне трговине заједничког учесника. Што је овај удео мањи, мања је и зависност заједничког учесника од контролних учесника, а већа је вероватноћа да заједнички учесник има економску самосталност. У том смислу се анализира да ли се продаја контролним учесницима (или куповина од њих) обавља под уобичајеним комерцијалним условима и да ли заједнички учесник продаје своје производе оном учеснику на тржишту који понуди највишу цену.

Четврти услов је да заједнички учесник мора бити основан на дугорочној основи, односно мора трајно обављати функције које обављају или су обављали контролни учесници. Овакво условљавање је у складу са захтевом да концентрација настаје променом контроле над учесником на тржишту на *трајној*

²⁹⁹ Пракса Европске комисије показује да се процена испуњености овог услова заснива на следећа два критеријума: улагање заједничког учесника у инфраструктуру, односно у продавнице, складишта, продајна места, запослене у превозу и продаји, и набављање значајног дела производа који се продају и од других учесника на тржишту, а не само од контролних учесника. Вид. М. Карурал, 7.

³⁰⁰ Вид. т. 97. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

основи, па се концентрацијом неће сматрати заједничко улагање ако је заједнички учесник основан само на кратак, ограничен временски период. Уколико је период трајања пословног подухвата унапред утврђен и ако је период довољно дуг да доведе до трајне промене у власничкој структури учесника у подухвату, или ако је споразумом предвиђено да се заједничко улагање настави после истека утврђеног периода трајања, сматраће се да заједничко улагање представља концентрацију.

Наведени критеријуми показују да је приликом оцене заједничког улагања најважније утврдити о којем облику заједничког улагања се ради, односно да ли оно представља концентрацију или је реч о споразуму који подлеже оцени према правилима о рестриктивним споразумима. Да би се то утврдило, неопходно је у сваком конкретном случају анализирати да ли заједнички учесник има одлике аутономног пословног ентитета, тј. да ли може обављати све функције које обављају и други самостални учесници на тржишту.

Непостојање критеријума за утврђивање наведеног разграничења у праву Републике Србије представља велики недостатак, па би било пожељно да се и у Србији утврде такви критеријуми, посебно ако се зна колико би то допринело правној сигурности и тиме олакшало повезивање учесника на тржишту путем заједничког улагања, нарочито оних облика који имају позитиван утицај на конкуренцију на тржишту. Утврђивање ових критеријума у праву ЕУ знатно је умањило правну несигурност, па би приликом утврђивања критеријума у праву Србије требало поћи од прописа ЕУ и праксе Европске комисије који представљају корисне смернице за Комисију за заштиту конкуренције.

4. КОНЦЕНТРАЦИЈЕ КОЈЕ ПОДЛЕЖУ КОНТРОЛИ

Пошто контроли концентрација подлежу само оне концентрације које због своје величине могу негативно утицати на тржишну структуру и које због тога представљају могућу опасност за конкуренцију, потребно је такве концентрације издвојити од концентрација које имају мали значај за конкуренцију и које не би требало контролисати. Отуда се прописима о контроли концентрација утврђују објективни и лако мерљиви (квантитативни) критеријуми за пријаву

концентрације (*прагови нотификације – thresholds*), који би требало да одражавају снагу учесника на тржишту који планирају да учествују у концентрацији.

Утврђивањем прагова нотификације, поставља се граница између концентрација које завређују пажњу надлежних тела (нпр. повезивања великих и моћних учесника на тржишту) и оних концентрација за које се сматра да не заслужују пажњу тих тела због свог тривијалног значаја за конкуренцију (тзв. багателне концентрације, као што је повезивање малих учесника на тржишту или повезивање изразито великог и малог тржишног учесника, када „дин преузима патуљка“). На тај начин се растеређује рад надлежних тела, будући да се контролишу само битне концентрације, а истовремено олакшава повезивање оних учесника на тржишту који учествују у концентрацијама које не подлежу контроли.

Зато је неопходно да критеријуми буду правилно утврђени, јер у супротном могу настати бројни проблеми у пракси. Уколико су утврђени превисоки критеријуми, мање концентрација ће бити пријављено, чиме ће се олакшати рад надлежних тела, али ће истовремено ван домаћаја контроле остати одређене концентрације које би могле угрозити конкуренцију и које би зато требало забранити. Уколико су, међутим, утврђени ниски критеријуми, могу настати још већи проблеми.³⁰¹ Не само што ће се отежати рад надлежног тела за заштиту конкуренције услед бројних пријава и ограниченог броја запослених, већ ће због његове преоптерећености вероватно доћи до грешака приликом одлучивања у поступку контроле. Поред тога, учесници на тржишту се тиме дестимулишу и одвраћају од повезивања, јер морају да пријављују концентрације које не угрожавају конкуренцију и при томе да плаћају (високе) накнаде за пријаву концентрације.

Управо је ово био један од највећих проблема у раду Комисије за заштиту конкуренције после усвајања Закона о заштити конкуренције из 2005. године, будући да су прагови нотификације утврђени Законом били превише ниски. Ниски (и алтернативно постављени) прагови сматрали су се највећим појединачним недостатком Закона, а контрола концентрација погрешним

³⁰¹ Исто и Б. Беговић, В. Павић (2010), 33; Б. Ристић, В. Мијушковић, 74.

приоритетом Комисије, тако да је Комисија била преоптерећена захтевима за одобрење концентрације и није могла адекватно да се бави заштитом конкуренције на тржишту. Због тога су се у академским радовима и пракси износиле критике у погледу законских одредаба које су регулисале прагове за пријаву концентрација.³⁰² Додатни разлог за критику јесу високе накнаде које Комисија наплаћује приликом пријаве концентрације, које се отуда називају и прикривеним „порезом на концентрације“, будући да су због великог броја захтева корист од пријава имали Комисија и буџет Републике Србије.³⁰³ Ово је истовремено спутавало бројне учеснике на тржишту приликом њиховог повезивања, а делује дестимулативно и на потенцијалне учеснике у концентрацијама, због чега је контрола концентрација била административна баријера уласку на тржиште.

Статистички подаци о поступцима за заштиту конкуренције који се воде пред Комисијом за заштиту конкуренције показују да се Комисија углавном бави концентрацијама, а да је много мање поступака који се воде ради утврђивања повреде конкуренције. Комисија годишње води више од 100 поступака контроле концентрација (осим 2006 и 2010. године, када је вођено 56, односно 67 поступака), а поводом утврђивања повреде конкуренције води мање од 20 поступака годишње (осим 2009, 2011 и 2012. године, када је вођено нешто више од 20 поступака ради испитивања повреда конкуренције насталим закључењем рестриктивних споразума).³⁰⁴ У односу на укупан број поступака за заштиту конкуренције који се воде пред Комисијом, поступци контроле концентрација чине највећи удео, чак 79%, узимајући у обзир просек формиран за период 2006-

³⁰² Вид. М. Vasiljević, D. Popović, 144-145; Vladimir Pavić, „Revolution, Evolution and Devolution: Overview of the Past Twenty Years of Competition Legislation in Serbia“, *Public Law in Serbia: Twenty Years After* (ed. Violeta Besirević), European Public Law Organization/Esperia Publications, London – Athens 2012, 249; Р. Д. Вукадиновић (2009), 81; М. Андровић, Г. Кршикапа, 96; Irena Dajković, „Comments on the new Serbian Competition Law“, *European Competition Law Review* 2/2010, Vol. 31, 59.

³⁰³ Вид. Б. Беговић, В. Павић (2009), 78; М. Vasiljević, D. Popović, 146.

³⁰⁴ Подаци су доступни у Годишњим извештајима о раду Комисије за заштиту конкуренције и односе се на период 2006-2012. Вид. <http://www.kzk.org.rs/izvestaji>, 28. март 2014.

2012. Комисија за заштиту конкуренције се много мање бавила повредама конкуренције, тако да је њихов удео у укупном броју поступака за заштиту конкуренције знатно мањи и износи 13% (рестриктивни споразуми), односно 8% (злоупотреба доминантног положаја).

Упоредивањем са радом надлежних тела за заштиту конкуренције у појединим земљама у окружењу, може се проверити закључак о оптерећености Комисије за заштиту конкуренције концентрацијама. Нпр., у Републици Хрватској, Агенција за заштиту тржишног натјечања се у просеку бавила концентрацијама у 29% поступака за заштиту конкуренције, узимајући у обзир период 1997-2011.³⁰⁵ Овим подацима, међутим, нису обухваћене концентрације у банкарском сектору, јер Агенција за заштиту тржишног натјечања није била надлежна за концентрације у овом сектору. До учлађења Републике Хрватске у ЕУ (1. јул 2013), за то је била надлежна Хрватска народна банка. У медијском сектору, концентрације се пријављују Агенцији без обзира на прагове за пријаву концентрације који важе за остале учеснике на тржишту. Од 2009. године, Агенција више није надлежна за сваку промену власничке структуре учесника на тржишту електронских медија, већ је за то искључиво надлежна Агенција за електронске медије.

У Републици Мађарској, нпр., надлежно тело за заштиту конкуренције GVH (*Gazdasági Versenyhivatal*) више се бавило концентрацијама него хрватска Агенција за заштиту тржишног натјечања, али ипак мање од Комисије за заштиту конкуренције. У односу на све поступке за заштиту конкуренције, Мађарско тело се највише бавило концентрацијама, пошто се у просеку 56% поступака за заштиту конкуренције односило на концентрације, узимајући у обзир период 1997-2011.³⁰⁶

³⁰⁵ Подаци су добијени анализом статистичких података о примени Закона о заштити тржишног натјечања и годишњих извештаја о раду Агенције за заштиту тржишног натјечања. Вид. Агенција за заштиту тржишног натјечања, *Godišnja izvješća o radu* (1997-2011); <http://www.aztn.hr/onama/23/godisnja-izvjesca>; Statistički podaci o sprovođenju Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (2008-2011), <http://www.aztn.hr/pocetna/112/evdencija-provedbe>, 29. март 2014.

³⁰⁶ Подаци су добијени анализом годишњих извештаја Мађарског тела за заштиту конкуренције и статистичких података који се односе на период 1997-2011. Вид. GVH, *Annual Reports* (1997-2011);

Поређењем рада надлежних тела за заштиту конкуренције у Републици Србији, Републици Хрватској и Републици Мађарској, може се закључити да је Комисија за заштиту конкуренције доста оптерећена концентрацијама и да би се више пажње могло посветити повредама конкуренције насталим закључењем рестриктивних споразума и злоупотребом доминантног положаја. Са просечно 102,5 концентрација годишње, узимајући у обзир шестогодишњи просек који је формиран на основу периода 2006-2011, Србија је прва по броју поступака контроле концентрацијама, док је Мађарска друга, са 39,8 поступака, а Хрватска трећа, са 22,2 поступка, у истом периоду. Просечно учешће поступака контроле концентрација у Србији, у периоду 2006-2011, износи 80%, док је удео поступака ради утврђивања повреде конкуренције 12% (рестриктивни споразуми), односно 8% (злоупотреба доминантног положаја). У Хрватској, просечан удео поступака контроле концентрација (у периоду 2006-2011) износи 37%, док је у Мађарској, у истом периоду, тај удео нешто виши и износи 60%.

На основу наведених података може се закључити да се Комисија за заштиту конкуренције у највећој мери бави концентрацијама и да је број поступака који се воде ради утврђивања повреде конкуренције насталим злоупотребом доминантног положаја и закључењем рестриктивних споразума знатно мањи, па би се о овој чињеници могло водити рачуна уколико би се разматрала могућност мењања прагова за пријаву концентрација у циљу смањења административног оптерећења Комисије. Уколико би се у том случају повећали прагови за пријаву концентрације, нове прагове би требало одредити нпр. у складу са препорукама Међународне мреже за конкуренцију (International Competition Network – ICN).³⁰⁷

У упоредном праву, као прагови нотификације се користе тзв. финансијски прагови, који полазе од годишњих прихода учесника у концентрацији. Овакви

http://www.gvh.hu/en/gvh/annual_reports, Statistics (1997-2009),

http://www.gvh.hu/en/for_professional_users/statistics, 29. март 2014.

³⁰⁷ Вид. ICN, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*, 2002, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, 6. април 2014.

Међународна мрежа за конкуренцију је међународна мрежа која окупља национална тела надлежна за заштиту конкуренције.

прагови су општеприхваћени, јер се ради о подацима који се могу лако и поуздано утврдити, будући да су доступни и познати учесницима на тржишту и не захтевају накнаду проверу коју би извршило надлежно тело. Прагови који се заснивају на субјективним критеријумима (нпр. тржишни удели учесника у концентрацији) нису прихватљиви и њихова примена умањује правну сигурност, пошто их је могуће поуздано утврдити тек после дефинисања релевантног тржишта у поступку контроле, а учесници у концентрацији би морали да их одреде самостално и пре него што то учини надлежно тело. Ово је и једна од препорука Међународне мреже за конкуренцију.³⁰⁸

Имајући у виду значај правилног утврђивања прагова за пријаву концентрације, односно значај висине прагова, Међународна мрежа за конкуренцију је утврдила посебне препоруке и начела која могу да се примене приликом одређивања објективних и разумних прагова који стварају обавезу пријаве концентрације или приликом процене да ли су утврђени прагови адекватни, а која су ближе одређена у једном посебном документу.³⁰⁹ У складу са овим препорукама, методологија одређивања прагова за пријаву концентрације заснива се на важном начелу да би прагови требало да се одреде тако да контроли подлежу само концентрације које имају суштинску везу са националним телом за заштиту конкуренције, и да би прагови требало да се заснивају на објективним и квантитативним критеријумима, као што је продаја или имовина. Приликом одређивања одговарајућих прагова, потребно је водити рачуна о различитим чиниоцима, а уобичајени методи који се том приликом користе су следећи: утврђивање јасних циљева реформе, укључујући жељени број пријава концентрација; упоређивање и анализа података из прошлости; упоређивање са другим земљама, односно телима надлежним за заштиту конкуренције; анализа домаће привреде и др. Било би пожељно када би се приликом наредних измена прагова за пријаву концентрације у Републици Србији у потпуности следиле

³⁰⁸ Вид. ICN, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*, Препорука II В (1).

³⁰⁹ Вид. ICN, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, Report to the ICN Annual Conference Kyoto, Japan, 2008, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc326.pdf>, 6. април 2014.

препоруке Међународне мреже за конкуренцију, јер ове препоруке одражавају најбољу праксу (*best practice*) одређивања прагова за пријаву концентрација.

4.1. Прагови нотификације према Закону о заштити конкуренције

Закон о заштити конкуренције прописује финансијске прагове који се односе на приход учесника у претходној години, па контроли подлежу само оне концентрације које прелазе прописане прагове. Изузетно, концентрација која се спроводи путем понуде за преузимање у смислу прописа којим се уређује преузимање акционарских друштава, мора бити пријављена и кад нису достигнути прагови за пријаву концентрација.³¹⁰ То значи да се преузимање акционарских друштава мора увек пријавити Комисији за заштиту конкуренције, независно од остварених прихода учесника у концентрацији, под условом да такво преузимање представља концентрацију, односно да је над циљним друштвом стечена контрола у смислу одредаба ЗЗК.

Није у потпуности јасно због чега се контролишу ове концентрације које се спровode путем понуде за преузимање, а које не прелазе законске прагове за нотификацију. Можда би се оваква контрола могла сматрати додатним видом контроле пословања акционарских друштава, будући да се преузимања могу повезати са приватизацијом и да се односе на трговање акцијама на финансијском тржишту. Међутим, онда би се могло поставити питање зашто такву контролу врши Комисија за заштиту конкуренције, с обзиром на то да постоје друга тела која су за то надлежна, а да је надлежност Комисије заштита конкуренције на тржишту, а не контрола пословања акционарских друштава. Отуда се оваква „додатна“ контрола чини непотребном, па би се наведена одредба у Закону о заштити конкуренције могла избрисати. Осим тога, ова контрола може још више оптеретити Комисију за заштиту конкуренције и знатно отежати повезивање

³¹⁰ Вид. чл. 61, ст. 3. ЗЗК.

учесника на тржишту, иако се то на основу досадашњих извештаја Комисије за заштиту конкуренције не би могло рећи.³¹¹

Обавезу пријаве концентрације имају учесници на тржишту када је:

1) укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на светском тржишту већи од 100 милиона евра, с тим што најмање један учесник у концентрацији на тржишту Републике Србије има приход већи од десет милиона евра;

2) укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије већи од 20 милиона евра, с тим што најмање два учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије имају приход већи од по милион евра.³¹²

Наведени прагови су постављени алтернативно, иако у тексту Закона не постоји везник *или*, а појединачно се састоје од *кумулятивно* постављених услова.

Први (тзв. међународни) праг утврђен је узимајући у обзир снагу, односно приход свих учесника на светском тржишту и одговарајући приход једног од учесника на домаћем тржишту, тако да би њиме требало да се обухвате само концентрације у којима учествује најмање један, значајан тржишни учесник, који је већ присутан на тржишту Републике Србије. Повећан је праг који се односи на приход учесника на светском тржишту, а допунски услов је уведен у циљу спречавања сувишне контроле концентрација које се односе на мање инвестиције домаћих учесника на тржишту, као и инвестиције страних инвеститора у случају тзв. првог уласка на домаће тржиште.³¹³

³¹¹ Према годишњим извештајима Комисије, „у односу на укупан број издатих решења по поднетим пријавама концентрација, практично незнатан је био број оних концентрација које се спроводе путем понуде за преузимање“. Вид. *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2011. годину*, 31; *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2012. годину*, Комисија за заштиту конкуренције, Београд 2013, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2013/05/GODISNJI-IZVESTAJ-O-RADU-KZK-za-2012-godinu.pdf>, 5.11.2013, 41.

³¹² Чл. 61, ст. 1. ЗЗК.

³¹³ Закон из 2005. године је предвиђао да се захтев за одобрење концентрације подноси под условом да: 1) заједнички укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије прелази износ од 10 милиона евра, или 2) заједнички укупан годишњи

Међутим, наведеној законској одредби се могу упутити одређене замерке, због чега се може рећи да законодавац ипак није адекватно прописао први праг, иако је он повећан и другачије утврђен. Тиме се опет може отежати рад Комисије, спутавати повезивање учесника на тржишту и могу се стварати препреке за домаће и стране инвеститоре на домаћем тржишту.

Прво, основ за контролу првог уласка страних инвеститора на домаће тржиште ипак је задржан, будући да су и велики страни инвеститори који не послују у Србији обавезни да поднесу пријаву уколико преузимају домаћег учесника на тржишту који има приход већи од десет милиона евра. Овакво решење се отуда чини лошим, јер наведене концентрације, по правилу, јачају конкуренцију на тржишту, тако да њихова контрола није потребна.

Друго, велики домаћи учесници на тржишту, који остваре приход већи од 100 милиона евра на светском тржишту, морају практично да пријаве сваку своју концентрацију, јер се реално може очекивати да ће истовремено испунити услов у вези са приходом на домаћем тржишту, односно да су у Србији остварили приход од бар десет милиона евра.³¹⁴

Треће, контролом су и даље обухваћене оне екстратериторијалне или прекограничне концентрације (*foreign-to-foreign mergers*) које се односе на повезивање страних учесника у иностранству, а које не могу изазвати значајне последице на домаћем тржишту. Ове концентрације се, дакле, не спроводе у Србији, али ако један од учесника послује и на домаћем тржишту (нпр. у Србији има приход већи од десет милиона евра), онда су учесници у концентрацији дужни да пријаве концентрацију Комисији за заштиту конкуренције. На овај начин се отежава рад Комисије, будући да се ради о концентрацијама које немају никакав значај за тржиште Републике Србије, односно које не утичу на промену тржишне структуре, и које се зато и одобравају у скраћеном поступку.

приход учесника у концентрацији остварен на светском тржишту прелази износ од 50 милиона евра, при чему најмање један учесник на тржишту који је учесник концентрације мора да буде регистрован на територији Републике Србије (чл. 23. ст. 2).

³¹⁴ Исто и М. Vasiljević, D. Popović, 146-147; Б. Беговић, В. Павић (2009), 79.

Може се отуда рећи да ове концентрације није потребно пријављивати и да њихова контрола није неопходна уколико немају утицај на конкуренцију у Србији. У прилог оваквом тумачењу може се навести и одредба Закона о заштити конкуренције о територијалној примени Закона, према којој се Закон примењује и на акте и радње учињене ван територије Републике Србије уколико они утичу или би могли утицати на конкуренцију на територији Србије.³¹⁵ Можда би Комисија могла, иако то до сада није чинила, да применом доктрине ефеката, односно применом *local (domestic) effects* доктрине врши контролу само оних концентрација које остварују штетне ефекте на тржишту Републике Србије, односно да не контролишу концентрације које немају никакве последице на територији Србије.³¹⁶

Други (тзв. национални) праг заснива се на значају концентрације за тржиште Републике Србије и на снази појединачних учесника у концентрацији, па је поред повећања укупног прихода који сви учесници остваре на домаћем тржишту, уведен и допунски услов који се односи на приходе најмање два учесника у концентрацији. Помоћу допунског критеријума се избегавају ситуације када велики учесник на тржишту преузима малог учесника, односно учесника који остварује ниске приходе, чиме се олакшава и рад Комисије, тако да је ово унапређење ранијег законског решења које је допуштало овакве ситуације.³¹⁷ Ипак, можда би се могло проверити да ли је нови праг и даље низак, како би се утврдило да ли још увек доста концентрација које не угрожавају

³¹⁵ Вид. чл. 2. 33К.

³¹⁶ Слично и Srđana Petronijević, Matija Vojnović, „Serbia“, *The International Comparative Legal Guide to: Merger Control 2013 – A practical cross-border insight into merger control* (ed. Suzie Kidd), Global Legal Group, London 2012, 321; Rastko Petaković, „Serbia“, *The Merger Control Review* (ed. I. Knable Gotts), Law Business Research, London 2013, 374. О екстериторијалној примени Закона о заштити конкуренције вид. Маја Станивуковић, „Примена домаћих правила о заштити конкуренције на правне односе са међународним елементом по узору на право Европске заједнице“, *Анали* 2/2009, 112 и даље.

³¹⁷ Исто и М. Vasiljević, D. Popović, 147; Б. Беговић, В. Павић (2009), 79.

конкуренцију подлеже контроли, с обзиром на то да прелазе постојеће прагове нотификације.³¹⁸

4.2. Концентрације са европском (комунитарном) димензијом

Уредба ЕУ о концентрацијама, такође, прописује финансијске прагове чијим преласком за учеснике у концентрацији настаје обавеза нотификације, чиме ограничава своју примену само на концентрације које имају тзв. европску (комунитарну) димензију (даље у тексту: европска димензија). Међутим, прописани прагови имају искључиви значај разграничења надлежности између органа ЕУ и надлежних тела земаља чланица.³¹⁹ Полази се од тога да концентрације учесника на тржишту са мањим приходом не могу угрозити конкуренцију на јединственом тржишту ЕУ због њиховог малог значаја или зато што су значајне само за тржишта појединих земаља чланица. Зато би земље чланице требало да буду одговорне за такве концентрације, док је за остале одговорна Европска комисија.³²⁰ Уколико концентрација има европску 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.

Концентрација има европску димензију ако је укупан приход свих учесника у концентрацији на светском тржишту већи од 5 милијарди евра, и ако је укупан приход на тржишту ЕУ сваког од најмање два учесника већи од 250 милиона евра, под условом да сваки од учесника не остварује више од две трећине свог укупног промета на тржишту ЕУ у само једној земљи чланица.³²¹

³¹⁸ О праговима нотификације у појединим земљама у окружењу вид. Б. Ристић, В. Мијушковић, 74-75; М. Vasiljević, D. Popović, 145.

³¹⁹ Вид. и т. 127. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

³²⁰ Више о концепцији *европске димензије* вид. E. Navarro Varona *et al.*, 66-68; A. Decocq, G. Decocq, 208-209.

³²¹ Чл. 1(2) Уредбе ЕУ о концентрацијама. Да би концентрација имала европску димензију, потребно је да сви наведени услови буду кумулативно испуњени.

Услов који се односи на остваривање укупног светског прихода одсликава економску снагу учесника, док услов који се односи на приход остварен на тржишту ЕУ указује на значај и везаност концентрације за тржиште ЕУ. Остваривањем првог услова обезбеђује се контрола довољно великих и значајних концентрација за тржиште ЕУ, с обзиром на укупан приход учесника, тако да се врши контрола само оних концентрација у којима учествују крупни учесници на тржишту.

Други услов је утврђен да би се избегла контрола концентрација у којима се један велики учесник повезује са малим учесником чији је приход занемарљив. На овај начин се обезбеђује да се бар два учесника у концентрацији могу сматрати значајним тржишним учесницима и да се минимум активности учесника односи на тржиште ЕУ.³²²

Трећи услов (тзв. *two-thirds rule*) постављен је негативно и служи да се избегне контрола над концентрацијама које утичу на тржиште само једне земље чланице, будући да концентрација у супротном не би имала „европску димензију“. Тиме се из контроле искључују концентрације које доминантно немају значај за тржиште само једне земље чланице, што одражава и снажан отпор земаља чланица контроли концентрација од значаја за национално тржиште коју би вршила Европска комисија.³²³ Такве су ситуације када се спајају нпр. два велика учесника на тржишту која испуњавају прва два услова, али своју делатност обављају углавном у истој земљи чланице и најчешће се ради о банкама, осигуравајућим друштвима и учесницима који послују у енергетском сектору.³²⁴

Сматра се да концентрација која не прелази утврђене прагове ипак има европску димензију ако је укупан светски приход свих учесника већи од 2,5 милијарди евра, ако у свакој од најмање три земље чланице укупан приход свих учесника прелази 100 милиона евра, а приход сваког од најмање два учесника

³²² Утврђени новчани износи све више отежавају рад Европске комисије, јер због инфлације, приход од 5 милијарди евра реално није исти као и 1989. године (када је на нивоу ЕУ уведена контрола концентрација и када је овај износ утврђен), тако да се сваке године обим посла за Комисију увећава. Вид. G. Monti (2007a), 302.

³²³ G. Monti (2007a), 301.

³²⁴ R. Whish, 829.

износи више од 25 милиона евра, и ако укупан приход сваког од најмање два учесника остварен на тржишту ЕУ износи више од 100 милиона евра, под условом да сваки од учесника не остварује више од две трећине својих укупних прихода на тржишту ЕУ у оквиру једне земље чланице.³²⁵ Наведени критеријуми су утврђени како би се омогућила контрола и оних концентрација које немају европску димензију, али које би могле значајно утицати на конкуренцију у најмање три земље чланице, што би водило вишеструким пријавама у тим земљама. Због тога су и постављени нешто нижи прагови за пријаву.

4.3. Утврђивање испуњености прагова нотификације

Укупан годишњи приход учесника у концентрацији утврђује се на основу збира прихода самих учесника у концентрацији, односно учесника који стичу контролу над другим учесником, и на основу прихода учесника на тржишту који су повезани са учесницима у концентрацији, с тим што се приликом рачунања не узимају у обзир приходи који ти учесници на тржишту остваре у међусобној размени.³²⁶

Ако се концентрацијом стиче контрола над делом или деловима једног или више учесника на тржишту, у погледу продавца или продаваца узима се у обзир приход који су остварили само делови учесника на тржишту.³²⁷ То значи да се укупан приход учесника у концентрацији (учесника који стиче контролу и дела учесника на тржишту који се продаје) утврђује тада као збир прихода стицаоца контроле (узимајући у обзир и укупне приходе свих учесника на тржишту са

³²⁵ Чл. 1(3) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

³²⁶ Чл. 61, ст. 2. ЗЗК; чл. 5(1) и 5(5) Уредбе ЕУ о концентрацијама; т. 166-167. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

³²⁷ Под *делом* учесника на тржишту подразумева се један или више одвојених правних субјеката (нпр. зависно друштво једног учесника на тржишту), организациони део учесника на тржишту (огранак или пословна јединица) или посебна имовина која служи обављању пословне делатности и којој се може приписати приход на тржишту (нпр. непокретности, жиг или лиценца).

којима се стицалац контроле сматра повезаним лицем) и само дела учесника на тржишту над којим се стиче контрола.³²⁸

Међутим, уколико је између истих учесника на тржишту, у периоду краћем од две године, извршено две или више оваквих капиталних трансакција, такве трансакције ће се сматрати једном концентрацијом, а као време њеног настанка узима се дан извршења последње капиталне трансакције.³²⁹ На овај начин се спречава да учесници на тржишту избегну обавезу пријављивања концентрације тако што би низом појединачних капиталних трансакција током периода покушали да створе привид да не прелазе финансијске прагове и тако избегну надлежност тела за заштиту конкуренције, с обзиром на то да се приходи у конкретном случају приписују само купљеним деловима другог учесника на тржишту.³³⁰ То значи да ако исти учесници на тржишту сукцесивно преузимају делове једног или више учесника на тржишту, приликом утврђивања укупног прихода, рачунају се приходи свих преузетих делова заједно, а не само приход једног дела учесника на тржишту. Смисао оваквог решења је да се избегне ситуација у којој би један учесник на тржишту могао постепено да стекне више делова другог (истог) учесника на тржишту, без обавезе да пријави концентрације (под условом да приходи сваког појединачног дела нису довољни да, заједно са приходима стицаоца контроле, пређу прагове за пријаву концентрације). Учесник на тржишту би у таквој ситуацији могао да избегне обавезу пријаве концентрације, која би постојала када би све делове преузео одједном, путем једне капиталне трансакције.

³²⁸ Вид. чл. 5(2) Уредбе ЕУ о концентрацијама; т. 136. Обавештења Европске комисије о надлежностима; Упутство о начину израчунавања укупног прихода учесника у концентрацији у случајевима када се контрола стиче над делом предузећа, <http://www.kzk.org.rs/uputstva>, 23. март 2014.

³²⁹ Чл. 17, ст. 2. ЗЗК; чл. 5(2) Уредбе ЕУ о концентрацијама; т. 136. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

³³⁰ Вид. т. 49-50. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и случај *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)*, бр. Т-282/02, одлука Општег суда од 23.02.2006, *ECR 2006*, II-319, т. 117-118.

Наведено правило о постојању једне концентрације треба разликовати од правила према којем се једном концентрацијом сматра више капиталних трансакција између истих учесника на тржишту које су на одређени начин међусобно уско повезане или које се односе на низ појединачних трансакција у вези са хартијама од вредности које се реализују у разумно кратком периоду.³³¹ Ово друго правило се нарочито односи на тзв. пузеће преузимање, којим учесник на тржишту постепеним стицањем учешћа у циљном друштву покушава да прикрије стицање контроле над тим друштвом, стварајући привид да није настала концентрација, и да на тај начин избегне обавезу пријаве концентрације. Друго правило се, дакле, односи на постојање саме концентрације, док се прво правило примењује приликом рачунања прихода учесника у концентрацији.³³²

У погледу дефинисања *прихода* који се рачунају приликом утврђивања прагова нотификације, правила Србије и ЕУ се разликују, будући да у праву Србије не постоје посебна правила која детаљно регулишу на који начин се утврђују приходи учесника, а Закон о заштити конкуренције том приликом шире дефинише приходе.³³³ Према Закону (чл. 7, ст. 1), годишњи приход учесника на тржишту утврђује се у висини укупног годишњег прихода пре опорезивања, за обрачунску годину која претходи години у којој је покренут поступак.³³⁴ То значи да се приликом утврђивања годишњег прихода рачунају сви приходи који су

³³¹ Вид. т. 20. Увода Уредбе ЕУ о концентрацијама.

³³² Вид. т. 37. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Примена овог другог правила је детаљно уређена Обавештењем Европске комисије о надлежностима (т. 38-48). Закон о заштити конкуренције не прави наведену разлику, тако да се правило из чл. 17, ст. 2. Закона (према којем ће се више капиталних трансакција између истих учесника на тржишту извршених у периоду краћем од две године сматрати једном концентрацијом) примењује приликом утврђивања постојања концентрације и приликом рачунања прихода учесника у концентрацији.

³³³ Уредба ЕУ о концентрацијама (у чл. 5) и Обавештење Европске комисије о надлежностима (т. 157-220) детаљно регулишу начин израчунавања укупног годишњег прихода.

³³⁴ Уредбом о садржини и начину подношења пријаве концентрације (*Сл. гл. РС*, бр. 89/2009) предвиђено је само да пријава концентрације мора да садржи и укупан годишњи приход сваког учесника концентрације, без пореза на додату вредност и других пореза који се директно односе на учеснике концентрације, за три године које претходе години у којој се спроводи концентрација, и то за сваку годину појединачно (чл. 2, ст. 1, т. 7).

учесници у концентрацији остварили у току године, па се укупан приход исказује као збир пословних прихода, финансијских прихода и осталих прихода.³³⁵

У праву ЕУ, под приходима се подразумевају приходи који учесници у концентрацији остваре у претходној години продајом добара и пружањем услуга у оквиру редовне делатности, након одбијања рабата, пореза на додату вредност и других пореза који се директно односе на приход.³³⁶ Ови износи се у финансијским извештајима исказују као *приходи од продаје (sales)* и приказују приходе остварене продајом производа у току редовних активности, тако да укупни годишњи приход, по правилу, не обухвата финансијске приходе и остале (ванредне) приходе (нпр. од продаје имовине).

Пошто се приходи од продаје сврставају у пословне приходе који се затим рачунају у укупне приходе учесника на тржишту (којима су обухваћени и финансијски и остали приходи),³³⁷ може се закључити да се у Србији другачије утврђује укупни годишњи приход него у ЕУ. Дефиницијом годишњег прихода, у смислу ЗЗК, обухваћени су сви приходи, а не само приходи од продаје (као у ЕУ), чиме се проширује број учесника на тржишту који повезивањем могу прећи прагове нотификације и за које тада настаје обавеза пријаве концентрације уколико она подлеже контроли. Решење које примењује Европска комисија зато се чини прихватљивијим, с обзиром на то се тиме додатно не отежава рад тела надлежног за заштиту конкуренције и не спутава повезивање учесника на тржишту, па би овакав начин утврђивања прихода требало прихватити и у Србији. Осим тога, оно је смисленије, јер једино приходи од продаје одражавају снагу учесника на тржишту, што и јесте сврха прагова нотификације, тако да нема смисла укључивати друге приходе, осим оних остварених продајом производа у току редовних активности.

³³⁵ Вид. и Закључак Комисије за заштиту конкуренције, бр. 6/0-03-313/2013-1, од 29.04.2013, 3.

³³⁶ Чл. 5(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

³³⁷ Вид. чл. 5. и Прилог 1. Правилника о садржини и форми образаца финансијских извештаја за привредна друштва, задруге, друга правна лица и предузетнике (*Сл. гл. РС*, бр. 114/2006, 5/2007, 119/2008, 2/2010, 101/2012 и 118/2012); чл. 48-57. Правилника о Контном оквиру и садржини рачуна у Контном оквиру за привредна друштва, задруге, друга правна лица и предузетнике (*Сл. гл. РС*, бр. 114/2006, 119/2008, 9/2009, 4/2010, 3/2011 и 101/2012).

Укупни годишњи приходи појединих учесника на тржишту, који послују у финансијском сектору (банке и други учесници на тржишту финансијских услуга, друштва за осигурање, друштва за реосигурање и др.), утврђују се применом посебних правила која предвиђају који приходи се у том случају узимају у обзир, чиме се одступа од уобичајеног начина утврђивања годишњег прихода.³³⁸ Овакво одступање се сматра оправданим, јер се ради о специфичном сектору финансијских услуга, па је потребно утврдити које услуге, односно који пословни приходи одражавају снагу учесника на финансијском тржишту. Пријава концентрације која се реализује на финансијском тржишту подноси се Комисији за заштиту конкуренције, односно Европској комисији, будући да не постоје посебни прописи који би уређивали контролу концентрација у појединим секторима. У праву Републике Србије, реализовање ових концентрација ипак зависи од сагласности регулаторног тела, пошто Народна банка Републике Србије и Комисија за хартије од вредности морају претходно да одобре следеће концентрације: Народна банка даје сагласност на концентрацију коју банка спроводи на финансијском тржишту и на концентрације којима се стиче одређено учешће у друштву за осигурање и у друштву за управљање добровољним пензијским фондом, а Комисија за хартије од вредности даје сагласност на концентрације којима се стиче одређено учешће у друштву за управљање инвестиционим фондом.

³³⁸ За учеснике на тржишту финансијских услуга, после одбијања пореза који се директно односе на приходе, узима се збир прихода од камата и сличних прихода; прихода од хартија од вредности (приход од акција и других хартија од вредности које имају променљив принос, приход од удела код учесника на тржишту, приход од акција у повезаним учесницима на тржишту); прихода од накнада и провизија; позитивне разлике између финансијских прихода и финансијских расхода; и других прихода из пословања. За друштва за осигурање и друштва за реосигурање, узима се приход од премија по основу уговора о осигурању и реосигурању закључених од стране или у име тих друштава по одбитку пореза који се плаћа на износ премија по једном уговору или на укупан износ премија. Вид. чл. 7, ст. 2. ЗЗК; чл. 5(3) Уредбе ЕУ о концентрацијама; т. 206-220. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

5. ИЗУЗЕЦИ ОД КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА

Поједине активности учесника на тржишту које одговарају неком од појавних облика трансакција које се подводе под концентрације, изузете су од примене правила и не подлежу контроли концентрација, будући да се ради о ситуацијама у којима се контрола над учесником на тржишту стиче привремено или се због посебних карактеристика стицаоца контроле сматра да такво стицање не представља концентрацију. Овакве пословне операције се не врше у циљу утицања на конкурентско понашање преузетог учесника на тржишту, због чега се и сматра да преузималац није стекао контролу над другим учесником на тржишту у смислу правила о контроли концентрација.³³⁹

Отуда се у правилима о контроли концентрација предвиђају одређени изузеци од обавезе подношења захтева за одобрење концентрације, када се сматра да није настала концентрација учесника на тржишту, при чему Закон о заштити конкуренције (у чл. 18) и Уредба ЕУ о концентрацијама (у чл. 3(5)) на сличан начин регулишу изузетке од примене правила о контроли концентрација.

Први изузетак се односи на случајеве када банка или друга финансијска организација или друштво за осигурање под одређеним условима стекне учешће у другом учеснику на тржишту. Овакво стицање се неће сматрати концентрацијом ако су акције или удели стечени у току редовног пословања стицаоца; ако су акције или удели стечени привремено, у циљу даље продаје; ако стицалац контроле прода акције или уделе најкасније у року од годину дана од дана стицања, и ако их не користи тако да утиче на пословне одлуке учесника на тржишту у погледу његовог понашања на тржишту. Уредба ЕУ о концентрацијама прецизира да се на основу стечених хартија од вредности не може користити право гласа у циљу усмеравања конкурентског понашања тог учесника на тржишту, као и да се то право гласа може вршити само у циљу припремања продаје тог учесника или његовог дела, његове имовине или стечених хартија од вредности.

³³⁹ Исто и E. Navarro Varona *et al.*, 12, фн. 22.

Комисија за заштиту конкуренције може продужити рок за продају привремено стечених акција или удела, на захтев стипендијца акција или удела, под условом да стипендијца докаже да продаја акција или удела није разумно била могућа у оквиру тог рока, али најдуже за још шест месеци. Европска комисија може под истим условима продужити овај рок, али није предвиђено за колико се он може продужити. Решење које постоји у ЕУ, тј. решење које не ограничава продужење рока за продају акција или удела, чини се бољим решењем, јер већ постоји ограничење о начину коришћења права гласа, што представља довољну заштиту за конкуренцију. Поред тог, поставља се питање шта урадити ако ни после додатних шест месеци банка или друга финансијска организација не успе да прода акције или уделе, с обзиром на то да некада није могуће пронаћи одговарајућег купца? Зато би у сваком конкретном случају требало проценити одговарајући период којим се продужава рок за продају акција или удела.

Други изузетак је предвиђен за улагања институционалних инвеститора, када се контрола над другим учесником на тржишту стиче само ради очувања вредности инвестиције, без учешћа у управљању, односно без одлучујућег утицаја на вођење послова другог учесника на тржишту, због чега се и сматра да не постоји концентрација. Закон о заштити конкуренције отуда предвиђа да се не сматра да је настала концентрација ако инвестициони фонд стекне учешће у учеснику на тржишту, под условом да своја права заснована на том учешћу остварује само ради очувања вредности свог улагања и под условом да не утиче на конкурентско понашање тог учесника на тржишту. Према Уредби ЕУ о концентрацијама, концентрацијама се не сматрају капиталне трансакције којима финансијске холдинг компаније стичу контролу над другим учесником на тржишту, под условом да се гласачка права заснована на стеченом учешћу, посебно ако се односе на именовање чланова управних и надзорних органа учесника на тржишту у којима се стиче учешће, користе искључиво за очување вредности извршеног улагања, а не за посредно или непосредно одређивање конкурентског понашања учесника на тржишту над којим се стиче контрола.³⁴⁰

³⁴⁰ У смислу чл. 5(3) Четврте директиве компанијског права (Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of

Трећи изузетак, када се сматра да нема промене контроле и тиме ни концентрације, јесте случај када стечајни управник стекне контролу над учесником на тржишту, односно када овлашћено лице стекне контролу над другим учесником у складу са прописима земље чланице ЕУ о ликвидацији, стечају, инсолвентности, престанку плаћања, нагодби или сличним поступцима, како је предвиђено у праву ЕУ.

Четврти изузетак постоји у случају када заједничко улагање има за циљ координацију тржишних активности између два или више учесника на тржишту који задржавају своју правну независност. Овакво заједничко улагање не представља концентрацију, али се оно може оцењивати према правилима о рестриктивним споразумима, како би се утврдило да ли је на тај начин нарушена конкуренција. Приликом процене да ли је реч о изузетку од контроле, потребно је водити рачуна о томе да ли два или више контролних учесника у концентрацији настављају да обављају делатност, у знатном обиму, на истом тржишту на којем послује заједничко друштво или на узводном или низводном тржишту од тржишта на којем послује заједничко друштво или на суседном тржишту које је са тим тржиштем повезано. То значи да када контролни учесници нису присутни на наведеним тржиштима, може се претпоставити да не постоји ризик координације тржишних активности између учесника у концентрацији. Затим, мора се утврдити да ли координација, као директна последица заједничког улагања, пружа учесницима у концентрацији могућност уклањања конкуренције на релевантном тржишту производа.³⁴¹

Изузеци од контроле концентрација примењују се у веома ограниченом обиму, а наведени случајеви показују да се заиста ради о изузетним и оправданим случајевима, будући да такве трансакције немају све основне карактеристике

companies, *O.J.*, бр. L. 222/1978), финансијска холдинг компанија јесте привредно друштво чији је једини циљ стицање учешћа у другим учесницима на тржишту и управљање тим учешћем како би преузети учесник на тржишту био профитабилан, без непосредног или посредног укључивања у управљање тим учесницима на тржишту и без утицаја на права холдинг друштва као члана преузетог учесника на тржишту. Вид. и случај бр. IV/M.669 – *Charterhouse/Porterbrook* (одлука Комисије од 11.12.1995, т. 6-13).

³⁴¹ Чл. 2(5) Уредбе ЕУ о контроли концентрација

концентрација, због чега их не треба ни контролисати. У првом случају, трансакције се односе на привремено стицање власништва, у циљу његове продаје, што значи да је трансакција привременог карактера; у другом случају, инвестиције институционалних инвеститора се односе на очување вредности инвестиције, без учешћа у управљању, тако да трансакција не утиче на промену пословања другог учесника на тржишту, односно на његово конкурентско понашање; у трећем случају, стицање контроле над другим учесником на тржишту не представља концентрацију због посебних карактеристика стечајног управника, односно другог овлашћеног лица које стиче контролу; у четвртном случају, заједничко улагање може да буде рестриктивни споразум уколико има за циљ координацију тржишних активности између повезаних учесника на тржишту који задржавају своју пословну независност, тако да заједничко улагање нема за циљ стварање новог учесника на тржишту који послује на дугорочној основи и има све функције независног учесника на тржишту, што је потребан услов за постојање концентрације.

Уколико одређена капитална трансакција представља изузетак од контроле, учесници у трансакцији нису, дакле, обавезни да поднесу пријаву за одобрење концентрације, чак и када прелазе прагове за пријаву концентрације, а Комисија за заштиту конкуренције, односно Европска комисија, не може да води поступак испитивања предметне трансакције. Ако трансакција ипак буде пријављена, поступак контроле се мора обуставити, будући да трансакција уопште не подлеже контроли. До таквих случајева би могло доћи уколико учесници на тржишту, због правне сигурности, желе да добију потврду да њихова трансакција не подлеже контроли, па би Комисија за заштиту конкуренције у том случају поступак морала донети закључак о обустављању поступка по пријави концентрације.

ГЛАВА V

ПОСТУПАК КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА

1. ПРЕКИД СПРОВОЂЕЊА КОНЦЕНТРАЦИЈЕ

Учесници у концентрацији која се пријављује Комисији за заштиту конкуренције дужни су да прекину спровођење концентрације док Комисија не донесе решење о одобрењу концентрације или док не протекне рок у којем Комисија мора да одлучи по поднетој пријави (*суспензија концентрације*). Исту обавезу имају и учесници у концентрацији која се пријављује Европској комисији. Учесници у концентрацији су дужни да се уздрже од свих радњи заснованих на правима која се стичу путем концентрације, односно од коришћења овлашћења која произлазе из концентрације, као што су коришћење управљачких права, доношење пословних одлука, доношење аката на основу уговора или споразума који је основ спровођења концентрације и др. У случају када се поступак контроле покреће по службеној дужности, учесници у концентрацији су дужни да прекину спровођење концентрације од дана пријема закључка Комисије о покретању поступка испитивања концентрације.

Од обавезе прекида концентрације изузети су учесници у концентрацији која се реализује у складу са законом којим се уређује преузимање акционарских друштава, односно којим се уређује приватизација, под условом да је пријава концентрације благовремена, да стичалац контроле не врши управљачка права по основу стечених права или то чини само да би одржао пуну вредност инвестиција и на основу посебног одобрења Комисије.³⁴²

³⁴² Вид. чл. 64, ст. 3. ЗЗК. У праву ЕУ, овај изузетак се, под истим условима, односи на упућивање јавне понуде или трговање акцијама на берзи (вид. чл. 7(2) Уредбе ЕУ о концентрацијама).

2. ПРИЈАВА КОНЦЕНТРАЦИЈЕ

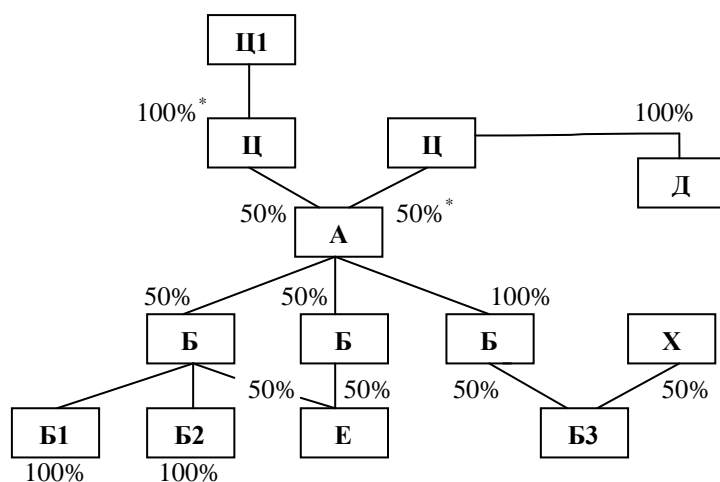
У складу са превентивним карактером контроле концентрација, учесници у концентрацији су обавезни да поднесу пријаву концентрације (нотификацију), која заправо представља захтев за одобрење концентрације чија величина прелази прописане прагове. Подношењем пријаве Комисији за заштиту конкуренције покреће се поступак контроле концентрације у коме учесник на тржишту стиче својство и положај странке, а од дана подношења пријаве рачунају се рокови за доношење одлуке о концентрацији. Изузетно, поступак контроле се може покренути по службеној дужности у два случаја: 1) ако Комисија за заштиту конкуренције, по сазнању за спроведену концентрацију, утврди да заједнички тржишни удео учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије износи најмање 40%, односно ако основано претпостави да концентрација нарушава конкуренцију; и 2) у случају друге концентрације која није одобрена у складу са Законом о заштити конкуренције.³⁴³

Могућност покретања поступка контроле по службеној дужности значајна је због тога што Комисија може имати сазнања да су реализоване концентрације које нису пријављене, а за које је постојала обавеза пријаве концентрације. Покретање поступка контроле *ex officio* оправдано је, дакле, само ако Комисија сазна за спроведене концентрације које су морале бити пријављене зато што представљају *концентрацију* или зато што прелазе прагове за пријаву (нпр. учесници су намерно, због немара или из незнања пропустили да пријаве концентрацију).

Оваква могућност је нарочито корисна у ситуацијама када у непријављеној капиталној трансакцији учествује велики број учесника на тржишту који се

³⁴³ Вид. чл. 35, ст. 1, у вези са чл. 62. ЗЗК. Закључак о покретању поступка доноси председник Комисије, а против закључка није дозвољена посебна жалба. Закључак се објављује у *Службеном гласнику Републике Србије* и на интернет страни Комисије, осим ако председник Комисије оцени да би се објављивањем угрозило спровођење поступка. Сврха објављивања закључка јесте да се учесници у концентрацији и трећа заинтересована лица обавесте о покретању поступка и да им се пружи могућност да Комисији доставе податке, информације, исправе и друга документа од значаја за вођење поступка контроле.

сматрају повезаним лицима и који припадају истој групи. У таквим ситуацијама, некада је веома тешко утврдити да ли одређена капитална трансакција подлеже контроли, односно да ли учесници у некој трансакцији прелазе финансијске прагове, будући да није могуће увек утврдити све учеснике на тржишту који су повезани са учесником у концентрацији, па је тешко израчунати укупан годишњи приход учесника у концентрацији, тј. збир свих укупних прихода које су остварили повезани учесници на тржишту. С обзиром на то да велики број повезаних привредних друштава може да припада истој групацији, у пракси се могу јавити тешкоће приликом утврђивања власника појединих друштава, јер таквој групацији, поред учесника у концентрацији, могу да припадају нпр. зависна друштва учесника у концентрацији и зависна друштва његових зависних друштава; матична друштва учесника у концентрацији и њихова матична друштва; друга зависна друштва матичних друштава учесника у концентрацији; као и друштва под заједничком контролом два или више друштава из групе, као што је приказано на **Слици 1**.



А: Учесник у концентрацији

Б: Зависна друштва учесника у концентрацији, зависна друштва његових зависних друштава (Б1 и Б2) и друштво под заједничком контролом зависног друштва и трећег учесника на тржишту (Б3)

Ц: Матична друштва учесника у концентрацији и њихова матична друштва (Ц1)

Д: Друга зависна друштва матичних друштава учесника у концентрацији

Е: Друштва под заједничком контролом два или више друштава из групе

Х: Трећи учесник на тржишту

* Проценти се односе на проценат гласачких права које матично друштво има у зависном друштву

Слика 1. Пример групације привредних друштава

Извор: Обавештење Европске комисије о надлежностима, т. 178.

Имајући у виду могуће пропуштање учесника у концентрацији да пријаве концентрацију и проблеме који се јављају приликом утврђивања свих повезаних учесника на тржишту и њихових прихода, постојећа одредба се у пракси показала као значајна, будући да ју је Комисија за заштиту конкуренције применила неколико пута. Тржишни учесници у више капиталних трансакција нису пријавили концентрацију, иако су имали обавезу да то учине, а Комисија је накнадно сазнала за њих и провером утврдила да оне нису пријављене ни испитиване у складу са Законом о заштити конкуренције. Због тога је покренула поступке по службеној дужности испитивања већ спроведених концентрација које нису биле одобрене у складу са Законом, а које су настале стицањем контроле над другим учесницима на тржишту.³⁴⁴ У предметним поступцима, Комисија је испитивала дозвољеност ових концентрација и у испитном поступку је утврдила да оне не нарушавају конкуренцију, тако да није било потребно спроводити мере деконцентрације, јер је Комисија одобрила све непријављене концентрације.³⁴⁵

Комисија може накнадно да покрене поступак контроле и када, по сазнању за спроведену концентрацију, утврди да заједнички тржишни удео учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије износи најмање 40%, односно ако основано претпостави да концентрација нарушава конкуренцију. То значи да Комисија може да реагује и у случају када након спровођења концентрације сазна да постоји сумња да би концентрација могла нарушити конкуренцију. Оваква могућност, међутим, не чини се оправданом, јер се тиме уводе елементи *ex post* контроле концентрација, с обзиром на то да се испитивање концентрације врши након њеног спровођења, уколико се процени да концентрација значајно нарушава конкуренцију. Реч је о концентрацијама које нису биле пријављене, тј.

³⁴⁴ Вид. случајеве *Autoritas Investments/Импел* (закључак Комисије бр. 6/0-03-313/2013-1, од 29.04.2013), *Slovenia Broadband/Jet TV* (закључак Комисије бр. 6/0-03-84/2014-1, од 30.01.2014), *Slovenia Broadband/Cinemanian* (закључак Комисије бр. 6/0-03-85/2014-1, од 30.01.2014), *Slovenia Broadband/United Media Production* (закључак Комисије бр. 6/0-03-93/2014-1, од 30.01.2014).

³⁴⁵ Вид. случајеве *Autoritas Investments/Импел* (решење бр. 6/0-03-313/2013-37, од 12.07.2013), *Slovenia Broadband/Jet TV* (решење бр. 6/0-03-84/2014-12, од 20.02.2014), *Slovenia Broadband/Cinemanian* (решење бр. 6/0-03-85/2014-9, од 20.02.2014), *Slovenia Broadband/United Media Production* (решење бр. 6/0-03-93/2014-10, од 20.02.2014).

за које није постојала обавеза пријављивања, пошто се поступак испитивања концентрације која је била пријављена и за коју је добијено одобрење за спровођење не би смео поново покретати. На овај начин се значајно увећава правна несигурност, па се наведено решење чини лошим, јер се отвара простор за контролу концентрација након спровођења, иако није постојала обавеза пријављивања.

Поставља се онда питање да ли се на овај начин може контролисати свако стицање учешћа на тржишту преко 40%, односно свако повезивање учесника на тржишту за које се процени да значајно нарушава конкуренцију, без обзира на прагове за пријаву концентрације? То би *de facto* значило да се уместо финансијских прагова за пријаву концентрације уводи својеврстан додатни критеријум за покретање поступка контроле *ex officio* – стицање тржишног учешћа већег од 40%, односно значајно нарушавање конкуренције. Тиме се може нанети штета учесницима на тржишту, а истовремено се могу дестимулисати повезивања на тржишту, јер учесници у концентрацији нису сигурни да ли након реализовања одређене капиталне трансакције, та трансакција може бити предмет контроле Комисије за заштиту конкуренције. Штета се може нанети посебно у случају када би се утврдило да концентрација нарушава конкуренцију, па би реализовану концентрацију требало поништити спровођењем мера деконцентрације. Због тога би овакву могућност требало укинути, а било би пожељно када би Комисија до тада наставила да се уздржава од примене наведене одредбе.

Пријава концентрације се подноси Комисији за заштиту конкуренције у року од 15 дана од дана закључења споразума или уговора, од дана објављивања јавног позива, односно понуде или затварања јавне понуде, или од дана стицања контроле, у зависности од тога која од наведених радњи је прва извршена.³⁴⁶ Уредба ЕУ о концентрацијама не предвиђа никакав рок за пријаву, већ само прописује да се концентрација мора пријавити пре реализације, а након закључења уговора, објављивања јавне понуде или стицања контролног учешћа.³⁴⁷

³⁴⁶ Чл. 63, ст. 1. ЗЗК.

³⁴⁷ Вид. чл. 4(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

Пријаву концентрације подноси онај учесник који стиче контролу над једним или више учесника на тржишту, односно заједно сви учесници у концентрацији који се спајају или стичу заједничку контролу (нпр. код спајања или заједничког улагања).

Имајући у виду законско ограничење да концентрација не сме да се реализује и да су учесници у концентрацији дужни да прекину са њеним спровођењем док не добију одобрење Комисије за заштиту конкуренције, поставља се питање да ли је потребно прописивати рок у којем пријава мора да се поднесе, с обзиром на то да такво ограничавање пословања учесника на тржишту представља додатно оптерећење за њих. Одредба о суспензији концентрације довољна је да се заштити конкуренција на тржишту, будући да се негативни ефекти не могу испољити, јер се концентрација и не спроводи, а учесници у концентрацији се непотребно спутавају временским условљавањем, јер у веома кратком року морају да припреме неопходну документацију и поднесу пријаву концентрације.³⁴⁸

Иако је рок у Закону о заштити конкуренције из 2005. године био краћи и износио је 7 дана, рок у новом закону је продужен, али је и даље кратак. Европској комисији се нпр., пре Уредбе из 2004. године, концентрација такође морала пријавити у року од 7 дана, али је овај услов укинут, будући да је пријављивање концентрације у том року било неостварљиво и непотребно. Отуда је боље решење које постоји у Уредби ЕУ и које временски не ограничава учеснике у концентрацији (иако је и њима у интересу да се поступак контроле што брже спроведе, а концентрација што пре реализује) и које само предвиђа обавезу да се пријава мора поднети пре спровођења концентрације.

У домаћој литератури и пракси поставило се питање да ли се у случају преузимања акционарских друштава може избећи ситуација у којој би потенцијални преузималац (понуђач) био обавезан да пријави концентрацију,

³⁴⁸ Поред тога, заштиту представљају и одредбе о мерама деконцентрације и о мерама заштите конкуренције, односно одредбе о кажњавању учесника у концентрацији у случају спровођења концентрације за коју није издато одобрење, односно у случају спровођења концентрације супротно обавези њеног прекида.

иако после објављивања понуде или затварања понуде није стекао контролу над циљним друштвом у смислу Закона о заштити конкуренције, без обзира на обавезу упућивања јавне понуде за преузимање свих акција циљног друштва. Ово питање се поставља због тога што се рок за пријаву рачуна од дана *објављивања јавног позива, односно понуде или затварања јавне понуде*, према томе која се од наведених радњи прва изврши, а полази се од тога да се ниједна понуда не може затворити, а да претходно није објављена. То би значило да се пријава концентрације мора поднети после објављивања јавне понуде, иако се тада не зна да ли је стечена контрола над циљним друштвом.³⁴⁹

Да би се избегли проблеми који су се јављали у пракси, Комисија за заштиту конкуренције је поводом овог питања заузела став да, у случају концентрације која се спроводи путем понуде за преузимање у смислу прописа којим се уређује преузимање акционарских друштава, пријава концентрације се може поднети или у року од 15 дана од дана објављивања јавног позива односно понуде, или у року од 15 дана од дана затварања јавне понуде.³⁵⁰ То значи да се у овом случају концентрација може поднети најкасније у року од 15 дана од затварања понуде, али и да се може извршити и раније уколико учесници покажу озбиљну намеру за преузимање акционарских друштава, што се може видети из објављене намере да учине понуду или из објављене понуде за преузимање, под претпоставком да су сигурни да ће после затварања понуде стећи контролу над циљним друштвом (у смислу ЗЗК), уколико већ нису.

Међутим, до овакве ситуације не би морало ни да дође, јер је за оцену постојања обавезе пријаве концентрације битно утврдити да ли је промењена контрола над циљним друштвом, односно да ли преузимање циљног друштва (у смислу прописа о преузимању акционарских друштава) представља концентрацију у смислу Закона о заштити конкуренције. Уколико је понуђач

³⁴⁹ Вид. М. Андравић, Г. Кршикапа, 97; *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2009. годину*, Комисија за заштиту конкуренције, Београд 2010, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Izvestaj-KZK-2009.pdf>, 27. јул 2013, 67-70.

³⁵⁰ Вид. Мишљење Комисије за заштиту конкуренције од 11. 11. 2009. год, бр. 1/0-06-409/09-2; *Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2009. годину*, 70; S. Petronijević, M. Vojnović (2012), 322.

стекао контролу непосредно пре објављивања понуде за преузимање, онда је он у обавези да пријави концентрацију у року који се рачуна од дана објављивања јавне понуде. Уколико понуђач није стекао контролу над циљним друштвом у моменту објављивања јавне понуде, онда он нема обавезу да пријави концентрацију у том тренутку (будући да концентрација није настала), већ је може пријавити после затварања понуде (у року од 15 дана), када би се знало да ли је понуђач стекао контролу над циљним друштвом преузимањем преосталих акција циљног друштва. Ипак, оно што се чини значајнијим, наведени проблеми у пракси не би се ни јављали, а претходно наведено тумачење не би било потребно да нема рока за пријављивање концентрације, чиме се потврђује оправданост предлога да рок за пријаву концентрације Комисији за заштиту конкуренције треба укинути.

Концентрација учесника на тржишту може се пријавити и када они покажу озбиљну намеру за спровођење концентрације, односно за закључење уговора, потписивањем писма о намери, објављивањем намере да учине понуду или на други начин. Значај ове могућности је велики, посебно ако се узме у обзир забрана спровођења концентрације док не буде одобрена, тако да учесници на тржишту добијају на времену када пријаве раније концентрацију. Учесницима на тржишту се на овај начин омогућава да траже одобрење за концентрацију пре него што донесу коначну одлуку о концентрацији или на почетку преговора о њиховом повезивању, како би нпр. пре свеобухватне процене исплативости концентрације утврдили да ли ће она бити одобрена и тиме смањили трошкове њеног спровођења, посебно ако се покаже да концентрација не би била одобрена.³⁵¹

Ипак, могло би се поставити питање колико се у пракси ова могућност користи, будући да учесници на тржишту нису увек спремни да ризикују и плаћају високе накнаде приликом пријаве концентрације, а да при томе не знају да ли ће до реализације концентрације заиста доћи (нпр. уколико не знају како ће се

³⁵¹ Исто и Весна Бесаровић, „Право конкуренције Републике Србије у новим законским оквирима“, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића* (ур. Васиљевић Мирко), Правни факултет/Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд 2006, 121.

завршити преговори о повезивању, да ли ће бити закључен уговор који представља правни основ за спровођење концентрације или да ли ће преузимање акционарских друштава бити успешно, односно да ли ће стећи контролу над циљним друштвом) и да ли ће успети да докажу „озбиљну намеру“ за спровођење концентрације приликом подношења пријаве.³⁵²

Садржина и начин подношења пријаве концентрације Комисији за заштиту конкуренције уређени су Уредбом о садржини и начину подношења пријаве концентрације, док је подношење пријаве концентрације која има европску димензију уређено Уредбом 802/2004. У пријави која се подноси Комисији за заштиту конкуренције, односно Европској комисији, морају се навести бројни подаци, као што су различити подаци и докази о концентрацији и учесницима у концентрацији, процена релевантног тржишта, процена утицаја концентрације на конкуренцију и др.

За разлику од прописа Републике Србије, Уредба 802/2004 (у Анексу II) предвиђа могућност подношења пријаве у тзв. краткој форми (*short form*), у којој није потребно наводити све податке који се наводе у пријави у пуној форми. У пракси се показало да се поједине категорије пријављених концентрација, под одређеним околностима, одобравају без икакве сумње да ће нарушити конкуренцију, тако да је Европска комисија утврдила посебне услове за скраћену пријаву таквих концентрација. Скраћена пријава која се подноси Европској комисији садржи много мање података, јер се у њој наводе само основни подаци о концентрацији, о учесницима у концентрацији и о релевантном тржишту. Овакво решење је предвиђено да би се олакшало повезивање учесника на тржишту и убрзао поступак контроле, јер учесници не морају да наводе бројне непотребне податке у пријави, а одлука о одобрењу концентрације по правилу се доноси у скраћеном облику и у поједностављеном поступку, будући да се на овај начин пријављују концентрације за које се претпоставља да неће угрозити конкуренцију.

Према Уредби 802/2004 (Анексу II), скраћена пријава се може поднети ако је испуњен један од следећих услова:

³⁵² Више о доказивању „озбиљне намере“ вид. С. Данковић Степановић, 197-198.

1) укупан промет заједничког друштва у случају заједничког улагања нижи је од 100 милиона евра на тржишту које обухвата Европско економско подручје (*European Economic Area – EEA*), а вредност имовине пренете на заједничко друштво нижа је од 100 милиона евра,³⁵³

2) у случају спајања или стицања контроле над другим учесником на тржишту, ниједан од учесника у концентрацији не обавља привредну делатност на истом релевантном тржишту (нема хоризонталног преклапања) или на узводном или низводном тржишту од тржишта на којем други учесник обавља своју делатност (нема вертикалног односа);

3) два или више учесника се спајају или један или више учесника стичу појединачну или заједничку контролу над другим учесником, под условом да је укупан тржишни удео свих учесника у концентрацији који обављају привредну делатност на истом релевантном тржишту (хоризонтално преклапање) мањи од 20%, и да ничији појединачни тржишни удео или укупни тржишни удео свих учесника у концентрацији који обављају привредну делатност на узводном или низводном тржишту од тржишта на којем било који други учесник обавља своју делатност (вертикални однос) не износи 30% или више;

4) један учесник стиче искључиву контролу над учесником на тржишту над којим је претходно имао заједничку контролу (заједничка контрола се мења у појединачну);

³⁵³ *Европско економско подручје (ЕЕП)* представља подручје слободне трговине које обухвата све земље чланице ЕУ и три земље чланице ЕФТА (Исланд, Лихтенштајн, Норвешка). ЕЕП је настало Споразумом о Европском економском подручју (*Agreement on the European Economic Area, O.J.*, бр. L. 1/1994), у циљу стварања јединственог тржишта. Овакав институционални аранжман се заснива на начелима и прописима ЕУ којима се обезбеђује остваривање тзв. четири слободе на којима се заснива ЕУ – слобода протока добара, услуга, капитала и људи. *Европска асоцијација слободне трговине (European Free Trade Association – ЕФТА)* представља подручје слободне трговине које је 1960. године (Конвенцијом из Стокхолма) формирано као алтернатива тадашњој Европској економској заједници. Приступањем неке чланице ЕФТА Европској унији, престаје чланство у ЕФТА. Вид. више <http://www.efta.int>, <http://www.efta.int/eea>, <http://www.efta.int/legal-texts/eea>, http://eeas.europa.eu/eea/index_en.htm, 21. март 2014.

5) два или више учесника у концентрацији обављају привредну делатност на истом релевантном тржишту (хоризонтално преклапање), под условом да је промена Херфиндал Хиршмановог индекса након концентрације мања од 150 и да је укупан тржишни удео учесника у концентрацији мањи од 50%.

Европска комисија процењује да ли су испуњени наведени услови, а уколико нису испуњени, она ће захтевати пријаву у пуној форми. Европска комисија може захтевати пријаву у пуној форми и када су испуњени наведени услови, али је због спровођења адекватног испитивања могућег нарушавања потребно подношење пријаве у пуној форми (нпр. у случају концентрација код којих је тешко утврдити релевантно тржиште или када није могуће на одговарајући начин одредити тржишне уделе странака).

Иако се подношење скраћене пријаве чини оправданим решењем, будући да би требало да растерети Европску комисију и да олакша повезивање учесника на тржишту, оваква могућност има одређене недостатке који могу да умање позитивне ефекте скраћене пријаве и да је обесмисле, а који се односе на услове за подношење скраћене пријаве и на овлашћење Европске комисије да тражи подношење пријаве у пуној форми, иако су испуњени услови за скраћену пријаву.

Први недостатак је то што се већина алтернативних услова заснива на утврђивању релевантног тржишта, на тржишним уделима и на Херфиндал Хиршмановом индексу. Реч је о критеријумима који се утврђују тек у поступку испитивања концентрације, односно тек након утврђивања релевантног тржишта (у случају тржишних удела и Херфиндал Хиршмановог индекса), што значи да учесници у концентрацији морају сами да их утврде, пре него што то учини Европска комисија, како би знали да ли могу да поднесу скраћену пријаву, а они то не могу поуздано сами утврдити. Тиме се умањује правна сигурност, јер Европска комисија касније може да утврди да критеријуми нису испуњени, па би учесници били у обавези да поново поднесу пријаву, али сада у пуној форми. Други недостатак је то што пријава може бити обесмишљена у случају када упркос испуњењу услова за скраћену пријаву Европска комисија сматра да се мора поднети пријава у пуној форми.

3. ОЦЕНА ДОЗВОЉЕНОСТИ КОНЦЕНТРАЦИЈА

Узимајући у обзир чињеницу да концентрације нису *per se* забрањене (пошто се сматрају пожељним активностима на тржишту), тело надлежно за заштиту конкуренције мора да примени одговарајући правни стандард приликом испитивања концентрације и да на основу различитих критеријума процени ефекте концентрације на конкуренцију и донесе одлуку о њеном спровођењу.

3.1. Правни стандард за оцену концентрација

Правни стандард или тест за оцену допуштености концентрације (*substantive test*) представља основни материјално-правни критеријум који се примењује приликом оцене концентрације на основу којег тело надлежно за заштиту конкуренције утврђује да ли може да одобри концентрацију (безусловно или условно) или мора да је забрани. На основу овог критеријума процењује се потенцијална опасност концентрације по конкуренцију, тако да се концентрација може забранити само ако њени негативни ефекти задовољавају утврђени критеријум, односно ако се заиста утврди да би концентрација угрозила конкуренцију.

Комисија за заштиту конкуренције и Европска комисија примењују исти правни стандард – тзв. *SIEC* тест, тј. тест значајног ограничавања, нарушавања или спречавања делотворне конкуренције (*significant impediment of effective competition test*, даље у тексту: значајно нарушавање конкуренције). Комисија за заштиту конкуренције може да забрани концентрацију само ако би концентрација значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја.³⁵⁴ Европска комисија на исти начин процењује концентрације, водећи при томе рачуна о јединственом тржишту ЕУ, па ће се сматрати као неспојива са јединственим тржиштем она концентрација којом би конкуренција на

³⁵⁴ Чл. 19, ст. 1. ЗЗК.

јединственом тржишту или на његовом битном делу била значајно нарушена, посебно стварањем или јачањем доминантног положаја.³⁵⁵

Критеријум значајног нарушавања конкуренције утврђен је у праву Србије Законом из 2005. године, по угледу на тест који Европска комисија примењује од 2004. године, након доношења Уредбе 139/2004 о концентрацијама. *SIEC* тест уведен је Уредбом 139/2004 и представља компромисно решење које је усвојено у оквиру реформе права конкуренције ЕУ. Тест представља својеврсну комбинацију два теста – тзв. *SLC* теста, који се нпр. примењује у праву САД, Аустралије, Канаде и Велике Британије, и тзв. теста доминантног положаја, који се у ЕУ примењивао на основу Уредбе ЕУ о концентрацијама из 1989. године. Ипак, може се рећи да је *SIEC* тест много ближи *SLC* тесту,³⁵⁶ јер се заснива на оцени ефеката које концентрација има на конкуренцију (*effects-based approach*) и омогућава оцену свих концентрација које би могле нарушити конкуренцију, без обзира на то да ли се концентрацијом ствара или јача доминантан положај.³⁵⁷

SLC тест или тест значајног умањења конкуренције (*substantial lessening of competition*) настао је у праву САД и његовом применом могу се забранити концентрације које значајно умањују конкуренцију на тржишту, што суштински одговара тесту који се примењује у праву ЕУ. *SLC* тест се сматра флексибилним тестом, будући да није везан за доказивање доминантног положаја, па омогућава оцену свих ефеката концентрација.

Тест доминантног положаја или тест доминације (*dominance test*) предвиђа забрану концентрације којом се ствара или јача доминантан положај, а којом се на тај начин значајно нарушава конкуренција на тржишту. Према овом тесту,

³⁵⁵ Чл. 2(3) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

³⁵⁶ Вид. и L. Alistair, 54; Kyriakos Fountoukakos, Stephen Ryan, „A New Substantive Test for EU Merger Control“, *European Competition Law Review* 5/2005, 288.

³⁵⁷ То не значи да се тест доминантног положаја не заснива на оцени ефеката концентрације на конкуренцију, јер се и у том случају концентрација може забранити само ако концентрација значајно нарушава конкуренцију. Међутим, због претходног утврђивања доминантног положаја, нагласак је на оцени тржишне структуре која се успоставља након концентрације (*structural approach*), за разлику од *SIEC* теста који директно поставља питање како ће концентрација утицати на конкуренцију. Вид. и K. Fountoukakos, S. Ryan, 289.

потребно је, дакле, утврдити да ли су испуњена два кумулативна услова: стварање или јачање доминантног положаја и значајно нарушавање конкуренције услед стварања или јачања доминантног положаја. То значи да се у случају забране концентрације мора утврдити постојање доминације на тржишту, с тим што је тај услов потребан, али не и довољан за забрану, будући да се мора доказати узрочно-последична веза између стварања или јачања доминантног положаја и нарушавања конкуренције.

Разлика између ових тестова није, дакле, заснована на негативним ефектима концентрације на конкуренцију, будући да постоји мала разлика између *значајног нарушавања конкуренције* и *значајног умањења конкуренције*.³⁵⁸ Тестови се заправо разликују по томе шта се сматра узроком нарушавања, односно умањења конкуренције: према тесту доминантног положаја, узрок је стицање или јачање доминантног положаја, а према *SLC* тесту, узрок је увећање тржишне моћи.³⁵⁹

SIEC тест, међутим, омогућава забрану било које концентрације којом се нарушава конкуренција, а не само оне којом се ствара или јача доминантан положај, јер постојање доминације више није потребан услов за забрану концентрације, него само један од критеријума у односу на које се утврђује дозвољеност концентрације. То значи да се концентрација сада може забранити чак и када се концентрацијом не ствара или јача доминантан положај. Ипак, постојање доминантног положаја и даље представља најважнији критеријум за оцену концентрација, будући да се конкуренција нарушава углавном услед стварања или јачања доминантног положаја.

Може се закључити да је Уредбом ЕУ о концентрацијама успостављен шири правни стандард за оцену концентрација, јер се њиме обухватају и оне концентрације којима се не ствара или јача доминантан положај, а којима се ипак нарушава конкуренција. То су концентрације којима се успоставља олигополска

³⁵⁸ Вид. и К. Fountoukakos, S. Ryan, 295.

³⁵⁹ Вид. Lorenzo Coppi, Mike Walker, „Substantial Convergence or Parallel Paths - Similarities and Differences in the Economic Analysis of Horizontal Mergers in the U.S. and EU Competition Law“, *Antitrust Bulletin* 1-2/2004, Vol. 49, 119 и 120.

структура тржишта, на којем ниједан од учесника појединачно нема доминантан положај, али се сматра да ће конкуренција ипак бити нарушена (нпр. спајање другог и трећег највећег учесника на тржишту).

Најпознатији пример који се наводи у прилог оваквом тумачењу јесте тзв. случај *Baby Foods*, који се односи на повезивање америчких компанија *Heinz Co* и *Beech-Nut*. Компанија *Heinz Co* била је трећи произвођач хране за бебе на тржишту САД, са учешћем од 15,4%, а компанија *Beech-Nut* други произвођач хране за бебе, са учешћем на тржишту од 17,4%, тако да би након концентрације оне имале учешће од скоро 33%. Најзначајнији конкурент на тржишту била је компанија *Gerber Products Company (Gerber)*, која је била лидер на тржишту, са учешћем од 65%. Америчка Савезна трговинска комисија (*Federal Trade Commission*) забранила је концентрацију, иако је било јасно да компаније *Heinz Co* и *Beech-Nut* не би стекле доминантан положај и да би компанија *Gerber* остала доминантан учесник на тржишту. Ипак, Савезна трговинска комисија је сматрала да би концентрација значајно умањила конкуренцију услед унилатералних ефеката концентрације, јер би после концентрације, компаније *Heinz Co* и *Beech-Nut* престале да буду директни конкуренти који су се борили за место другог произвођача на тржишту. На тај начин, оне би биле у могућности да повећају цене, без икаквог дослуха са компанијом *Gerber*, и да умање иновације које су до тада биле подстицане услед конкурентских притисака који су постојали између ова три учесника на тржишту.³⁶⁰ Пример за овакву концентрацију је и спајање два учесника на тржишту чији тржишни удели износе приближно по 15%, под условом да преостала два велика учесника имају учешће приближно по 30%.³⁶¹

Наведени примери се заправо односе на концентрације којима се број најважнијих учесника на тржишту смањује са четири на три, односно са три на два учесника (тзв. “*four-to-three*” и “*three-to-two*” концентрације). Могу се издвојити и други случајеви у којима се тест доминантног положаја не може

³⁶⁰ Вид. случај *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190 (D.D.C. 2000), revised, 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001).

³⁶¹ Вид. Alexander Riesenkauff, „The New E.C. Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation“, *Northwestern Journal of International Law & Business* 3/2004, Vol. 24, 722-723.

применити, јер учесници у концентрацији стичу мали заједнички удео на тржишту, који није довољан да би се сматрало да су стекли доминантан положај: нпр. када су учесници у концентрацији блиски конкуренти који нуде диференциране производе; када је вероватно да конкуренти учесника у концентрацији неће повећати обим производње у случају повећања цена или када су учесници у концентрацији у могућности да малим групама великих купаца, односно потрошача упуте понуду „све или ништа“, јер њихови конкуренти нису у могућности да упуте повољнију понуду.³⁶²

Дакле, тест доминантног положаја није пружао могућност оцене унилатералних ефеката на олигополском тржишту, па се поставило питање како забранити концентрацију којом се ствара нови учесник који није највећи конкурент (лидер) на тржишту, а који је способан да самостално искоришћава стечену тржишну моћ и на тај начин значајно наруши конкуренцију. Сматрало се да у том случају постоји правна празнина, јер тест доминантног положаја није могао да се примени, што је био један од основних разлога за измену постојећег теста.³⁶³

Општи суд је широким тумачењем примену теста доминантног положаја прво проширио на ситуације у којима се на олигополском тржишту јављају координативни ефекти концентрације, и то употребом критеријума заједничког доминантног положаја, односно колективне доминације. Суд је истовремено нагласио да се заједнички доминантан положај утврђује само приликом оцене координативних ефеката.³⁶⁴ То је значило да празнина и даље постоји, будући да

³⁶² Вид. L. Alistair, 45-47. Слично и Nicholas Levy, „The EU's Sиеc Test Five Years On: Has It Made a Difference?“, *European Competition Journal* 1/2010, Vol. 6, 233.

³⁶³ Вид. A. Riesenkampff, 717; N. Levy (2010), 211; Lars-Hendrik Röller, Miguel De la Mano, „The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control“, *European Competition Journal* 1/2006, Vol. 2, 15; Claus-Dieter Ehlermann, Sven B. Völcker, G. Axel Gutermuth, „Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation“, *World competition* 2/2005, Vol. 28, 194; Neil Horner, „Unilateral Effects and the EC Merger Regulation – How the Commission Had its Cake and Ate it Too“, *Hanse Law Review* 1/2006, Vol. 2, 24 и 27; K. Fountoukakos, S. Ryan, 282 и 289.

³⁶⁴ Услови за стицање или јачање заједничког доминантног положаја утврђени су у случају *Airtours v. Commission* (бр. T-342/99, одлука Општег суда од 6.06.2002, *ECR* 2005, II-2585, т. 62) и

овим тумачењем нису били обухваћени унилатерални ефекти, иако је примена теста проширена. Зато је у Уредби ЕУ о концентрацијама из 2004. године прихваћен *SIEC* тест, који обухвата све унилатералне и координативне ефекте концентрација.

Уредба ЕУ о концентрацијама у том погледу прецизира да би критеријум „значајно нарушавање конкуренције“ требало тумачити тако да се он, осим у случају доминантног положаја, односи искључиво на оне негативне унилатералне ефекте концентрације чији учесници не би имали доминантан положај на тржишту.³⁶⁵ То значи да се концентрација којом се не стиче или јача доминантан положај може забранити само ако је нарушавање конкуренције резултат ових унилатералних ефеката, односно да се тест примењује или на стицање или јачање доминантног положаја (и последично нарушавање конкуренције), или на самостално искоришћавање тржишне моћи учесника у концентрацији који појединачно немају доминантан положај. На тај начин су овлашћења Европске комисије проширена само у погледу концентрација којима се остварују унилатерални ефекти на олигополском тржишту.³⁶⁶ Ипак, ова ограничавајућа одредба нема велики практични значај, будући да се ефекти концентрације којима се не ствара или јача доминантан положај или не стиче заједнички доминантан положај могу подвести под унилатералне ефекте, под условом да такви ефекти доводе до „значајног нарушавања конкуренције“.

3.2. Доминантан положај на релевантном тржишту

Критеријум стицања доминантног положаја задржан је у *SIEC* тесту као најважнији критеријум да би се очувала правна сигурност и обезбедио континуитет са праксом Европске комисије и судова ЕУ у примени концепције

представљају у ствари услове које је потребно утврдити да би се дослух учесника у концентрацији сматрао одрживим. Вид. чл. 41. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Услови су потврђени и у случају *Bertelsmann and Sony Corporation of America v. Impala* (бр. С-413/06 Р, одлука Суда правде од 10.07.2008, *ECR 2008, I-4951*, т. 120-123).

³⁶⁵ Вид. т. 25. Увода Уредбе ЕУ о концентрацијама.

³⁶⁶ S. B. Völcker, 404.

доминантног положаја и других критеријума за оцену концентрација.³⁶⁷ На тај начин, богата пракса европских органа може и даље да се користи, будући да правила ЕУ о контроли концентрација и о забрани злоупотребе доминантног положаја не одређују појам доминантног положаја. Садржина појма и критеријуми за утврђивање доминантног положаја одређени су одлукама Европске комисије и судова, тако да се оне могу користити као смернице и приликом примене *SIEC* теста.

Правна сигурност, ипак, није сасвим обезбеђена, јер се ранија пракса не може користити приликом оцене оних концентрација на које се тест доминантног положаја не би могао применити. То је у извесном смислу недостатак *SIEC* теста, који може створити несигурност у погледу оцена концентрација којима се не ствара или јача доминантан положај, бар за време док се не створи нова пракса и не утврде јасне смернице за њихову оцену. Правна сигурност се у овом случају може увећати објављивањем критеријума за оцену концентрација, па би то могла да чини и Комисија за заштиту конкуренције, будући да је њена пракса доста сиромашнија од праксе Европске комисија, а у сваком случају би требало да се руководи (досадашњом) праксом Европске комисије.

Очување критеријума доминантног положаја може се сматрати оправданим и због тога што је сврха контроле концентрација заштита конкуренције од угрожавања путем стицања знатне тржишне моћи учесника у концентрацији, а концепција доминантног положаја се заснива управо на појму тржишне моћи учесника на тржишту. Наиме, доминантан положај није концепција економске науке (теорије), већ се ради о правној конструкцији (концепцији) која је настала тумачењем тадашњег чл. 86. Римског уговора, полазећи од економске снаге учесника на тржишту. Пошто савремена економска наука не познаје концепцију

³⁶⁷ Вид. т. 26. Увода Уредбе ЕУ о концентрацијама. Вид. и Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation - Bridging the Gap between Economics and Law?“, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 10/2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153661, 23.01.2012, 6; N. Horner, 39-40; A. Riesenkampff, 718 и 726.

доминантног положаја, сматра се да се правна дефиниција доминантног положаја своди на економску дефиницију тржишне моћи.³⁶⁸

Тржишна моћ се дефинише као способност учесника на тржишту да утичу на цену својих производа, односно да одрживо подижу цену изнад граничних трошкова.³⁶⁹ У условима савршене конкуренције, тржишна моћ не постоји и цене су тада једнаке граничним трошковима. Међутим, пошто савршена конкуренција не постоји у стварности, цене на тржишту одступају од граничних трошкова, а тржишна моћ се тада мери на основу интензитета одступања цене од граничних трошкова.³⁷⁰ То значи да су цене на тржишту увек више од цена које би се успоставиле на тржишту савршене конкуренције и да сви учесници на тржишту имају одређени степен тржишне моћи („обична“ тржишна моћ).

Зато се у поступцима контроле концентрације не поставља питање да ли учесници имају тржишну моћ, него колика је њихова тржишна моћ, односно да ли имају знатну тржишну моћ. Постојање тржишне моћи није, дакле, довољно да би се тврдило да учесник на тржишту има доминантан положај, али би се за учесника који има *знатну* тржишну моћ то могло тврдити.

Суд правде је у својим одлукама закључио да доминантан положај има учесник на тржишту који има такву економску снагу која му омогућава да предупреди делотворну конкуренцију на релевантном тржишту тиме што би стекао могућност да се понаша у знатној мери независно од конкурената, купаца и, коначно, потрошача.³⁷¹ Закон о заштити конкуренције (у чл. 15, ст. 1) дефинише

³⁶⁸ Вид. и L. Röller, M. De la Mano, 12; L. Coppi, M. Walker, 120-121; N. Levy (2010), 216.

³⁶⁹ Вид. W. M. Landes, R. A. Posner, 937 и 939; M. Motta, 41.

³⁷⁰ Тржишна моћ се мери Лернеровим индексом тржишне моћи, који указује на разлику цене и граничних трошкова. Вид. више Abba P. Lerner, „The concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power“, *The Review of Economic Studies* 3/1934, Vol. 1, 169.

³⁷¹ Вид. случајеве *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities* (бр. 27/76, одлука од 14.02.1978, *ECR* 1978, 207, т. 65), *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities* (бр. 85/76, одлука од 13.02.1979, *ECR* 1979, 461, т. 38). Европска комисија је раније утврдила да учесници на тржишту имају доминантан положај када имају снагу која их ставља у ситуацију да се понашају независно, не узимајући у обзир своје конкуренте, купце или добављаче. Вид. случај *Continental Can Company* (бр. IV/26.811, одлука од 9.12.1971, *O.J.*, бр. L. 7/1972). Може се рећи да је овај став потврдио и Суд правде, будући да у

доминантан положај по угледу на (судску) праксу ЕУ, тако да доминантан положај има учесник на тржишту који, због своје тржишне снаге, може да послује на релевантном тржишту у значајној мери независно у односу на стварне или потенцијалне конкуренте, купце, добављаче или потрошаче.

У складу са структурним приступом приликом оцене концентрација, Европска комисија је овакво одређење појма доминантног положаја тумачила као лидерство на тржишту. Због тога се углавном сматра да доминантан положај има само највећи или водећи учесник (лидер) на тржишту, што је последица праксе у којој се тржишно учешће сматра најважнијим, а некада и јединим критеријумом за одређење доминантног положаја.³⁷²

Иако је своје одлуке о доминантном положају заснивала на оцени тржишне моћи учесника у концентрацији,³⁷³ Европска комисија није довољно водила рачуна о свим критеријумима за оцену доминантног положаја, јер је за постојање доминантног положаја захтевала водећу позицију на тржишту или, чак, монопол, који се сматра специјалним случајем доминантног положаја. Доминантан положај, међутим, не значи неминовно постојање монопола, нити захтева постојање лидера на тржишту, већ се односи на могућност учесника на тржишту да се понашају у знатној мери независно од конкурената, купаца и потрошача. То значи да учесници у концентрацији могу да имају доминантан положај ако након концентрације могу одрживо да повећавају цену изнад граничних трошкова, услед стицања знатне тржишне моћи, чак и када новостворени ентитет нема највећи тржишни удео.

Другачијим тумачењем појма доминантног положаја, стари тест би се отуда могао применити на све концентрације које би због стицања знатне тржишне моћи учесника у концентрацији могле нарушити конкуренцију. Ако би

пресуди којом је поништена наведена одлука Комисије није ништа речено о појму доминантног положаја. Вид. случај *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities* (бр. 6-72, одлука од 21.02.1973, *ECR* 1973, 215).

³⁷² Вид. L. Coppi, M. Walker, 123; C. Ehlermann, S. B. Völcker, G. A. Gutermuth, 196; Frank L. Fine, „The Substantive Test of the EEC Merger Control Regulation: the first Two Years“, *Antitrust Law Journal* 3/1993, Vol. 61, 704.

³⁷³ Вид. N. Levy (2010), 216-217.

се доминантан положај утврђивао на основу адекватне анализе тржишне моћи, не би било потребе да се постојање највећег удела на тржишту сматра потребним условом за стицање доминантног положаја, па би се на тај начин могле обухватити и концентрације за које се сматра да се не могу обухватити тестом доминантног положаја.³⁷⁴

Овакво тумачење се може прихватити и због тога што је учешће на тржишту само један од фактора на основу којег се одређује постојање доминантног положаја, тако да се применом осталих критеријума, посебно узимајући у обзир постојање великих баријера уласку нових конкурената и снагу стварних и потенцијалних конкурената, може утврдити да учесници на тржишту имају доминантан положај иако немају највећи или велики тржишни удео. Због тога Закон о заштити конкуренције предвиђа да се приликом утврђивања доминантног положаја, тржишна снага учесника на тржишту утврђује у односу на релевантне економске и друге показатеље, а нарочито: 1) структуру релевантног тржишта; 2) тржишни удео учесника на тржишту чији се доминантни положај утврђује, нарочито ако је већи од 40% на утврђеном релевантном тржишту; 3) стварне и потенцијалне конкуренте; 4) економску и финансијску снагу; 5) степен вертикалне интегрисаности; 5) предности у приступу тржиштима снабдевања и дистрибуције; 6) правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту; 7) снагу купца; 8) технолошке предности, права интелектуалне својине.³⁷⁵

Имајући у виду могућност наведеног тумачења појма доминантног положаја, могла би се делимично уважити ретка мишљења да увођење *SIEC* теста није било неопходно, јер је тест доминантног положаја довољно флексибилан да се њиме обухвате и концентрације које имају унилатералне ефекте на олигополском тржишту, тј. случајеви правних празнина („*gap cases*“).³⁷⁶

Ипак, ако се узму у обзир и други разлози који су навођени у прилог *SIEC* тесту, посебно тешкоће које се јављају приликом утврђивања доминантног

³⁷⁴ Слично и L. Röller, M. De la Mano, 15; S. Bishop, M. Walker, 311.

³⁷⁵ Чл. 15, ст. 2. 33К.

³⁷⁶ Вид. G. Monti (2008), 4 и 19; G. Monti (2007a), 261; L. Röller, M. De la Mano, 10.

положаја у случајевима правних празнина, његово увођење ипак се може сматрати оправданим, будући да је *SIEC* тест извршио прецизирање у том погледу и да решава дилеме које су до тада постојале. Тест је промењен због потребе да се утврђивање доминантног положаја у поступцима контроле концентрација раздвоји од праксе настале на основу чл. 82. Римског уговора, како би се спречило да се ефекти широког тумачења појма доминантног положаја одразе на тумачење доминантног положаја у поступцима утврђивања злоупотребе доминантног положаја, где се овај појам уже тумачи. Преливање ефеката широког тумачења изазвало би конфузију и довело би до немогућности да се користи дугогодишња пракса настала приликом утврђивања доминантног положаја и пракса заснована на Уредби ЕУ о концентрацијама из 1989. године. На овај начин се пракса сачувала, а истовремено су створени услови за стварање нове праксе на основу Уредбе ЕУ о концентрацијама из 2004. године, јер више нема потребе да се појам доминантног положаја проширује како би се обухватиле све концентрације које би могле нарушити конкуренцију.

Усклађивање политике заштите конкуренције ЕУ са стандардима антимонополске политике САД представља још један важан разлог за увођење *SIEC* теста. Приближавањем тестова за оцену концентрација који се примењују у ЕУ и САД створени су услови за примену истих критеријума у поступку контроле, чиме се избегавају ситуације у којима би поводом исте концентрације, која има утицај на тржишта САД и ЕУ, биле донете различите одлуке о њеној дозвољености.

Увођењем *SIEC* теста, Европска комисија је утврдила рестриктивнију политику према концентрацијама, односно строжу контролу концентрација, јер постојање доминантног положаја није више потребан услов за забрану концентрације. Тиме се, међутим, отвара простор за могуће злоупотребе контроле концентрација, као и за прекомерну политику заштите конкуренције, будући да се тестом обухвата више концентрација него што је било пре увођења теста и да се увећава вероватноћа да ће оне сада бити забрањене.

Ипак, пракса Европске комисије показује да нема радикалних промена у одлучивању Комисије и приликом испитивања концентрација, и да је могућност шире контроле ограничена на мали број концентрација. Постојање доминантног

положаја је и даље најважнији критеријум за оцену дозвољености концентрације,³⁷⁷ тако да постоји велико поклапање случајева у којима се након концентрације ствара доминантан учесник на тржишту и случајева у којима су утврђени потенцијални унилатерални ефекти концентрација.³⁷⁸ Поред тога, Комисија је после усвајања Уредбе о концентрацијама из 2004. године забранила само једну концентрацију, а да у том случају није утврдила постојање доминантног положаја, што показује да се није повећао број концентрација које су забрањене. Ова забрањена концентрација представља пример правне празнине, а односи се на повезивање америчке поштанске компаније *United Parcel Service (UPS)* и холандске поштанске компаније *TNT Express (TNT)*, чиме би америчка компанија постала доминантан оператер у сектору брзе доставе поштанских пошиљки на тржишту ЕУ.³⁷⁹

Европска комисија је забранила наведену концентрацију, јер сматра да би преузимање компаније *TNT* нарушило конкуренцију у 15 земаља чланица ЕУ на тржишту услуга брзе доставе пошиљки. У овим земљама би након концентрације био смањен број најважнијих конкурената на само три или два учесника на тржишту, што би у одређеним земљама значило да би компаније *DHL* и *UPS* биле једини конкуренти на тржишту. Комисија је наиме утврдила да на релевантном тржишту послују само четири значајна конкурента – компаније *UPS*, *TNT*, *DHL* и *FedEx*. Компанија *FedEx* има мало тржишно учешће у многим земљама чланицама и не врши конкурентски притисак на учеснике у концентрацији, док остали учесници на тржишту, као што су национални поштански оператери, имају само ограничен утицај на релевантно тржиште. Уколико би концентрација била дозвољена, бројни корисници услуга (потрошачи) у 15 земаља чланица би отуда могли да бирају само између компанија *DHL* и *UPS*, и понекад компаније *FedEx*. То би оштетило потрошаче, јер би концентрација вероватно изазвала повећање цена услуга, а потенцијалне користи од концентрације не би биле довољне да неутралишу њене негативне ефекте. Комисија је закључила да ни одређене

³⁷⁷ L. Röller, M. De la Mano, 10.

³⁷⁸ Више о пракси Европске комисије вид. N. Levy (2010), 244-254; L. Röller, M. De la Mano, 21-27.

³⁷⁹ Случај *UPS/TNT Express*, бр. COMP/M. 6570, одлука од 30.01.2013.

структурне мере не би биле довољне да ублаже негативне ефекте концентрације, јер се концентрацијом драстично смањује избор између оператера на тржишту. Тако је Комисија одбила предлог компаније *UPS* да прода подружнице компаније *TNT* у наведеним земљама чланицама и тиме условно одобри концентрацију.³⁸⁰

Пракса након усвајања Уредбе ЕУ из 2004. показује да је одобрено и неколико концентрација које би вероватно биле забрањене применом теста доминантног положаја, имајући у виду анализу тржишних удела и концентрације на тржишту. То показује да Европска комисија није повећала интервенционизам у поступцима контроле концентрација и да је постала можда флексибилнија,³⁸¹ тако да су се страховања у вези са негативним ефектима *SIEC* теста показала, бар до сада, као неоснована. Може се отуда закључити да је увођење *SIEC* теста заиста резултат компромиса земаља чланица и да је на тај начин ипак постигнуто прихватљиво решење, с обзиром на све аргументе који се наводе у прилог тесту и против његовог увођења.

Комисија за заштиту конкуренције примењује *SIEC* тест од 2005. године, када је и уведена контрола концентрација у право конкуренције, па се Србија сврстава у ред земаља које су међу првима прихватиле нови тест за оцену концентрација. Пошто Комисија примењује исти тест од свог оснивања, не може се говорити о томе како је тест утицао на промену дотадашње праксе, а једино што се може рећи на основу постојеће праксе јесте да је критеријум доминантног положаја најважнији критеријум који Комисија примењује приликом испитивања концентрација.³⁸²

³⁸⁰ Вид. European Commission – Press Release, *Mergers: Commission blocks proposed acquisition of TNT Express by UPS*, IP/13/68, 30.01.2013, 1-4; European Commission – Memo, *Mergers: Commission prohibits proposed acquisition of TNT Express by UPS – frequently asked questions*, MEMO/13/48, 30.01.2013, 1-6; RBB Economics, „Do efficiencies ever deliver? Lessons from the *UPS/TNT* case“, RBB Brief 41, March 2013, 1-4.

³⁸¹ Вид. N. Levy (2010), 244.

³⁸² Вид. Богдан Гецић, „Значај новог *SIEC* теста у поступку контроле концентрација“, *Право и привреда* 1-3/2012, 138.

3.3. Остали критеријуми за оцену концентрација

У складу са основним правним стандардом за оцену концентрације, дозвољеност концентрације се утврђује у односу на различите критеријуме, који представљају важне чиниоце који могу утицати на значајно нарушавање конкуренције. Према Закону о заштити конкуренције, дозвољеност концентрације учесника на тржишту се утврђује у односу на: 1) структуру релевантног тржишта; 2) стварне и потенцијалне конкуренте; 3) положај на тржишту учесника у концентрацији и њихову економску и финансијску моћ; 4) могућности избора добављача и корисника; 5) правне и друге препреке за улазак на релевантно тржиште; 6) ниво конкурентности учесника у концентрацији; 7) трендове понуде и потражње релевантне робе односно услуга; 8) трендове техничког и економског развоја; 9) интересе потрошача.³⁸³

Уредба ЕУ о концентрацијама предвиђа исте критеријуме, с тим што прецизира да ће се трендови техничког и економског развоја узети у обзир под условом да су у корист потрошача и да не стварају препреке конкуренцији. Смернице ЕУ за оцену хоризонталних и нехоризонталних концентрација детаљно уређују примену неких од наведених критеријума, што би могло да служи као путоказ Комисији за заштиту конкуренције, будући да оваква правила нису предвиђена у праву Србије. На тај начин би се ублажиле последице непостојања наведених смерница, мада би свакако било корисније када би се смернице утврдиле у посебном пропису и тиме увећала конзистентност у раду Комисије и извесност у пословању учесника на тржишту. Тиме би се сузио и простор за могуће злоупотребе у поступку контроле концентрација.

Оно што у одређеној мери може створити одређене недоумице приликом испитивања концентрације јесте начин на који су, у праву Републике Србије и ЕУ, утврђени остали критеријуми за оцену концентрација, будући да се многи од њих истовремено користе и приликом утврђивања доминантног положаја (нпр. структура релевантног тржишта; стварни и потенцијални конкуренти; економска и финансијска снага учесника на тржишту; баријере уласку на тржиште). Проблем

³⁸³ Чл. 19, ст. 2. ЗЗК. Вид. чл. 2(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

може настати због тога што је основни критеријум за оцену концентрација значајно нарушавање конкуренције, нарочито стицање доминантног положаја, за који су предвиђени посебни критеријуми, а приликом утврђивања осталих критеријума за оцену концентрације делимично се примењују опет услови који важе за доминантан положај. Неки од важних критеријума за оцену концентрација битни су, дакле, за доминантан положај, тако да се свеобухватно испитивање концентрације враћа на утврђивање доминантног положаја, будући да доминантан положај не може да постоји без баријера уласку или у случају постојања стварних или потенцијалних конкурената, а онда се те баријере уласку на тржиште („препреке“) и стварна и потенцијална конкуренција опет спомињу у оквиру осталих критеријума за оцену концентрација. Због тога се може рећи да се критеријуми за оцену концентрација фактички свде на критеријуме за доминантан положај, а анализа ефеката концентрације на утврђивање знатне тржишне моћи учесника у концентрацији.

3.3.1. Структура тржишта

Анализа тржишне структуре сматра се веома важном у поступку испитивања концентрације, јер су величина тржишних удела учесника на релевантном тржишту и степен тржишне концентрације (концентрације понуде) први показатељи стицања тржишне моћи и потенцијалне опасности за конкуренцију.

Што је већи тржишни удео неког од учесника у концентрацији, већа је вероватноћа да он има тржишну моћ и да ће концентрација имати негативне ефекте на конкуренцију.³⁸⁴ Међутим, то не значи да велики тржишни удели нужно подразумевају и поседовање знатне тржишне моћи, као што и релативно мали

³⁸⁴ За мерење тржишних удела учесника на тржишту уобичајено се користи релативна вредност укупног прихода учесника на тржишту, а у одређеним случајевима се користе и залихе које конкуренти поседују (залихе материјала и инпута или залихе готових производа) или укупан капацитет и вишак капацитета, односно капацитети производних погона који се могу упослити. Вид. више А. Lindsay, 190-201; Е. Navarro Varona *et al.*, 157-161.

удели учесника у концентрацији не значе да такве концентрације не могу нарушити конкуренцију. Тржишно учешће је асиметричан индикатор (критеријум) тржишне моћи,³⁸⁵ тако да док је мало тржишно учешће, од нпр. 5%, сигуран показатељ да учесник на тржишту нема тржишну моћ, тржишно учешће од 50% не значи да тај учесник на тржишту има тржишну моћ. Поред тога, утицај тржишних удела на стицање тржишне моћи није линеаран, тако да повећање тржишног удела са нпр. 20% на 40% не значи и двоструко увећање тржишне моћи.³⁸⁶ Потребно је, дакле, водити рачуна и о другим критеријумима за оцену концентрација, али и о учешћу осталих учесника на тржишту.

Зато је тешко утврдити границу на основу које би се одређивало да ли неки учесник има доминантан положај, односно знатну тржишну моћ, мада се у пракси ЕУ често указује на то да постоји сумња да учесници на тржишту који имају учешће веће од 40% могу бити доминантни учесници, а да се за учеснике који имају учешће мање од 40% може рећи да немају, односно да не морају имати доминантан положај. Оваква граница је успостављена и у Закону о заштити конкуренције, будући да Закон предвиђа да се тржишна снага учесника на тржишту утврђује у односу на удео учесника на тржишту чији се доминантни положај утврђује, нарочито ако је већи од 40% на утврђеном релевантном тржишту. Смернице ЕУ за оцену хоризонталних концентрација, међутим, указују на то да врло велики тржишни удели (50% или више) могу бити довољан доказ да постоји доминантан положај, позивајући се на постојећу праксу, као што и концентрације које се односе на стицање удела мањег од 50%, а некада и од 40%, могу нарушити конкуренцију.³⁸⁷

Уредба ЕУ о концентрацијама истовремено предвиђа да стицање удела на релевантном тржишту мањег од 25% након концентрације представља важну назнаку да концентрација неће нарушити конкуренцију.³⁸⁸ У пракси се ово својеврсно *de minimis* правило претворило у претпоставку да овакве

³⁸⁵ Б. Беговић, В. Павић (2012), 80.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ Вид. чл. 17. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

³⁸⁸ Вид. т. 32. Увода Уредбе ЕУ о концентрацијама.

концентрације не нарушавају конкуренцију, пошто Европска комисија одбија могућност постојања доминантног положаја када је заједнички тржишни удео учесника у концентрацији мањи од 25%.³⁸⁹ Ако се у поступку контроле утврди да се концентрацијом стиче учешће мање од 25%, онда се она по правилу одобрава, осим када се утврди да се концентрацијом стиче заједнички доминантан положај, пошто се у том случају овај изузетак не примењује.

Овакво решење би требало да буде корисно, јер се тако растеређује рад Европске комисије, а убрзавају концентрације мањег значаја и смањују трошкови њиховог спровођења. Међутим, недостатак наведене одредбе је што се она у пракси не користи у случајевима када пријављена концентрација ствара или јача заједнички доминантан положај,³⁹⁰ што имати противречене ефекте. С једне стране, циљ одредбе је да се применом критеријума „сигурне луке“ одобре концентрације којима се стиче *заједничко* учешће мање од 25%, јер се сматра да се њоме не ствара доминантан положај, а, с друге стране, циљ је да се одредба не примењује на такве концентрације, јер се сматра да се њима стиче *заједнички* доминантан положај. Проблем настаје због тога што прописи ЕУ допуштају могућност да доминантан положај постоји при сваком тржишном учешћу, па се и у случају стицања заједничког учешћа мањег од 25% може утврдити постојање *заједничког* доминантног положаја. То значи да се и при веома малом тржишном учешћу може утврдити доминантан положај, чиме се у одређеној мери проширује појам доминације.³⁹¹ Уредба ЕУ о концентрацијама, међутим, не везује примену овог правила за постојање доминантног положаја, па би је тако требало и тумачити, а не као што је предвиђено Смерницама за оцену хоризонталних концентрација, које предвиђају да се наведено правило не примењује у случајевима када пријављена концентрација ствара или јача заједнички доминантан положај.

³⁸⁹ Вид. F. L. Fine (1993), 711.

³⁹⁰ Чл. 18, фн. 24. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

³⁹¹ Вид. Giorgio Monti, „The Concept of Dominance in Article 82“, *European Competition Journal* 2/2006, 50.

Ипак, све наведене границе о тржишном учешћу морају се условно прихватити, будући да се у сваком конкретном случају мора утврдити постојање доминантног положаја, односно анализирати на који начин повећање тржишног учешћа утиче на стицање знатне тржишне моћи. Европска комисија сматра да је важно имати у виду да су тржишни удели променљиви, па се мора водити рачуна о року посматрања тржишног учешћа. Отуда се приликом испитивања концентрације обично користе садашњи тржишни удели, мада они могу бити прилагођени како би на разуман начин одразили одређене будуће промене на тржишту.³⁹² Међутим, оваквом решењу се може упутити критика да се на тај начин увећава правна несигурност, с обзиром на то да се „прилагођавањем“ тржишних удела врши својеврсно прогнозирање колики ће бити тржишни удели учесника у концентрацији.

Удели се рачунају под претпоставком да је заједнички удео учесника у концентрацији после њене реализације једнак збиру удела учесника пре концентрације. Међутим, потребно је узети у обзир и податке из претходних година о променама тржишних удела, јер подаци о променама тржишног учешћа и о његовој динамици могу да пруже корисне информације о конкуренцији и будућем значају конкурената на тржишту. У сваком случају, тржишно учешће мора се анализирати у складу са околностима које ће се вероватно јавити на тржишту, нпр. ако је тржиште по природи веома динамично или је структура тржишта нестабилна због иновација или раста.³⁹³

Анализа тржишне структуре може се извршити и с обзиром на степен концентрације на тржишту (концентрација понуде на тржишту), који се често мери Херфиндал Хиршмановим индексом (*Herfindahl-Hirschman Index*, даље у тексту: *HHI*). *HHI* представља збир квадрата појединачних удела свих учесника на тржишту и сматра се поузданим показатељем тржишне моћи, јер даје сразмерно већи значај тржишном учешћу великих учесника на тржишту. Иако је приликом рачунања *HHI* најбоље укључити све учеснике на тржишту, недостатак података о

³⁹² Вид. чл. 15. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

³⁹³ Вид. чл. 15. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Вид. и G. Monti (2007a), 251; I. Van Bael, J. Bellis, 800.

врло малим учесницима не мора бити проблем, јер такви учесници не утичу значајно на *HHI*.

Апсолутни ниво *HHI* јесте први показатељ конкурентских притисака након концентрације, али се и промена *HHI* сматра корисним показатељем промене конкурентских притисака услед реализовања концентрације.³⁹⁴ Што је већи број учесника на тржишту, мања је вероватноћа да ће концентрација нарушити конкуренцију, тако да већу опасност представљају концентрације које се реализују на високо концентрисаном тржишту него оне које се реализују на фрагментираном тржишту. Из истих разлога, али независно од постојећег *HHI*, већу опасност представљају концентрације које значајно увећавају степен концентрисаности него концентрације које концентрисаност увећавају само маргинално. Зато се као додатни критеријум користи промена *HHI*.

Смернице ЕУ за оцену концентрација посебно предвиђају када Европска комисија може сматрати да концентрација вероватно неће нарушити конкуренцију. Вредност *HHI* и промена *HHI* у тим случајевима сматрају се само као први показатељи да концентрација не изазива негативне последице, тако да се не смеју користити као претпоставка да концентрација има, односно да нема негативне последице.³⁹⁵

3.3.2. Супротстављена моћ купца

Супротстављена снага купца огледа се у тржишној моћи купца која му даје могућност да изабере другог продавца, а не учесника у концентрацији, или у коришћењу тржишне моћи на други начин у циљу супротстављања тржишној моћи продавца. Конкурентски притисак на учесника у концентрацији, дакле, не врше само његови конкуренти (други продавци), већ то могу чинити и његови

³⁹⁴ Вредност *HHI*, теоријски посматрано, креће се између 0 (у случају атомизоване понуде) и 10.000 (монопол). Повећање концентрисаности може се израчунати независно од укупне концентрисаности, као двоструки производ тржишних удела учесника у концентрацији. Вид. чл. 16, фн. 18 и 19. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

³⁹⁵ Вид. чл. 19-21. Смерница за оцену хоризонталних концентрација; чл. 25-27. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

купци. Због тога продавци са веома великим уделом на тржишту не морају бити у могућности да након концентрације наруше конкуренцију, посебно делујући у знатној мери независно од купаца, ако купци имају значајну супротстављену моћ.³⁹⁶ Супротстављену моћ купца би отуда требало тумачити као преговарачку снагу коју купац у пословним преговорима има у односу на продавца због своје величине, пословног значаја за продавца и способности да изабере друге добављаче.³⁹⁷

Своју снагу купац може користити реализовањем веродостојне претње да ће се у разумном року одредити за друге изворе снабдевања уколико се продавац одлучи да повећа цене или на други начин погорша услове испоруке (нпр. избором другог продавца, вертикалним повезивањем са другим учесницима на тржишту, подстицањем потенцијалних продаваца да уђу на тржиште, одбијањем да купује друге производе продавца, одлагањем куповине и др.). То значи да претња таквог купца *per se* може да одврати продавца да повећа цене и тиме неутралише његову тржишну моћ.

Ипак, супротстављена снага купца има одређена ограничења, тако да може бити релевантан чинилац приликом испитивања концентрације само ако су испуњени одређени услови. Осим тога, не може се закључити да супротстављена снага у довољној мери елиминише могуће негативне ефекте учинке концентрације ако се њом само обезбеђује заштита од повећања цена или погоршавања услова куповине након концентрације за одређену групу купаца.³⁹⁸

Супротстављену снагу имају само они купци чије куповине чине велики део продаје продавца који учествује у концентрацији, јер у супротном њихова куповина неће значајно утицати на тржишну цену. Величина њиховог тржишног

³⁹⁶ Европска комисија је на основу овог критеријума одобрила концентрацију у којој су учесници након концентрације имали удео већи од 60% (случај *Enso/Stora*, бр. IV/M.1225, одлука од 25.11.1998, *O.J.*, бр. L. 254/1999) или концентрацију у којој је заједнички удео на релевантним тржиштима био 83%, односно 91% (случај *Alcatel/Telettra*, бр. IV/M.42, одлука од 12.04.1991, *O.J.*, бр. L. 122/1991). Више о пракси Европске комисије вид. А. Lindsay, 367-373 и 469-479; Е. Navarro Varona *et al.*, 189-197; I. Van Bael, J. Bellis, 809-811.

³⁹⁷ Вид. чл. 64. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

³⁹⁸ Вид. чл. 67. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

удела у овом случају није од пресудног утицаја, мада је већа вероватноћа да велики и снажни купци имају ову врсту тржишне моћи него што је то случај код мањих учесника на фрагментираном тржишту. Подразумева се да купац има супротстављену снагу уколико је он једини купац на тржишту, што представља екстремни пример поседовања супротстављене снаге. Реч је о тржиштима на којима на страни тражње постоји само један учесник (монопсон), као што је, то, нпр. тржиште наоружања и војне опреме, на којем једини купац може бити министарство одбране.³⁹⁹

Затим, није довољно да снага купца постоји пре концентрације, већ она мора постојати и након концентрације.⁴⁰⁰ То значи да купац нема супротстављену снагу уколико продавац може у кратком року и без већих трошкова да произведе и понуди други производ, па у том случају, промена обима куповине неће утицати на цену. Купац, осим тога, може дугорочно имати супротстављену снагу само ако на тржишту постоје баријере уласку које спречавају улазак на тржиште нових купаца.

Може се закључити да тело надлежно за заштиту конкуренције мора да размотри у којој мери ће купци бити у могућности да се коришћењем своје снаге супротставе продавцу, односно учесницима у концентрацији и повећању њихове тржишне моћи услед концентрације, и да на основу те анализе утврде да ли је снага купаца довољна да се концентрација одобри или је недовољна да спречи јачање тржишне моћи учесника у концентрацији, односно да неутралише негативне ефекте концентрације.

3.3.3. Улазак на тржиште

Анализа уласка нових конкурената на тржиште јесте важан корак у поступку испитивања концентрације, будући да се слободан улазак на тржиште сматра кључном претпоставком карактера тржишне равнотеже на дуги рок, при чему свака баријера уласку неминовно доводи до умањења друштвеног

³⁹⁹ I. Van Bael, J. Bellis, 810.

⁴⁰⁰ Вид. чл. 67. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

благостања. Улазак нових конкурената представља један од најзначајнијих извора конкуренције на тржишту и уколико је њихов улазак слободан, неконкурентне тржишне структуре нису одрживе, тако да се оне претварају у конкурентну структуру.⁴⁰¹

Ако је, дакле, улазак на тржиште довољно лак, односно слободан, мало је вероватно да ће концентрација имати негативне ефекте, пошто је конкурентски притисак потенцијалних конкурената у том случају толико јак да умањује тржишну моћ учесника у концентрацији, односно постојећих учесника на тржишту и спречава постојање тржишне моћи на дуги рок. Због тога се дешава да, у случају када се лако улази на тржиште, учесник у концентрацији који има велико тржишно учешће није у могућности да одрживо повећава цене, па се концентрација тада може одобрити.

Уколико улазак на тржиште није слободан, велика је вероватноћа да постојећи учесници на тржишту имају тржишну моћ и да концентрација представља опасност за конкуренцију. То значи да је анализу уласка на тржиште неопходно извршити ако се утврди да постоје баријере уласку које би могле нарушити конкуренцију, односно да концентрација може нарушити конкуренцију због немогућности уласка нових конкурената на тржиште. Није, међутим, довољно само утврдити постојање баријера и тврдити да ће концентрација нарушити конкуренцију само зато што су баријере високе, пошто је могуће да конкуренција на тржишту постоји и након концентрације упркос високим баријерама.⁴⁰²

⁴⁰¹ Уколико је улазак на тржиште слободан, потенцијални учесници имају подстицај да уђу на тржиште, јер ће после концентрације бити привучени економским профитом који се присваја на том тржишту, а који је виши од профита који се присваја на другим тржиштима. Економски профит је резултат концентрације, будући да је изазван коришћењем тржишне моћи учесника у концентрацији, тако да ће улазак нових учесника довести до јачања конкуренције и до расипања економског профита који постојећи учесници присвајају. То значи да концентрација може краткорочно да наруши конкуренцију, али ако је улазак на тржиште слободан, слободна конкуренција ће дугорочно ипак бити успостављена.

⁴⁰² Вид. S. Bishop, M. Walker, 298.

Да би се тврдило да улазак нових конкурената на тржиште ствара значајан конкурентски притисак на учеснике у концентрацији, потребно је доказати да је улазак на тржиште вероватан, правремен и довољан да спречи или неутралише све могуће негативне ефекте концентрације.

Прво се утврђује да ли је вероватно да ће потенцијални улазак на тржиште након концентрације вршити конкурентски притисак на учеснике који су већ присутни на тржишту. Вероватноћа уласка се процењује на основу профитабилности уласка, узимајући у обзир ефекте повећања обима производње на цене на тржишту и могућу реакцију постојећих учесника (нпр. мање је вероватно да ће учесник ући на тржиште уколико би то довело до знатно нижих цена, јер улазак тада неће бити профитабилан).⁴⁰³

Висок ризик и трошкови неуспелог уласка могу учинити улазак мање вероватним, тако да се улазак на тржиште може сматрати вероватним само у случају постојања занемарљивих трошкова уласка на тржиште и изласка са тржишта, посебно иреверзибилних трошкова. Слобода уласка на тржиште заправо се заснива на непостојању баријера уласку, које се везују за трошкове уласка и изласка.⁴⁰⁴ На тржишту могу да постоје различите баријере, али се оне могу поделити на правне и економске баријере.

Правне (административне) баријере се заснивају на неком општем или појединачном правном акту којим се број учесника на тржишту ограничава забраном уласка (нпр. државни монопол), издавањем дозвола за улазак (нпр.

⁴⁰³ Вид. чл. 69. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

⁴⁰⁴ Према тзв. харвардској дефиницији, под баријерама уласку се сматрају сви они трошкови који отежавају улазак на тржиште, уколико се тиме омогућава постојећим учесницима да на дуги рок, односно одрживо присвајају економски профит. Према тзв. чикашкој дефиницији, баријере уласку су само они трошкови уласка и изласка које треба да сноси нови учесник на тржишту, а које нису сносили учесници који се већ налазе на тржишту (нпр. трошкови рекламирања новог учесника, под условом да су они већи од трошкова рекламирања које су имали постојећи учесници). У пракси ЕУ се користи прва, шира дефиниција, па је и у раду она прихваћена, посебно зато што омогућава да се њом обухвати већи број баријера уласку. Вид. Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 199-200; G. Monti (2007a), 144-148 и 252 фн. 43; A. Lindsay, 489. Смернице за оцену хоризонталних концентрација одређују баријере уласку као специфична обележја која учесницима који се већ налазе на тржишту дају предност у односу на потенцијалне конкуренте (чл. 69).

обављање одређених делатности у режиму дозвола), патентном заштитом, односно заштитом права интелектуалне својине или уговорима (уколико је држава једна од уговорних страна), или којим се успостављају различите институционалне баријере (нпр. у погледу регистрације привредних субјеката, односно дозвола за рад, статуса грађевинског земљишта), царинске и нецаринске баријере (високе царинске стопе, дозволе и квоте) и др.

Економске (фактичке) баријере нису правне природе, већ произлазе из самог начина организације обављања одређене делатности и специфичности технологије која се користи, односно функције трошкова обављања одређене делатности, а односе се на апсолутну трошковну предност постојећих учесника у односу на нове учеснике на тржишту.⁴⁰⁵ Економске баријере настају услед супериорне технологије, елемената економије обима (уколико велики део фиксних трошкова представља иреверзибилне трошкове), располагања природним ресурсима, истраживања и развоја (успешна иновативна активност), продајне и дистрибутивне мреже, вишка капацитета и сл.⁴⁰⁶

Важна економска баријера може постојати због успостављеног положаја на тржишту постојећег учесника, нарочито ако је он резултат његовог стеченог угледа, искуства или развијене тржишне марке (*brand*), односно производне диференцијације. Због такве позиције учесника на тржишту, нови учесник мора да поднесе трошкове преузимања купаца (нпр. трошкови рекламирања, велики попусти у цени), и то знатно више трошкове од трошкова које су постојећи учесници имали приликом придобијања купаца. Висину ових трошкова одређују различити чиниоци који утичу на углед учесника на тржишту, као што су лојалност потрошача одређеној тржишној марки, навике потрошача у куповини, блискост односа између продаваца и купаца, значај рекламирања и др.

После утврђивања вероватноће уласка на тржиште, потребно је утврдити да ли би улазак новог учесника на тржиште био правовремен, односно да ли ће улазак бити довољно брз и одржив да спречи или неутралише коришћење тржишне снаге учесника у концентрацији. Постојећи учесници имају већу

⁴⁰⁵ Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 202.

⁴⁰⁶ Вид. опширније Е. Navarro Varona *et al.*, 252-262; Б. Беговић *et al.* (2002), 70-74. и 80 и даље.

тржишну моћ ако ће нови учесници ући на тржиште са значајним одлагањем, а нови учесници ће бити дестимулисани да уђу на тржиште ако постојећи учесници имају доста времена да одговоре на могућност уласка, односно на улазак новог учесника. Због тога је анализа правовремености важна, а шта представља примерен временски рок за улазак нових учесника зависи од карактеристика и динамике тржишта, као и од посебних способности потенцијалних нових учесника (нпр. од планирања, пројектовања и изградње пословних објеката, од добијања различитих дозвола и одобрења, од рада изграђених објеката, од рекламирања, дистрибуције, задовољства купаца и др.), а обично се сматра да је улазак правремен ако се изврши у року од две године.

Рок за улазак на тржиште треба утврдити у сваком конкретном случају, јер могуће је да улазак буде извршен и после две године, а да се ипак сматра да ће он утицати на тржишну моћ постојећих учесника. То је могуће зато што је заправо битно када ће се јавити *ефекти* (потенцијалног) уласка, а не само када ће улазак бити извршен (нпр. иако изградња новог пословног објекта, као што је фабрика, може трајати пет година, изграђени капацитети могу деценијама вршити значајан утицај на услове на тржишту и вршити конкурентски притисак на постојеће учеснике).⁴⁰⁷

На крају, анализом да ли је улазак на тржиште довољан да спречи или неутралише све могуће негативне ефекте концентрације, утврђује се колики су обим и размера уласка на тржиште. Улазак мора бити довољног обима и размере да спречи, односно неутралише негативне ефекте концентрације, тако да се улазак малих размера не мора сматрати довољним (нпр. улазак у поједине тржишне „нише“ – „*niche*“ market).

Потребно је истовремено разликовати слободан улазак на тржиште, као извор потенцијалне конкуренције за учеснике у концентрацији, од уклањања потенцијалне конкуренције путем концентрације у којој учествује потенцијални конкурент. Овакве концентрације могу имати сличне негативне ефекте као и концентрације којима се повезују два учесника која већ послују на истом

⁴⁰⁷ А. Lindsay, 486 фн. 33.

тржишту (нпр. ако потенцијални конкурент поседује средства која би се лако могла искористити за улазак на тржиште без високих иреверзибилних трошкова).

Да би концентрација у којој учествује потенцијални конкурент могла значајно да наруши конкуренцију, морају постојати два основна услова: прво, потенцијални конкурент мора већ вршити знатан ограничавајући утицај или мора постојати велика вероватноћа да би тај утицај прерастао у делотворан конкурентски притисак, и друго, на тржишту не сме бити довољно других потенцијалних конкурената који би могли одрживо вршити довољне конкурентске притиске након концентрације. То значи да уклањање потенцијалних конкурената концентрацијом може бити опасност за конкуренцију ако је концентрација понуде на тржишту висока и ако постоје високе баријере уласку које онемогућавају улазак потенцијалних конкурената на тржиште.

На основу излагања може се закључити да је слобода уласка на тржиште изузетно важна за постојање конкуренције на тржишту и да је важнији чинилац од броја конкурената, односно постојећих учесника на тржишту. Анализа тржишне структуре такође је важна за оцену допуштености концентрације, али она је само почетни корак у доношењу одлуке о допуштености. Број учесника на тржишту и њихови тржишни удели представљају значајне показатеље тржишне моћи учесника на тржишту, али одлука о концентрацији не сме да се заснива само на овим показатељима, пошто у случају непостојања баријера уласку, односно слободног уласка на тржиште, сâмо постојање великих тржишних удела конкурената не значе да они имају знатну тржишну моћ.

3.4. Аргумент економске ефикасности

Један од најзначајнијих критеријума који се примењује приликом испитивања концентрације јесте критеријум који се односи на трендове техничког и економског развоја, а који се везује за најважнију корист од спровођења концентрације – увећање економске ефикасности. Комисија за заштиту конкуренције и Европска комисија, дакле, воде рачуна о економској ефикасности приликом свеобухватног испитивања ефеката концентрације, с тим што Европска

комисија узима у обзир трендове техничког и економског развоја под условом да су у корист потрошача и да не стварају препреке конкуренцији.

Имајући у виду чињеницу да концентрације могу имати противречне ефекте – умањење конкуренције и увећање економске ефикасности и друштвеног благостања, тело надлежно за заштиту конкуренције мора да забрани оне концентрације које би могле нарушити конкуренцију, што значи да је основни задатак да се утврде само оне концентрације које имају негативне ефекте на конкуренцију. Уколико концентрација не нарушава конкуренцију, критеријум увећања економске ефикасности нема велики значај, будући да основни критеријум за оцену дозвољености концентрације јесте „значајно нарушавање конкуренције“, а не увећање ефикасности. У таквим случајевима, концентрација се одобрава без обзира на то да ли доприноси увећању економске ефикасности, будући да се претпоставља да концентрације имају позитивне ефекте на конкуренцију и друштвено благостање. У поступку контроле, тело надлежно за заштиту конкуренције отуда доказује само негативне ефекте концентрације, а не и њене позитивне ефекте.

Међутим, када се покаже да концентрација може нарушити конкуренцију, критеријум економске ефикасности добија на значају, пошто се тада могу анализирати и они позитивни ефекти концентрације којима се може оправдати концентрација, иако она истовремено изазива негативне ефекте и представља опасност за конкуренцију. Наиме, учесници у концентрацији могу да употребе аргумент економске ефикасности (*efficiency defence*) и докажу да концентрација има значајне позитивне ефекте који могу неутралисати негативне ефекте на конкуренцију и да би због тога требало одобрити концентрацију која би иначе била забрањена због нарушавања конкуренције.

У праву ЕУ, тек после усвајања Уредбе о концентрацијама из 2004. године, изричито је прихваћена могућност да се у поступку контроле посебно води рачуна о позитивним ефектима концентрације на конкуренцију, наглашавањем да су концентрације пожељне уколико су у складу са захтевима динамичног тржишног

надметања и уколико могу увећати конкурентност учесника на јединственом тржишту ЕУ, побољшати услове раста и повећати животни стандард у ЕУ.⁴⁰⁸

Приликом испитивања концентрација, Европска комисија мора да води рачуна о свим доказаним и вероватним користима концентрације на које укажу учесници у концентрацији, с обзиром на то да постоји могућност да користи које произлазе из концентрације неутралишу негативне ефекте на конкуренцију које би концентрација могла изазвати, посебно потенцијалну штету за потрошаче. Ово право учесника у концентрацији потврђено је и Смерницама за оцену хоризонталних концентрација, које детаљно уређују услове за примену аргумента економске ефикасности. Европска комисија, дакле, има обавезу да узме у обзир могуће увећање економске ефикасности услед спровођења концентрације која нарушава конкуренцију, а учесници у концентрацији морају да докажу да су испуњени услови за примену аргумента. Уколико су испуњени сви услови, концентрација се може одобрити, јер се тада сматра да су позитивни ефекти увећања економске ефикасности важнији од негативних ефеката концентрације на конкуренцију.⁴⁰⁹

Овакво решење у праву ЕУ сматра се знатним унапређењем у поступку контроле концентрација, с обзиром на то је учесницима у концентрацији први пут дато изричито овлашћење да користе наведену могућност, а Европска комисија обавезана да њихове наводе разматра. Иако је питање аргумента економске ефикасности веома контроверзно, с обзиром на то да се њиме брани

⁴⁰⁸ Вид. т. 4. Увода Уредбе ЕУ о концентрацијама.

⁴⁰⁹ Уредба ЕУ о концентрацијама (т. 29. Увода) наводи да постоји могућност да ефикасности које генерише концентрација неутралишу негативне ефекте које концентрација има на конкуренцију, због чега таква концентрација тада „не би значајно нарушила конкуренцију“. Међутим, оваква формулација може створити недоумице у пракси, зато што се аргументом економске ефикасности одобрава концентрација која *нарушава* конкуренцију, па се не може рећи да се концентрацијом не нарушава конкуренција. Због тога се и разматра употреба овог аргумента, јер не би ни било потребе да се користи аргумент да концентрација нема никакав утицај на конкуренцију. Концентрација се одобрава зато што су њени ефекти на економску ефикасност толико снажни да се она сматра пожељном на тржишту, иако би у супротном била забрањена зато што сама по себи представља значајну опасност за конкуренцију. Отуда се и говори о *одбрани* концентрације употребом аргумента економске ефикасности.

концентрација којом се угрожава конкуренција, основни разлог за његово регулисање јесте уважавање узајамне везе између конкуренције и економске ефикасности – увећање економске ефикасности доприноси јачању конкурентских притисака и конкуренцији на тржишту, па су учесници на тржишту, суочени са снажном конкуренцијом, принуђени да увећавају економску ефикасност. Отуда се и допушта могућност одобравања концентрације која краткорочно умањује конкуренцију када је она праћена истовременим дугорочним увећањем конкуренције, односно увећањем економске ефикасности и оснаживањем конкурентских притисака.

Због своје контроверзности, аргумент економске ефикасности се ретко употребљава, па ни тела надлежна за заштиту конкуренције нису вољна да га често користе. Критеријум увећања ефикасности се чак некада користио као додатни доказ или аргумент да концентрација нарушава конкуренцију (*efficiency offence*), будући да се увећањем ефикасности јача доминантан положај.⁴¹⁰ Учесници у концентрацији такође ретко користе овај аргумент, с обзиром да је на њима велики терет доказивања да ће концентрација увећати ефикасност, а постојање ових користи је веома тешко доказати. Некада одређени докази могу бити у супротности са другим аргументима да концентрација доприноси конкуренцији (нпр. у вези са баријерама уласку на тржиште), па је тако тешко објаснити да је улазак на тржиште лак, а да се истовремено увећање ефикасности не може постићи интерним растом или повезивањем са другим учесницима на тржишту. Поред тога, аргумент се користи за одбрану концентрације која нарушава конкуренцију, па учесници у концентрацији нису увек спремни да „признају“ да њихова концентрација нарушава конкуренцију и да заснивају одбрану концентрације на аргументу економске ефикасности.

⁴¹⁰ Вид. An Renckens, „Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense”, *Journal of Competition Law and Economics* 2/2007, Vol. 3, 161; Nicholas Levy, „The Control of Concentrations Between Undertakings“, *Competition Law of the European Community* (ed. V. Korah), Matthew Bender, New York 2000 (looseleaf ed.), Chapter 8, 178-180 (наведено према: V. Korah (2006), 711-712); J. Alison, S. Brenda, 1045 фн. 621; M. Motta, 275.

Прве идеје о томе да је важно разматрати увећање економске ефикасности у контроли концентрација јавиле су се у америчкој литератури,⁴¹¹ али оне у модерном праву конкуренције нису у потпуности прихваћене из више разлога. Ове идеје се заснивају на одмеравању негативних и позитивних ефеката концентрације: с једне стране, умањење конкуренције услед повећања тржишне моћи и последични губитак друштвеног благостања, а са друге стране, увећање ефикасности којим се увећава укупно друштвено благостање. Након извршеног упоређивања, концентрација се одобрава уколико су укупни позитивни ефекти већи од негативних ефеката, а уколико су негативни ефекти већи, концентрација се мора забранити.

У модерном праву конкуренције, оваква анализа се одбацује зато што се, према владајућим мишљењима, не води довољно рачуна о благостању потрошача (*consumer welfare*) и не гарантује се да ће оно бити увећано, будући да се негативни ефекти процењују у односу на укупно друштвено благостање (*total welfare*). Затим, изабрани модел благостања (*welfare standard*) није у складу са моделом који се углавном примењује у упоредном праву, укључујући право конкуренције ЕУ. Наиме, основни циљ права конкуренције ЕУ јесте увећање благостања потрошача, тако да се и аргумент економске ефикасности примењује само ако се увећање економске ефикасности огледа у користима за потрошаче. На крају се упућује критика да је упоређивање позитивних и негативних ефеката непрактично, не само зато што је тешко за спровођење, већ и зато што тела надлежна за заштиту конкуренције и судови нису спремни да усвоје овакав модел.⁴¹² Пошто је прилично тешко утврђивати *будуће* ефекте који се огледају у увећању ефикасности и вршити њихово мерење, надлежна тела не би ни вршила анализу и доказивање ових ефеката уколико то заиста није неопходно. Због тога се терет доказивања и пребацује на учеснике у концентрацији, с обзиром на то да

⁴¹¹ Вид. Oliver E. Williamson, „Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs“, *American Economic Review* 1/1968, Vol. 58, 18 и даље.

⁴¹² Вид. и Peter D. Camesasca, „The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?“, *European Competition Law Review* 1/1999, 16-17; Giorgio Monti, „Merger Defences – Efficiencies, Failing Firms and Industrial Policy“, *EC Competition Law: a critical assessment* (eds. G. Amato, C. Ehlermann), Hart Publishing, Portland 2007, 523; J. Alison, S. Brenda, 1043-1044.

они имају више информација о начину на који ће концентрација увећати економску ефикасност, па им је лакше да то и докажу.

Може се ипак закључити да су прве идеје о потреби да се критеријум економске ефикасности узме у обзир приликом испитивања концентрација знатно допринеле развоју аргумента економске ефикасности који се у упоредном праву данас употребљава за одбрану концентрације. Неспорно је дакле да се о економској ефикасности мора водити у поступку контроле, али се мишљења о томе на који начин би то требало радити још увек разликују.

Постоје мишљења да би се разматрању економске ефикасности могло приступити на три начина.⁴¹³ Први приступ се заснива на анализи економске ефикасности у сваком конкретном случају (*case-by-case approach*) и упоређивањем позитивних ефеката са негативним ефектима концентрације на конкуренцију. На овај начин се током испитивања концентрације чини најмање грешака, али је зато тешко применити овакву анализу, с обзиром на бројне тешкоће које се у том случају јављају.

Други приступ се ослања на општу претпоставку да концентрације које задовољавају унапред утврђене критеријуме у довољној мери увећавају економску ефикасност и да због тога могу бити дозвољене (*general presumptions approach*). Критеријуми могу бити одређени помоћу објективних критеријума (нпр. тржишни удео), тако да све концентрације које не прелазе утврђене прагове задовољавају предвиђене критеријуме, јер се полази од тога да концентрација у том случају има веће позитивне ефекте него што су њени негативни ефекти. Тиме би се значајно олакшала анализа економске ефикасности, али се поставља питање како утврдити адекватне и објективне критеријуме, односно како разграничити концентрације које се могу одобрити на овај начин од концентрација које би се могле забранити.

Трећи, секвенцијални приступ (*sequential approach*) представља својеврсну комбинацију прва два приступа, будући да узима у обзир њихове предности, како би се што више умањила могућност чињења грешака приликом испитивања и олакшала анализа економске ефикасности. Секвенцијални приступ има за циљ

⁴¹³ Вид. P. D. Camesasca, 18-19; F. Ilzkovitz, R. Meiklejohn, 72-74; A. Renckens, 171-172.

ограничавање броја случајева у којима би се вршила анализа економске ефикасности, па се он заснива на одвајању оних концентрација које захтевају детаљнију анализу од концентрација за које не постоји сумња да могу нарушити конкуренцију и које се могу одмах одобрити. Уколико се на основу одређених критеријума може закључити да концентрација неће нарушити конкуренцију, односно да незнатно нарушава конкуренцију, концентрација се одобрава, јер се претпоставља да су позитивни ефекти значајнији од негативних ефеката. Ако се, међутим, не може са сигурношћу тврдити да концентрација неће нарушити конкуренцију, односно ако се може тврдити да концентрација значајно нарушава конкуренцију, прелази се на другу фазу, у којој се врши детаљна анализа позитивних и негативних ефеката. Терет доказивања је тада на учесницима у концентрацији, а доказивање се сматра прилично тешким, будући да се полази од претпоставке да увећање економске ефикасности услед концентрације није довољно да неутралише негативне ефекте концентрације.

У праву конкуренције ЕУ прихваћен је у основи секвенцијални приступ, али је потребно прецизирати да се применом аргумента економске ефикасности у поступку контроле, методолошки посматрано, не врши *одбрана* спорне концентрације.⁴¹⁴ Аргумент економске ефикасности заправо није аргумент који се истиче након што Европска комисија утврди да концентрација нарушава конкуренцију, већ је само један од доказа који Европска комисија користи приликом испитивања концентрације. Овакав закључак се изводи из одредаба Уредбе ЕУ о концентрацијама и Смерница о хоризонталним концентрацијама, према којим Европска комисија, приликом свеобухватне оцене концентрације, узима у обзир критеријуме предвиђене Уредбом и Смерницама, укључујући трендове техничког и економског развоја под условом да су у корист потрошача и да не стварају препреке конкуренцији.

Европска комисија не анализира одвојено позитивне и негативне ефекте сваке појединачне концентрације како би их касније упоређивала и како би процењивала да ли су позитивни ефекти снажнији од негативних, већ само разматра све поткрепљене наводе учесника о увећању ефикасности приликом

⁴¹⁴ Вид. G. Monti (2007b), 525; V. Butorac Malnar, 534.

свеобухватног испитивања концентрације.⁴¹⁵ У тим случајевима, она *de facto* ипак упоређује позитивне и негативне ефекте концентрације, иако се доказивањем испуњености услова за примену аргумента формално потврђује претпоставка да концентрација има преовлађујуће позитивне ефекте. Због тога се може рећи да се секвенцијални приступ заснива на одмеравању позитивних и негативних ефеката концентрације, што представља суштину првог приступа, и да се на тај начин могу јавити исте тешкоће које се јављају у примени првог приступа.

Отуда се и постојећи приступ Европске комисије показује као тешко применљив у пракси, посебно због тога што је терет доказивања на учесницима у концентрацији, а доказивање изузетно тешко. Поред тога, Европска комисија свакако мора да врши предвиђање (позитивних и негативних) ефеката концентрације, с обзиром на превентивни карактер контроле, што је само по себи тешко и контроверзно, а конфузију може изазвати и раздвајање оних концентрација за које је јасно да неће нарушити конкуренцију од концентрација код којих би се, у тзв. другој фази, детаљно анализирао економска ефикасност.

Можда би се због тога могло размислити и о примени првог приступа у разматрању економске ефикасности, који би се заснивао на одмеравању негативних и позитивних ефеката концентрације: уколико се покаже да би концентрација могла нарушити конкуренцију, након извршеног упоређивања ефеката, концентрација би се могла одобрити уколико су укупни позитивни ефекти већи од негативних ефеката, а уколико су негативни ефекти снажнији, концентрација би се могла забранити. Терет доказивања би се, са учесника у концентрацији, пребацио на Европску комисију, односно на тело надлежно за заштиту конкуренције, и тиме би се олакшало повезивање учесника на тржишту, полазећи од претпоставке да је увећање економске ефикасности услед концентрације довољно да неутралише негативне ефекте концентрације. Први приступ се у том смислу чини смисленијим и практичнијим, и у складу је са чињеницом да су концентрације пожељне активности на тржишту и да нису *per se* забрањене.

⁴¹⁵ Вид. чл. 77. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

3.4.1. Услови за примену аргумента економске ефикасности

Услови за примену аргумента економске ефикасности утврђени су у Смерницама за оцену хоризонталних концентрација и морају бити кумулативно испуњени да би Европска комисија одобрила концентрацију његовом применом. Европска комисија може на тај начин да одлучи да, због увећања ефикасности услед концентрације, не постоји основ да се концентрација забрани и тако одобри концентрацију. Оваква одлука се може донети уколико се на основу доказа може закључити да ефикасност коју генерише концентрација може унапредити способност и подстицаје учесника који настаје концентрацијом да послује тако да подстиче конкуренцију у корист потрошача, и тиме сузбије негативне ефекте које би концентрација иначе могла имати.⁴¹⁶ Да би Европска комисија могла да узме у обзир наводе учесника у концентрацији о увећању ефикасности и да на основу тих навода закључи да нема основа да забрани концентрацију, ефикасности морају бити у корист потрошача и специфичне за конкретну концентрацију, и морају се доказати, односно морају бити потврђене.⁴¹⁷

Први услов је одраз изабраног модела благостања, због чега ефикасности морају бити такве да доводе до увећања благостања потрошача, односно до остваривања њихових користи. Користи за потрошаче морају бити знатне и правовремене и морају бити такве да концентрација не доводи потрошаче у лошији положај.⁴¹⁸ То значи да се могу одобрити и оне концентрације које не доводе потрошаче нужно у бољи положај (под условом да су ефикасности знатне и правовремене), него им само омогућавају да сачувају тренутни положај, односно да задрже стечене користи. Смернице не одређују када су ефикасности знатне и правовремене, већ само набрајају неке од различитих користи од концентрације које се могу прелити и на потрошаче у виду нижих цена и сл.

⁴¹⁶ Вид. чл. 77. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

⁴¹⁷ Вид. чл. 78. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

⁴¹⁸ Вид. чл. 79. Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Потрошачима се сматрају не само крајњи потрошачи (корисници производа учесника у концентрацији), него и стварни и/или потенцијални купци производа које нуде учесници у концентрацији.

Једино се указује на то да што се касније у будућности очекује увећање ефикасности, Европска комисија ће им придавати мањи значај, што значи да се у сваком конкретном случају мора утврдити који рок је довољан за правовремено остваривање погодности за потрошаче.

Користи од концентрације односе се нпр. на смањење трошкова производње или дистрибуције, на производњу квалитетнијих или нових производа који су резултат истраживања и развоја, или на повећање обима производње и последично умањење подстицаја за усаглашено деловање учесника на тржишту, тј. постизање дослуха. Оцена ових користи се при томе везује за постојање конкурентских притисака преосталих учесника на тржишту и за потенцијалне уласке на тржиште, тако да се умањује вероватноћа да ће аргумент бити прихваћен што су већи негативни ефекти концентрације. Због тога постоји мала вероватноћа да ће се одобрити концентрација којом се стиче скоро монополски положај, односно тржишна моћ која одговара овом положају, с обзиром на то да се у том случају претпоставља да користи од концентрације нису довољне да неутралишу њене негативне ефекте.⁴¹⁹ То не значи да Европска комисија не може и тада одобрити концентрацију, већ се само истиче да је наведену претпоставку тешко оборити и да је тешко доказати да су ефикасности знатне и да не утичу на погоршање положаја потрошача.⁴²⁰

Приликом анализе другог услова, постављају се питања да ли су користи за потрошаче директна последица спровођења концентрације и да ли се користи могу остварити на неки други начин којим би се у мањој мери нарушила конкуренција. Дакле, потребно је утврдити узрочно-последичну везу између концентрације и увећања ефикасности, односно да ли је концентрација неопходна за остваривање користи,⁴²¹ и доказати да не постоје други облици повезивања

⁴¹⁹ Вид. чл. 84. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

⁴²⁰ Приликом оцене значаја користи за потрошаче, Европска комисија се служи тзв. клизном скалом (*sliding scale* анализа), тако да се закључак о ефикасности разликује од случаја до случаја. Вид. V. Butorac Malnar, 539-540; L. Alistair, 526 фн. 64.

⁴²¹ Потребно је испитати да ли се користи могу остварити нпр. интерним растом, или је концентрација једини начин да се те користи остваре. Ако се користи могу постићи интерним

учесника на тржишту који би представљали мању опасност за конкуренцију (нпр. концентрација са другим учесником, заједничко улагање које нема карактер концентрације или закључивање уговора о преносу лиценце и др.).

Европска комисија ће разматрати само она алтернативна решења која су практична и разумна у конкретној ситуацији и предметној делатности, како би се избегла могућност да се концентрација забрани зато што постоји само теоријска могућност да се користи остваре на неки други начин. Учесници у концентрацији отуда морају да докажу не постоје друга реалистична и остварљива решења која би представљала мању опасност за конкуренцију, што је за њих прилично тешко, пошто се доказује *непостојање* алтернативних решења. Можда би зато било боље када би терет доказивања у овој ситуацији био на Европској комисији, чиме би се учесницима олакшало доказивање испуњености других услова.

Трећи услов се односи на могућност успешног доказивања изнетих навода о увећању ефикасности које има за циљ спречавање изношења неаргументованих, нејасних или спекулативних исказа, односно недоказаних тврдњи о будућим користима од концентрације. Ефикасности морају бити подложне верификацији (*verifiable*), односно верификоване тако да Европска комисија може у разумној мери бити уверена да ће се ефикасности остварити и да су довољне да неутралишу могућу штету за потрошаче која би настала због концентрације.⁴²² Дакле, учесници морају доказати да ће се наведене користи заиста и остварити, пошто постоји могућност да се оне у пракси и не реализују.

Што су наводи о користима прецизнији и уверљивији, то их Европска комисија може боље оценити, па би их због тога требало квантификовати ако је то могуће. Квантитативном анализом се утврђује у ком обиму се користи преливају на потрошаче (нпр. процена могућег повећања цена, односно смањења трошкова), али се поставља питање како извршити квантификацију ако се користи огледају у понуди квалитетнијих производа. Пошто је квантификацију тада тешко извршити, учесници у концентрацији немају податке неопходне за прецизну квантитативну

растом, то значи да концентрација није неопходна и да ефикасности нису специфичне за концентрацију.

⁴²² Чл. 86. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

анализу, тако да они у том случају морају да укажу на минимум неопходних користи које ће потрошачи имати. То значи да се морају бар предвидети користи за потрошаче које се могу јасно одредити и које морају бити позитивне, а не само незнатне.⁴²³

Учесници у концентрацији своје наводе могу поткрепити свим доступним подацима којима доказују да су ефикасности специфичне, да је њихово остваривање вероватно и да ће у знатној мери неутралисати негативне ефекте концентрације и тиме остварити користи за потрошаче. Нарочито се могу користити интерни документи које су учесници у концентрацији и њихове управе користили приликом одлучивања о спровођењу концентрације, изјаве чланова управе упућене власницима и финансијским тржиштима о очекиваним ефикасностима, примере ефикасности и користи за потрошаче из недавне прошлости, као и стручне студије о врсти и величини користи за потрошаче. Реч је о доказима које поседују учесници у концентрацији, чиме им се олакшава доказивање, што не значи да не могу пружити и све информације за које сматрају да могу бити доказ у поступку контроле.

3.4.2. Пракса Европске комисије

Иако су тек Уредба ЕУ о концентрацијама и Смернице за оцену хоризонталних концентрација омогућиле Европској комисији да разматра аргументоване наводе учесника у концентрацији о ефикасностима, може се рећи да се пракса Европске комисије није значајно променила, будући да Европска комисија није ниједном одобрила концентрацију искључиво применом аргумента економске ефикасности. Услови за примену аргумента су изузетно строги, тако да учесници у концентрацији у пракси тешко могу да докажу увећање ефикасности и остваривање користи за потрошаче.

Пре усвајања Уредбе и Смерница из 2004. године, учесници на тржишту су безуспешно покушавали да се позивају на аргумент увећања ефикасности, и о том

⁴²³ Вид. чл. 86. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

питању, Европска комисија је више пута одлучивала.⁴²⁴ Након усвајања Уредбе и Смерница, Европска комисија није одступила од постојеће праксе, а у пракси су се издвојила два случаја у којима је Европска комисија разматрала наводе учесника о увећању ефикасности.

Први случај се односи на концентрацију шведских привредних друштава на тржишту картонске амбалаже – друштва *Korsnäs AB (Korsnäs)* и друштва *AssiDomän Cartonboard Holding AB (AD Cartonboard)*.⁴²⁵ Концентрацијом се стварала неповољна тржишна структура (дуопол), али је Европска комисија већ у првој фази поступка одобрила концентрацију, сматрајући да се њом не нарушава конкуренција.

Анализирајући бројне критеријуме за оцену концентрација, Европска комисија је разматрала и наводе и пружене доказе учесника о ефикасностима и користима за потрошаче који су се односили на умањење трошкова, проширење производног асортимана, истраживање и развој и понуду квалитетнијих производа. Ипак, Европска комисија је закључила да се бројна питања у вези са ефикасностима не могу решити у првој фази поступка, иако је сматрала да се може претпоставити да ће концентрација имати бројне користи за потрошаче. Отуда је наводе учесника посматрала као додатни доказ за њену одлуку да концентрација не нарушава конкуренцију (што показује да су учесници успели да докажу своје наводе), а не као основни аргумент за одобрење концентрације. Европска комисија је одобрила концентрацију зато што је сматрала да се њоме не ствара доминантан положај и да не постоји опасност од унилатералних ефеката концентрације, посебно због супротстављене снаге купца и ниских баријера уласку на тржиште, тако да употреба аргумента економске ефикасности није ни била потребна.

⁴²⁴ Познати су нпр. случајеви *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (бр. IV/M053, одлука од 2.10.1991, *O.J.*, бр. L. 334/1991) и *General Electric/Honeywell* (бр. COMP/M. 2220, одлука од 3.07.2001, *O.J.*, бр. L. 48/2004). Случај *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* се односи на прву концентрацију коју је Комисија забранила после усвајања Уредбе ЕУ о концентрацијама из 1989. год.

⁴²⁵ Вид. случај *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*, бр. COMP/M. 4057, одлука од 12.05.2006, т. 57-65.

Други случај показује да учесници у концентрацији нису успели да докажу све услове за примену аргумента, тако да Европска комисија није прихватила аргумент као одбрану концентрације. Концентрација је ипак условно одобрена након што су учесници пристали да спроведу одређене корективне мере. Концентрација се односила на повезивање данских рударских компанија на тржишту никла и кобалта – компаније *Inco Limited* и компаније *Falconbridge Limited*.⁴²⁶

Учесници у концентрацији су истакли бројне користи које се огледају у смањењу трошкова производње и других трошкова, повећању обима производње и др., што су поткрепили бројним интерним студијама. Европска комисија је на основу тих студија закључила да су ефикасности квантификоване и да су учесници доказали да ће оне вероватно бити остварене, али је истовремено сматрала да се оне ипак не могу узети у обзир, пошто учесници нису доказали да су ефикасности специфичне за предложени облик повезивања и да се на тај начин остварују користи за потрошаче. Европска комисија је указала да се користи могу остварити на други начин, нпр. заједничким улагањем, тако да концентрација није била неопходна за увећање ефикасности. Затим, постојала је мала вероватноћа да се користи са узводног тржишта прелију на низводно тржиште, на којем би учесници у концентрацији имали скоро монополски положај, и на потрошаче, с обзиром на то да би се користи оствариле далеко од потрошача.

3.4.3. Пракса Комисије за заштиту конкуренције

Закон о заштити конкуренције не даје изричиту могућност учесницима у концентрацији да истичу наводе о увећању ефикасности, пошто Закон само предвиђа да Комисија за заштиту конкуренције, приликом оцене концентрације, води рачуна о интересима потрошача, и о трендовима техничког и економског развоја, али без прецизирања да трендови морају бити у корист потрошача и да не

⁴²⁶ Вид. случај *Inco/Falconbridge*, бр. COMP/M. 4000, одлука од 4.07.2006, *O.J.*, бр. L. 72/2007, т. 529-550.

смеју да стварају препреке конкуренцији.⁴²⁷ Ипак, пошто се Законом уређује заштита конкуренције на тржишту Републике Србије, у циљу економског напретка и добробити друштва, а нарочито користи *потрошача*,⁴²⁸ могло би се рећи да је у домаћем праву конкуренције, у одређеној мери, прихваћен модел благостања потрошача, с обзиром на то да се наглашавају њихове користи.⁴²⁹

Иако не постоји изричито законско овлашћење да Комисија разматра наводе о ефикасности, учесници у концентрацији у пријави концентрације ипак могу изнети своје наводе и на тај начин „бранити“ концентрацију посредном употребом аргумента економске ефикасности. Наиме, Уредба о садржини и начину подношења пријаве концентрације предвиђа да подносилац у пријави наводи опис и детаљно образложење очекиваних погодности које ће настати спровођењем концентрације са становишта интереса потрошача, као што су: снижавање цена производа, повећање квалитета производа, увођење иновација, и повећање и проширивање могућности избора производа за потрошача.⁴³⁰ Може се, дакле, закључити да Комисија има правни основ да разматра употребу аргумента економске ефикасности.

Међутим, не постоје друга правила која би ближе уредила анализу ефикасности на које указују учесници у концентрацији, па се поставља питање да ли се са сигурношћу може утврдити како Комисија врши ову анализу, односно да ли у вези са решавањем тог проблема постоји предвидљивост поступања Комисије. На основу постојеће праксе и доступних података не може се дати такав закључак, због чега се чини оправданим да се ово питање детаљније уреди,

⁴²⁷ Вид. чл. 19, ст. 2, т. 8-9. ЗЗК.

⁴²⁸ Вид. чл. 1. ЗЗК.

⁴²⁹ Прихваћени модел благостања се може двојачко тумачити, будући да Закон уређује заштиту конкуренције на тржишту Републике Србије у циљу економског напретка и добробити *друштва*.

⁴³⁰ Вид. чл. 2, ст. 1, т. 23. Уредбе о садржини и начину подношења пријаве концентрације. Исто и S. Petronijević, M. Vojnović (2012), 322; Alexandr Svetlicinii, „Efficiency Defence in the Merger Control Regimes of EC and Republic of Serbia – A Comparative Perspective“, *Правни живот* 11/2007, 252.

како би се обезбедила правна сигурност и извесност у пословању учесника на тржишту.⁴³¹

Иако су изражена мишљења да би у вези са овим проблемом требало опрезно поступати, с обзиром на контроверзност и сложеност проблема,⁴³² чини се да је ипак боље ово питање ближе уредити и омогућити учесницима на тржишту да користе аргумент економске ефикасности. Тиме би се допринело правној сигурности, будући да би се обезбедила конзистентност у раду Комисије за заштиту конкуренције. Примена правила која би детаљно уредила ово питање такође би могла бити неуједначена у прво време, али се чини да се тиме не наноси већа штета од штете која може настати због непостојања било каквих правила.

Остаје једино да се размотри питање да ли том приликом прихватити правила која постоје у праву ЕУ, с обзиром на то да се она чине превише строга. Чини се да су блажи критеријуми примеренији потребама привреде Републике Србије, јер она по својој ефикасности знатно заостаје за привредама земаља чланица ЕУ – привреда Републике Србије је веома неразвијена, па је аргумент економске ефикасности значајнији за Србију него за ЕУ. Уколико су услови за примену овог аргумента превише строги, увећава се вероватноћа да би Комисија за заштиту конкуренције могла да учини грешку типа I и да забрани оне концентрације које би требало да одобри, што не би било добро за привредни развој Републике Србије, с обзиром на ефикасности које генерише пријављена

⁴³¹ У случају *Victoria Group/Soja Protein*, Комисија је одобрила концентрација у другој фази поступка након што је анализирала критеријуме за оцену концентрације, од којих се могу издвојити улазак на тржиште, ниски трансакциони трошкови, избор за потрошаче, подстицаји и способност учесника у концентрацији да затворе тржиште. На овај начин, Комисија је разматрала и користи за потрошаче и закључила да се концентрацијом не ствара доминантан положај и не нарушава конкуренција. У случају *Fresenius Medical Care/Incentive Aktiebolag (Gambro)*, Комисија је такође одобрила концентрацију у другој фази, сматрајући да концентрација не нарушава конкуренцију, иако се њом јача доминантан положај учесника у концентрацији. Комисија је том приликом узела у обзир и наводе учесника да ће се концентрацијом остварити користи за потрошаче у виду нижих цена и већег избора. Вид. Srđana Petronijević, Christoph Haid, „Serbia“, *The International Comparative Legal Guide to: Merger Control 2012 – A practical cross-border insight into merger control issues* (eds. Suzie Kidd *et al.*), Global Legal Group, London 2011, 286.

⁴³² Вид. А. Svetlicinii, 251-256.

концентрација. Можда би се отуда могли прихватити делимично ублажени критеријуми, уз услов да се терет доказивања код одређених услова пребаци са учесника у концентрацији на Комисију за заштиту конкуренције.

3.5. Аргумент друштва у финансијским тешкоћама

Аргумент друштва у финансијским тешкоћама (енг. *failing firm defence*) употребљава се као оправдање за концентрацију чији је један од учесника привредно друштво које се због финансијских тешкоћа налази пред стечајем или ликвидацијом и које због тога не би могло да опстане на тржишту (*друштво у финансијским тешкоћама*), а на основу којег се концентрација може одобрити упркос томе што се њеним спровођењем значајно угрожава конкуренција. Спровођењем концентрације се у ствари спасава друштво у финансијским тешкоћама, јер се ради о друштву које ће престати да постоји уколико концентрација не буде спроведена.

Употребом аргумента друштва у финансијским тешкоћама може да се одобри концентрација која има негативне ефекте на конкуренцију, јер се сматра да су ефекти узрочно-последичне везе између концентрације и нарушавања конкуренције након концентрације слабији од нарушавања конкуренције услед забране концентрације и затварања друштва у тешкоћама. Наиме, конкуренција ће бити угрожена и у случају да концентрација не буде реализована, јер се нестанком са тржишта друштва у тешкоћама (после стечаја или ликвидације) смањује број конкурената, односно учесника на тржишту и тиме угрожава конкуренција услед погоршања тржишне структуре. Истовремено се због изласка друштва са тржишта може изгубити његова имовина, односно капацитети за производњу у тој грани, па би конкуренција могла бити и због тога умањена, јер се ефекти губитка имовине изједначавају са ефектима изласка друштва са тржишта.

Пошто ће конкуренција бити угрожена и у случају концентрације и у случају стечаја, дакле, без обзира на спровођење концентрације, концентрација се може одобрити, јер се полази се од претпоставке да опстанак друштва у тешкоћама и спровођење концентрације имају мање негативне последице по конкуренцију него излазак друштва и његове имовине са тржишта, а да би у

случају забране концентрације конкуренција могла бити слабија него у случају да се концентрација одобри. Ако би се, међутим, утврдило да излазак друштва и његове имовине са тржишта има повољнији ефекат на конкуренцију од спровођења концентрације, концентрација се мора забранити.

Оцени концентрација чији учесници се позивају на аргумент друштва у тешкоћама приступа се иначе врло опрезно, јер је оцена таквих концентрација изузетно сложена и разликује се од уобичајене оцене када се упоређују тржишне структуре у моменту нотификације (*pre-merger situation*) и након спровођења концентрације (*post-merger situation*). Наиме, уколико се учесници позивају на овај аргумент, оцена концентрације подразумева анализу тржишне структуре која би настала након спровођења концентрације и тржишне структуре која би настала као последица неспровођења концентрације, односно забране концентрације (енг. *counterfactual, „but-for“ analysis*). То додатно отежава рад надлежног тела, јер потребно је размотрити и друге могућности, као што су престанак друштва (стечај, ликвидација – *post-failure situation*) или његово преузимање од стране неког другог учесника на тржишту, и упоредити их са предвиђеним ефектима концентрације.

Закон о заштити конкуренције и Уредба ЕУ о концентрацијама не регулишу употребу аргумента друштва у финансијским тешкоћама, али Смернице ЕУ о хоризонталним концентрацијама изричито предвиђају услове за његову примену, којих се придржава Европска комисија, али и Комисија за заштиту конкуренције.⁴³³ Пре усвајања Смерница, Европска комисија и Суд правде су на основу праксе америчких органа и сходно околностима конкретног случаја утврђивали услове за његову примену и тако формирали сопствену праксу. Током вишегодишње праксе ови услови су унапређивани, а само у ретким случајевима концентрације су биле и одобрене прихватањем аргумента друштва у финансијским тешкоћама.

⁴³³ Аргумент друштва у финансијским тешкоћама углавном се употребљава као оправдање за хоризонталне концентрације, али општеприхваћен став је да се може применити и у одбрани вертикалних и конгломератских концентрација.

Аргумент друштва у финансијским тешкоћама настао је у судској пракси Сједињених Америчких Држава, када је 1930. године Врховни суд употребио аргумент приликом одлучивања у случају *International Shoe (International Shoe Co. v. FTC*, vol. 280 U.S. Supreme Court, 291, 1930).⁴³⁴ У упоредном праву, аргумент је прихваћен много касније и то углавном по угледу на праксу америчких органа или органа ЕУ.⁴³⁵

3.5.1. Практика Европске комисије и Комисије за заштиту конкуренције

Практика *Европске комисије и Суда правде* показује да је аргумент друштва у финансијским тешкоћама изричито прихваћен само у четири случаја, иако је Комисија више пута разматрала да ли се неки од учесника у концентрацији налази у финансијским тешкоћама и да ли ће због тога бити приморан да изађе са тржишта. Оваква пракса показује да Комисија примењује строге критеријуме за примену овог аргумента и да се таква пракса није променила ни у условима светске финансијске кризе, када се очекивало да ће се повећати број концентрација чији учесници би као оправдање користили аргумент друштва у тешкоћама и да ће Комисија ублажити критеријуме за примену аргумента.⁴³⁶

⁴³⁴ Више о пракси америчких органа вид. Amanda L. Wait, „Surviving the Shipwreck: A Proposal to Revive the Failing Division Defense”, *William and Mary Law Review* 1/2003, Vol. 45, 429 и даље; Paul M. Laurenza, „Section 7 of the Clayton Act and the Failing Company: An Updated Perspective”, *Virginia Law Review* 5/1979, Vol. 65, 947 и даље; Roger G. Kaplan, „All the King's Horses and All the King's Men: The Failing Company Doctrine as a Conditional Defense to Section 7 of the Clayton Act”, *Hofstra Law Review* 3/1976, Vol. 4, 643 и даље; Bok C. Derek, „Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics”, *Harvard Law Review* 2/1960, Vol. 74, 339-347; Martin F. Connor, „Section 7 of the Clayton Act: The ‘Failing Company’ Myth”, *Georgetown Law Journal* 1/1960, Vol. 49, 84 и даље.

⁴³⁵ Вид. више Organisation for Economic Co-operation and Development, *Failing Firm Defence – OECD Roundtables on competition policy*, Paris 1996, 33-95.

⁴³⁶ Вид. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Roundtable on Failing Firm Defence 2009*, OECD, 2010, <http://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf>, 23. новембар 2013, 187-188; Kyriakos Fountoukakos, Lisa Geary, „Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defence? Some Thoughts in the Wake of *Nynas/Shell* and *Olympic/Aegean*“, *CPI Europe Column* December 20, 2013, 8 и 11.

Европска комисија је први пут дефинисала услове за примену аргумента друштва у финансијским тешкоћама у случају *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, када је и изричито прихватила аргумент као оправдање за пријављену концентрацију.⁴³⁷ Прихватајући све аргументе учесника у концентрацији, Комисија је одобрила концентрацију, иако је закључила да се њоме јача доминантан положај *Kali und Salz*. Комисија је сматрала да се концентрација може одобрити, јер, и у случају да је концентрација била забрањена, компанија *Kali und Salz* би ојачала свој доминантан положај. То значи да је снажније негативне ефекте на погоршање тржишне структуре имао нестанак компаније *MdK* са тржишта него сама концентрација (т. 95).

Комисија је, дакле, утврдила јасне критеријуме за прихватање овог аргумента, захтевајући од учесника у концентрацији да докажу следеће: да ће циљно друштво у блиској будућности бити приморано да изађе са тржишта уколико га не преузме други учесник на тржишту; да би друштво које стиче контролу након концентрације преузело тржишни удео циљног друштва и у случају да оно изађе са тржишта, а концентрација не буде спроведена; и да није могућа друга куповина која би имала мање негативне последице по конкуренцију (т. 71). Наведене услове касније је потврдио Суд правде, у пресуди којом је поништена одлука Комисије.⁴³⁸ Иако је одлука поништена, Суд правде је

⁴³⁷ Случај бр. IV/M. 308, одлука Комисије од 14.12.1993. године, *O. J.*, бр. L. 186/1994. Реч је о концентрацији у којој је компанија *Kali und Salz* купила немачку компанију *Mitteldeutsche Kali AG* (даље у тексту: *MdK*), са циљем обједињавања активности у производњи поташе и камене соли. Учесници у концентрацији су тврдили да је компанија *MdK* приморана да ускоро изађе са тржишта уколико је не преузме неко приватно друштво и да би тада њен тржишни удео преузела компанија *Kali und Salz* (т. 70. одлуке), као и да се може одбацити могућност да нека друга компанија (поред *Kali und Salz*) купи *MdK*, јер ниједан од заинтересованих купаца није спреман да то учини. Компанија *MdK* је иначе била под контролом институције *Treuhandanstalt*, задужене за реструктурирање и приватизацију државних предузећа бивше ДР Немачке.

⁴³⁸ Спојени предмети бр. C-68/94 и C-30/95, пресуда Суда од 31.03.1998. године, случај *French Republic and Société Commerciale des Potasses et de l'Azote and Entreprise Minière et Chimique v. Commission of the European Communities*, ECR 1998, I-1375. Након поништења одлуке, Комисија је 9. јула 1998. године донела одлуку којом је поново одобрила концентрацију између *Kali und Salz* и *MdK* (тзв. случај *Kali und Salz II*, *O.J.*, бр. C. 275/1998).

прихватио приступ Комисије и нагласио да је за примену аргумента потребно доказати да се спровођењем концентрације тржишна структура погоршава на сличан начин на који би била погоршана када концентрација не би била спроведена (т. 115. пресуде).

После случаја *Kali und Salz*, случај *BASF/Eurodiol/Pantochim* јесте следећи случај у којем је Комисија одобрила концентрацију изричитим позивањем на аргумент друштва у тешкоћама.⁴³⁹ Комисија је у овом случају утврдила нове критеријуме за употребу овог аргумента, сматрајући да постојећи критеријуми не могу да се примене као оправдање за пријављену концентрацију. Нови критеријуми су касније прихваћени и у Смерницама за оцену хоризонталних концентрација, тако да случај *BASF/Eurodiol/Pantochim* има важну улогу у развоју аргумента друштва у тешкоћама.⁴⁴⁰

Учесници у концентрацији прво су доказали да ће циљна друштва у блиској будућности бити приморана да напусте тржиште уколико их не преузме друштво *BASF*, пошто је било јасно да ће циљна друштва неизбежно изаћи са тржишта уколико их не преузме други учесник на тржишту (т. 144). Затим, учесници су доказали да није могућа друга куповина која би имала мање негативне последице по конкуренцију, пошто нико од заинтересованих купаца није био спреман да преузме циљна друштва и њихову имовину. Утврђено је да је друштво *BASF* једини купац, па је Комисија закључила да је испуњен и други услов за примену аргумента друштва у тешкоћама (т. 146-148).

Међутим, Комисија је сматрала да испуњавање прва два услова није довољно да се одбаци могућност да трећа лица стекну имовину циљних друштава

⁴³⁹ Случај бр. COMP/M. 2314, одлука Комисије од 11.07.2001. године, *O.J.*, бр. L. 132/2002.

⁴⁴⁰ Случај се односио на преузимање контроле над белгијским друштвима *Eurodiol* и *Pantochim*, која су пословала у хемијској индустрији и која су се у време нотификације налазила у тзв. предстечајном режиму (*concordat judiciaire*). Контролу над овим друштвима преузело је немачко привредно друштво *BASF*, које је тврдило да су испуњени услови за примену аргумента друштва у тешкоћама и да зато треба одобрити концентрацију. Полазећи од аргумената друштва *BASF*, Комисија је преиспитала постојеће услове и потврдила да у сваком случају мора доказати да ће спровођењем концентрације тржишна структура бити погоршана бар у истој мери у којој би била погоршана када концентрација не би била спроведена (т. 143. одлуке).

уколико она оду у стечај. Економски ефекти таквог стицања били би слични ефектима које би имало преузимање циљних друштава које би извршили други тржишни учесници (т. 141). То би значило да куповина имовине у стечајном поступку може имати мање негативне последице по конкуренцију, јер би био сачуван део конкурентне тржишне структуре уколико би друга лица била заинтересована за куповину имовине. Имовина не би била „изгубљена“ после стицања доминантног положаја учесника у концентрацији, што је повољније од спровођења концентрације, па концентрацију тада не би требало одобрити.

Зато је утврђен и трећи услов за примену аргумента друштва у финансијским тешкоћама – да ће имовина друштва у тешкоћама неизбежно изаћи са тржишта уколико концентрација не буде спроведена. Утврђивање овог услова било је неопходно зато што се није могло очекивати да друштво *BASF* преузме целе тржишне уделе друштава *Eurodiol* и *Pantochim* уколико она напусте тржиште. Комисија је заправо утврдила да би имовина циљних друштава изашла са тржишта и да би се због тога значајно погоршали тржишни услови, и то на штету потрошача (т. 149-151. и 156). Закључено је да нико не би хтео да купи имовину друштава *Eurodiol* и *Pantochim*, јер је изузетно скупа и представља ризик за животну средину, а истовремено се није могло очекивати да неко други купи делове имовине, јер би одвајањем од целине они постали нефункционални (т. 152-155).

На основу свега Комисија је закључила да се тржишна структура мање нарушава у случају концентрације него у случају њеног неспровођења, па је и одобрила концентрацију. Заправо, могло се очекивати да ће за потрошаче и преостале учеснике на тржишту тржишни услови после концентрације бити повољнији од услова који би настали када би имовина циљних друштава изашла са тржишта (т. 160. и 163).⁴⁴¹

⁴⁴¹ Више о наведеним случајевима и пракси Европске комисије вид. Ioannis Kokkoris, „Failing Firm Defence in the European Union: A Panacea for Mergers?“, *European Competition Law Review* 9/2006, 494 и даље; Emily F. Clarck, Celia E. Foss, „When the Failing Firm Defence Fails“, *Journal of European Competition Law and Practice* 4/2012, Vol. 3, 318 и даље; Antoine Winckler, „La théorie de l'entreprise défaillante 'Failing Firm Defense': une renaissance dans la crise?“, *Revue Lamy de la concurrence* 20(Juillet/Septembre)/2009, 11-15.

Након случаја *BASF/Eurodiol/Pantochim*, Европска комисија је одобрила само две концентрације применом аргумента друштва у тешкоћама. То су случајеви из 2013. године: *Nynas/Shell/Harburg Refinery*⁴⁴² и *Aegean/Olympic II*⁴⁴³.

Случај *Nynas/Shell/Harburg Refinery* се односи на повезивање нафтних компанија *Nynas* и *Shell*, на тржишту специјалних нафтенских уља (базна, процесна и трансформаторска уља). Шведска компанија *Nynas* је добила одобрење да преузме погоне компаније *Shell* за производњу базних уља у склопу њене рафинерије *Harburg* у Немачкој, након чега ће постати једини произвођач специјалних нафтенских уља на тржишту ЕЕП. Једини конкурент ће јој бити америчка нафтна компанија *Ergon*, која је ушла на тржиште ЕЕП 2008. године. Куповином имовине компаније *Shell*, компанија *Nynas* стиче скоро монополски положај, али је Европска комисија ипак одобрила концентрацију, јер је испитивање концентрације показало да би рафинерија *Harburg* вероватно била затворена уколико концентрација не би била спроведена и да би на тај начин конкуренција била знатно нарушена.

Компанија *Shell* је доказала да је пословање њене рафинерије економски неодрживо и да ће је због тога затворити, као и то да, осим компаније *Nynas*, не постоје алтернативни купци имовине рафинерије, што је значило да ће се број конкурената на тржишту свакако смањити и да концентрација има мање негативне последице на конкуренцију од затварања рафинерије *Harburg*. Због изласка рафинерије и њене имовине са тржишта, била би у великој мери смањена производња специјалних нафтенских уља у Европи, што би условило повећање цена на тржишту. Спровођење концентрације био је, дакле, једини начин да се избегне повећање цена за потрошаче, тако да је Европска комисија одобрила концентрацију употребом аргумента друштва у тешкоћама.⁴⁴⁴

У случају *Aegean/Olympic II*, одобрено је повезивање две највеће грчке авиокомпаније – *Olympic Air* и *Aegean Airlines*, јер је Европска комисија

⁴⁴² Случај бр. COMP/M.6360, одлука од 2.09.2013.

⁴⁴³ Случај бр. COMP/M.6796, одлука од 9.10.2013.

⁴⁴⁴ Вид. European Commission – Press Release, *Mergers: Commission approves acquisition of Shell's Harburg refinery assets by Nynas AB of Sweden*, бр. IP/13/804, 2.09.2013.

закључила да би компанија *Olympic Air* у блиској будућности била приморана да изађе са тржишта због финансијских тешкоћа уколико је компанија *Aegean Airlines* не преузме, а да би компанија *Aegean Airlines* у том случају постала једини значајан домаћи авиопревозник и да би преузела тржишни удео компаније *Olympic Air*. Компанија *Olympic Air* би у сваком случају нестала са тржишта као конкурент компаније *Aegean Airlines*, тако да концентрација не нарушава конкуренцију више него што је нарушава излазак компаније *Olympic Air* са тржишта.⁴⁴⁵

Испитивање концентрације је показало да не постоји алтернативно преузимање које мање утиче на нарушавање конкуренције, да улазак нових учесника на тржиште у непосредној будућности није вероватан, а да је услед финансијских тешкоћа скоро затварање компаније *Olympic Air* неминовно. Након приватизације 2009. године, компанија *Olympic Air* није никада било профитабилна и примала је знатну финансијску подршку свог јединог власника, групације *Marfin Investment Group*. Ова групација је зато одлучила да прекине са давањем подршке грчкој авиокомпанији и да је у кратком периоду затвори, уколико је не прода компанији *Aegean Airlines*. Отуда је Европска комисија одлучила да одобри концентрацију, након што је закључила да ће затварање авиокомпаније имати веће негативне последице на конкуренцију него спровођење концентрације.⁴⁴⁶

У Републици Србији, Комисија за заштиту конкуренције је у једном случају разматрала примену аргумента друштва у тешкоћама, и том приликом је одбила његову примену, иако је условно одобрила концентрацију привредних друштава

⁴⁴⁵ Европска комисија је већ раније испитивала повезивање две највеће грчке авиокомпаније, али је одлуком из 2011. године забранила наведено повезивање сматрајући да се тиме значајно нарушава конкуренције на јединственом тржишту ЕУ. Европска комисија је тада закључила да нису испуњени услови за примену аргумента друштва у тешкоћама и да учесници у концентрацији нису успели да докажу предвиђене услове. Вид. случај *Olympic/ Aegean Airlines* (бр. COMP/M.5830, одлука од 26.01.2011, т. 1810-2120).

⁴⁴⁶ Вид. European Commission – Press Release, *Mergers: Commission approves acquisition of Greek airline Olympic Air by Aegean Airlines*, бр. IP/13/927, 9.10.2013.

Deutsche Lufthansa и *Austrian Airlines*.⁴⁴⁷ Приликом одлучивања о концентрацији, Комисија је разматрала наводе учесника да је друштво *Austrian Airlines* последњих година имало потешкоћа у пословању имајући у виду релативно мало домаће тржиште и оштру конкуренцију од стране *low cost* и других компанија. Према тим наводима, дешавања на светском тржишту у време светске финансијске кризе допринела су да циљно друштво доспе у тешку финансијску ситуацију. Друштво *Austrian Airlines* је у 2008. години имало велике губитке, па је по налазима Европске комисије проглашено за „привредног субјекта у тешкоћама“. Користи које је друштво *Austrian Airlines* остваривало овом концентрацијом јесу уштеде у пословању, побољшан приступ међународним путничким токовима и спречавање стечаја овог друштва. Истовремено, друштво *Lufthansa* је имало намеру да након завршетка финансијске кризе друштво *Austrian Airlines* постане знатно ефикаснија авио компанија, посебно за дестинације источне Европе и Блиског истока.

Узимајући у обзир наводе учесника у концентрацији, Комисија није прихватила као аргумент за одбрану концентрације наводе да је циљно друштво *Austrian Airlines* „привредни субјект у тешкоћама“, сматрајући да не постоје докази да је друштво *Lufthansa*, као стизалац контроле, било једини заинтересовани понуђач за куповину циљног друштва.⁴⁴⁸ Утврђивање овог услова односи се на непостојање могућности друге куповине која би имала мање негативне последице по конкуренцију, што према одлуци Комисије није доказано. У одлуци се, међутим, не говори ништа о доказима да ће имовина циљног друштва неминовно изаћи са тржишта уколико концентрација не буде спроведена, а што је неопходан услов за примену аргумента.

Може се, дакле, закључити да се Комисија руководи праксом која постоји у ЕУ и да се придржава услова који су утврђени у Смерницама за оцену хоризонталних концентрација, иако се у наведеном случају то изричито не наводи. Било би зато веома корисно када би Комисија у посебним смерницама

⁴⁴⁷ Случај *Deutsche Lufthansa AG/Austrian Airlines AG*, бр. 6/0-02-114/09, одлука Комисије од 17. јула 2009. године.

⁴⁴⁸ Вид. одлуку Комисије, став IV – Оцена ефеката концентрације.

или упутству утврдила услове за примену аргумента, како би се тиме умањила правна несигурност.

То би било боље решење од постојеће могућности да се о друштву у тешкоћама води рачуна приликом свеобухватне оцене ефеката концентрације на конкуренцију, тако што се концентрација чији учесник је друштво у тешкоћама оцењује без посебних критеријума, на основу процене јачине ефеката које спровођење концентрације и забрана концентрације имају на конкуренцију. Утврђивање услова за примену аргумента друштва у тешкоћама доприноси правној сигурности учесника на тржишту, па се такво решење чини оправданим. У том смислу се постојање аргумента чини бољим решењем и од могућности да се ове концентрације бране аргументом економске ефикасности (с обзиром на користи од спровођења концентрације), јер се услови за примену аргумента економске ефикасности ипак специфични и не одражавају у потпуности смисао аргумента друштва у тешкоћама. Зато се приликом оцене ових концентрација води само рачуна о ефектима концентрације на конкуренцију, будући да би се забраном концентрације и одласком друштва у тешкоћама у стечај изгубио један конкурент и можда његова имовина и тиме ослабила конкуренција на тржишту.

У академским радовима постоје мишљења да је аргумент друштва у тешкоћама, с обзиром на начин на који је уређен у праву ЕУ и с обзиром на праксу Европске комисије, непотребан и да га не би требало примењивати на тај начин. Полази се од тога да се свака концентрација процењује на основу узрочно-последичне везе између концентрације и угрожавања конкуренције, а да је постојање узрочне везе један од критеријума за примену аргумента, па се поставља питање зашто се онда утврђују посебни услови за примену аргумента, ако се и оваква концентрација може одобрити ако не постоји узрочна веза између концентрације и угрожавања концентрације, чак и када нису испуњени услови за примену аргумента.⁴⁴⁹

Међутим, иако се овакво мишљење чини оправданим, постојање посебних, додатних услова за примену аргумента ипак се може бранити разлозима правне сигурности, посебно због тога што у супротном, учесници у оваквим

⁴⁴⁹ Вид. G. Monti (2007b), 539.

концентрацијама морају да доказују да су негативни ефекти изласка друштва са тржишта снажнији од негативних ефеката које спровођење концентрације има на конкуренцију. Спровођење овакве концентрације нарушава конкуренцију, што значи да између концентрације и нарушавања конкуренције постоји узрочно-последична веза, па учесници у концентрацији не би могли да доказују да узрочна веза не постоји, већ само да спровођење концентрације мање утиче на нарушавање конкуренције. Зато се постојање посебних услова за примену аргумента друштва у тешкоћама чини сврсисходним, јер, уколико су испуњени услови за примену овог аргумента, онда се претпоставља да концентрација мање нарушава конкуренцију од изласка друштва са тржишта, па се концентрација може одобрити. Отуда се у Смерницама ЕУ за оцену хоризонталних концентрација и указује на то да ће се у том случају сматрати да концентрација „није узрок“ погоршања тржишне структуре, иако она то заправо јесте, али у мањој или бар истој мери у којој би била погоршана када концентрација не би била спроведена. Оваквој дилеми доприноси и пракса Европске комисије у примени аргумента и њена прагматичност у том погледу, будући да је Комисија у одређеним случајевима дозволила концентрације на основу свеобухватне оцене концентрације, сматрајући да нема узрочне везе између концентрације и угрожавања концентрације, иако је претходно утврдила да нису испуњени услови за примену аргумента.⁴⁵⁰

3.5.2. Услови за примену аргумента друштва у тешкоћама

Усвајањем Смерница за оцену хоризонталних концентрација, Европска комисија је изричито прописала услове за примену аргумента, који су у ствари резултат вишегодишњег искуства у његовој примени. Према Смерницама,

⁴⁵⁰ Вид. G. Monti (2007), 539. Вид. случајеве *Deloitte & Touche/Andersen UK* (бр. COMP/M.2810, одлука Комисије од 1.07.2002), *Ernst & Young France/Andersen France* (бр. COMP/M.2816, одлука од 5.09.2002), *Ernst & Young/Andersen Germany* (бр. COMP/M.2824, одлука од 27.08.2002). Више G. Monti (2007), 539-540; Antonio Bavasso, Alistair Lindsay, „Causation in EC Merger Control“, *Journal of Competition Law and Economics* 2/2007, Vol. 3, 196.

основни услов је да учесници у концентрацији докажу да концентрација није узрок погоршања тржишне структуре, односно да ће се структура погоршати бар у истој мери у којој би била погоршана када концентрација не би била спроведена (т. 89). То значи да је потребно утврдити да ли ће се спровођењем концентрације конкуренција погоршати у односу на стање које би настало у случају нестанка са тржишта неуспешног друштва, односно да ли ће спровођење концентрације имати повољније или бар неутралне ефекте на конкуренцију.⁴⁵¹ На основу процене ефеката које на конкуренцију имају и спровођење концентрације и престанак друштва у тешкоћама, надлежно тело може, дакле, одобрити концентрацију ако утврди да би позитивни ефекти такве концентрације преовладала у односу на негативне ефекте или ако бар не би довели до погоршања тржишне структуре, односно ако утврди да ће се забраном концентрације и нестанком друштва у тешкоћама тржишна структура више погоршати него у случају спровођења концентрације.

Као посебно важни за примену аргумента друштва у финансијским тешкоћама, у Смерницама су истакнута три критеријума која Комисија узима у обзир приликом утврђивања да ли је концентрација узрок погоршања тржишне структуре (т. 90).

Први услов се односи на доказивање да ће друштво у блиској будућности било приморано да због финансијских тешкоћа напусти тржиште уколико га не преузме други учесник на тржишту. То значи да учесници у концентрацији морају доказати да друштво у тешкоћама неће бити у могућности да испуњава своје финансијске обавезе у блиској будућности.⁴⁵² Није неопходно да је друштво инсолвентно и да испуњава услове за покретање стечајног поступка, али ни сама чињеница да друштво остварује губитке не значи да је оно заиста „друштво у

⁴⁵¹ Слично и Vincenzo Vaccaro, „Failing firm Defence and Lack of Causality: Doctrine and Practice in Europe of two Closely Related Concepts“, *European Competition Law Review* 1/2004, 11; Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotiћ Kaufman, „Оцјена концентрација подuzетника према критерију опадајућег пословања у доба рецесије“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 4/2011, Vol. 61, 1257-1258.

⁴⁵² OECD (2010), 183.

тешкоћама“,⁴⁵³ односно да има такве финансијске проблеме због којих је приморано да напусти тржиште. Могуће је да је његово финансијско стање такво да се налази у непосредној опасности од финансијског колапса или да се са сигурношћу може очекивати да ће друштво постати инсолвентно, односно да је вероватно да ће стечајни поступак бити покренут уколико концентрација не буде спроведена, што се сматра испуњавањем овог услова.⁴⁵⁴

У сваком конкретном случају, на основу финансијских извештаја друштва у тешкоћама, мора се спровести анализа свих аспеката пословања друштва, која обухвата процену ликвидности, солвентности, профитабилности и конкурентности друштва, како би се утврдило да ли ће друштво заиста отићи у стечај и да ли ће изаћи са тржишта уколико концентрација не буде спроведена.⁴⁵⁵ То је потврда да се друштво не налази у пролазним тешкоћама и да оно није одрживо на дуги рок. На овај начин се проверава да ли се друштво у тешкоћама спасава концентрацијом и да ли је то једини начин да превазиђе тешкоће у којима се налази.

Други услов за примену аргумента јесте непостојање могућности друге куповине која би имала мање негативне последице по конкуренцију. На овај начин се води рачуна о томе да ли је предложена концентрација решење које представља најмању опасност по конкуренцију, а пошто се ради о концентрацији која би могла значајно угрозити конкуренцију, она се мора забранити ако алтернативне куповине представљају повољније решење за конкуренцију.

Да би се утврдило непостојање алтернативних понуда, није довољно да друштво у тешкоћама само изрази своје намере о продаји, већ мора активно учествовати у проналажењу потенцијалних купаца. Оно мора уложити све напоре да започне преговоре са другим купцима и показати да ниједан од контактираних тржишних учесника није заинтересован за куповину или да није у могућности да упути понуду. У том смислу се морају навести тржишни учесници са којима је

⁴⁵³ Carl Shapiro, „Competition Policy in Distressed Industries”, U.S. Department of Justice, 2009, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245857.pdf>, 23. јануар 2013, 21.

⁴⁵⁴ Вид. OECD (2010), 184; V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, 1263.

⁴⁵⁵ Вид. OECD (2010), 184.

контактирано, околности под којима су вођени преговори, резултати тих преговора и сл.⁴⁵⁶ Уколико се утврди да постоје алтернативни купци, потребно је доказати да њихове понуде представљају већу опасност за конкуренцију од предложене концентрације.

Трећи услов за примену аргумента, утврђен у случају *BASF/Eurodiol/Pantochim*, односи се на доказивање да ће имовина друштва у тешкоћама, тј. капацитети друштва неминовно изаћи са тржишта уколико концентрација не буде спроведена. На овај начин се утврђује да ли ће друштво у тешкоћама у потпуности нестати са тржишта и да ли се тиме губе капацитети за производњу у посматраној грани, будући да престанак обављања привредне делатности због изласка друштва са тржишта не значи да ће и имовина друштва изаћи са тржишта. Потребно је заправо утврдити да ли је вероватно да ће имовина друштва у тешкоћама остати на тржишту у њеној тренутној употреби или ће после стечаја или ликвидације бити премештена и ефикасније употребљена.⁴⁵⁷

Постојање могућности да други учесници на тржишту, у потпуности или делимично, стекну имовину у стечајном или ликвидационом поступку значи да ће она остати на тржишту и на тај начин се користити упркос престанку постојања друштва у тешкоћама. То би могло имати исте (или чак повољније) ефекте по конкуренцију као и преузимање друштва у тешкоћама, па концентрацију не би требало одобрити. Уколико се утврди да ће имовина друштва нестати са тржишта, концентрацију треба одобрити, јер би се због губитка те имовине (капацитета) променили тржишни услови, и то на штету потрошача.

Пошто губитак имовине са тржишта означава потпуни губитак учесника са тржишта, могло би се закључити да приликом оцене концентрације није важно одговорити на питање шта ће бити са *друштвом у тешкоћама*, него шта ће бити са његовом имовином уколико концентрација не буде спроведена.⁴⁵⁸ На ово питање нарочито је битно одговорити ако друштво поседује вредну и разноврсну

⁴⁵⁶ Вид. *ibid.*

⁴⁵⁷ Вид. *ibid.*

⁴⁵⁸ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson/West, Saint Paul 2005, 552.

имовину која се може користити на различите начине (нпр. постројења, опрему, права индустријске својине, робне марке и др.), а која достиже највишу вредност при тренутној употреби. У таквим околностима, имовина друштва вероватно неће изаћи са тржишта, чак и ако друштво није у могућности да испуњава своје финансијске обавезе у блиској будућности, јер су за њу заинтересовани бројни учесници на тржишту. Отуда се примена аргумента друштва у финансијским тешкоћама може сматрати ефикасном ако се спровођењем концентрације задржава вредна имовина која би нестала са тржишта уколико концентрација не би била спроведена.⁴⁵⁹

3.5.3. *Failing division defence*

Пракса ЕУ познаје могућност да се на аргумент друштва у тешкоћама позове и друштво у тешкоћама које припада групи друштава (зависно друштво, подружница), а не друштво или група у целини (*failing division defence*), иако Смернице о хоризонталним концентрацијама не предвиђају овакву могућност. Проширење примене аргумента на друштво које припада групи друштава оправдава се економским разлозима, пошто би негирање ове могућности приморало матично друштво или да задржи подружницу која би наставила да послује са губицима или да ту подружницу затвори, иако би након концентрације други учесник на тржишту можда успешно управљао подружницом.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ *Ibid.* Зато се може прихватити мишљење да је развој аргумента друштва у тешкоћама борба да се одговори на питање који од два нежељена исхода толерисати – губитак имовине или повећање концентрације на тржишту (вид. Edward O. Correia, „Re-Examining the Failing Company Defense”, *Antitrust Law Journal* 3/1996, Vol. 64, 683). То је у извесном смислу примена принципа „да се од два зла изабере мање“, према којем се могуће угрожавање конкуренције због концентрације сматра погоднијим решењем од штетних ефеката које може изазвати престанак друштва у тешкоћама. Вид. случај *United States v. General Dynamics*, одлука Врховног суда САД, 507 (*United States v. General Dynamics Corp.*, vol. 415 (1974) U.S. Supreme Court, 486).

⁴⁶⁰ Thomas J. Campbell, „Efficiency of the Failing Company Defense”, *Texas Law Review* 2/1984, Vol. 63, 255.

Комисија је међутим више пута истакла да се у случају употребе аргумента друштва у тешкоћама које је део групе морају испунити посебно строги услови да би се концентрација на тај начин оправдала, јер би се у супротном било која концентрација која се односи на напуштање непрофитабилне делатности могла оправдати наводима продавца (контролног друштва) да ће затворити своје зависно друштво које послује у тој области уколико концентрација не буде спроведена. Престанак зависног друштва не сме бити последица стратешке одлуке контролног друштва да се повуче са тржишта због неиспуњених очекивања управе друштва, ако је истовремено цела група финансијски стабилна и не налази се у финансијским тешкоћама.⁴⁶¹ Контролно друштво мора бити приморано да то учини само због финансијских тешкоћа зависног друштва. То значи да је за примену аргумента друштва у тешкоћама које припада групи друштава потребно анализирати финансијско стање зависног друштва и да ли се оно налази у тешкоћама, а не група у целини. У већ поменутих случајевима *Nynas/Shell/Harburg Refinery* и *Aegean/Olympic II*, Европска комисија је дозволила повезивање учесника на тржишту управо применом аргумента друштва у тешкоћама које припада групи друштава.

3.5.4. Значај аргумента

С обзиром на то да се аргумент друштва у финансијским тешкоћама може прихватити само ако се утврди да ће друштво и његова имовина нестати са тржишта ако концентрација не буде реализована, примена аргумента има велики значај, који нарочито долази до изражаја у време рецесије. Његовим прихватањем се омогућава реализовање концентрације којом се спасава друштво у финансијским тешкоћама и тако спречава настајање негативних последица изазваних затварањем друштва – чувају се радна места, задржава се имовина која

⁴⁶¹ Вид. случајеве *Bertlesmann/Kirch/Premiere* (бр. IV/M993, одлука Европске комисије од 27.05.1998, *O.J.*, бр. L. 53/1999, т. 70-76), *Rewe/Meinl* (бр. IV/M1221, одлука од 3.02.1999, *O.J.*, бр. L. 274/1999, т. 62-69), *Newscorp/Telepiù* (бр. COMP/M2876, одлука од 2.04.2003, *O.J.*, бр. L. 110/2004, т. 205-221).

би иначе изашла са тржишта, а истовремено се доприноси увећању економске ефикасности.⁴⁶²

Ипак, приликом одлучивања о прихватању аргумента, надлежно тело не узима у обзир користи од спровођења концентрације за друштвену заједницу, као ни допринос концентрације увећању ефикасности, јер аргумент се може прихватити само ако су испуњени прецизно одређени услови за његову примену. Уколико није испуњен неки од предвиђених услова, концентрација се не може оправдати овим аргументом, али се користи од спровођења концентрације и спасавања друштва могу узети у обзир приликом свеобухватне анализе утицаја концентрације на конкуренцију. Употребом аргумента се на посебан начин доказује да концентрација мање утиче на нарушавање конкуренције него што на нарушавање утиче излазак друштва са тржишта, а не да ће се спасавањем друштва нпр. сачувати радна места која би била изгубљена затварањем друштва у тешкоћама.⁴⁶³

Отуда Смернице о хоризонталним концентрацијама и не спомињу наведене користи од спасавања друштва, па су и постојећи услови изузетно строги и прецизно одређени. Њихово прописивање је усмерено ка томе да се покаже да је друштво заиста у таквим тешкоћама да је спровођење концентрације једини начин да се тешкоће превазиђу и да се имовина друштва задржи на тржишту, а да концентрација истовремено представља најмању опасност за конкуренцију.

4. ПОСТУПАК ИСПИТИВАЊА КОНЦЕНТРАЦИЈЕ

После подношења захтева за одобрење концентрације, односно пријаве концентрације, тело надлежно за заштиту конкуренције приступа испитивању

⁴⁶² У академским радовима се сматра да је аргумент друштва у тешкоћама вероватно први пут употребљен (у праву САД) због заштите поверилаца, власника или акционара малих акционарских друштава и запослених у тим друштвима, односно да би се омогућила дистрибутивна правда. Вид. Н. Hovenkamp, 551-552; Irene R. Diamant, „The Failing Company Doctrine since General Dynamics: More Than Excess Baggage”, *Fordham Law Review* 5/1979, Vol. 47, 886.

⁴⁶³ Исто и G. Monti (2007), 534.

концентрације и дужно је да у прописаним роковима оцени последице намераване концентрације и донесе одлуку о њеној дозвољености. Поступак по пријави концентрације покреће се и води по захтеву учесника у концентрацији који је поднео пријаву, а обично се спроводи у две фазе.

У првој фази испитивања, у тзв. скраћеном поступку, врши се својеврсно одвајање оних концентрација за које је очигледно да неће нарушити конкуренцију од концентрација за које је потребно спровести испитни поступак како би се утврдило да ли нарушавају конкуренцију. Уколико се може основано сматрати да концентрација задовољава критеријуме за одобрење, због тога што је јасно да се концентрацијом не стиче доминантан положај или да нема знатне промене у структури тржишта, доноси се одлука којом се одобрава концентрација.

Уколико, међутим, већ на почетку поступка или после краћег испитивања, постоји озбиљна сумња да би концентрација могла значајно нарушити конкуренцију, спроводи се друга фаза испитивања, тзв. испитни поступак, како би се, у циљу свеобухватне оцене ефеката концентрације, прикупиле додатне информације и обавиле додатне правно-економске анализе. За разлику од скраћеног поступка, када се, осим одлуке о покретању испитног поступка, може донети само одлука којом се (условно) одобрава концентрација, у испитном поступку могу се донети следеће мериторне одлуке: одлука којом се одобрава концентрација, одлука којом се концентрација условно одобрава или одлука којом се концентрација забрањује.

4.1. Поступак који спроводи Комисија за заштиту конкуренције

У поступку контроле концентрација пред Комисијом за заштиту конкуренције примењују се посебне одредбе Закона о заштити конкуренције и правила општег управног поступка, уколико Законом о заштити конкуренције није другачије прописано.⁴⁶⁴ Примена правила Закона о општем управном поступку примењују се, дакле, на сва процесна питања која нису уређена Законом о заштити конкуренције.

⁴⁶⁴ Вид. чл. 34. ЗЗК.

Пошто је поступак контроле концентрација управни поступак, примењују се скоро сва основна начела општег управног поступка (нпр. начело законитости, начело заштите права грађана и заштите јавног интереса, начело ефикасности, начело истине, начело саслушања странке, начело оцене доказа, начело самосталности у решавању, начело правноснажности решења). Велики значај у поступку има начело заштите јавног интереса, будући да Комисија мора да штити јавни интерес који се огледа у очувању или успостављању конкуренције на тржишту, а начело економичности се остварује применом бројних одредаба којима се убрзава поступак контроле и не стварају додатни трошкови и ограничења за учеснике у концентрацији, посебно доношењем одлуке о концентрацији у скраћеном поступку. Начело двостепености у решавању (право на жалбу) ограничено је, пошто против решења Комисије није дозвољена жалба, а против тих решења могуће је водити управни спор. Жалба се може изјавити само против закључака које доноси Комисија.

Поступајући по пријави, Комисија прво утврђује да ли концентрација подлеже контроли, тј. да ли испуњава услове који се односе на годишње приходе учесника у концентрацији. Уколико прописани услови нису испуњени, Комисија ће одбацити захтев закључком који доноси председник Комисије. Ако концентрација подлеже контроли, Комисија наставља поступак. Комисија ће закључком одбацити пријаву и ако подносилац не изврши допуну непотпуне пријаве по налогу Комисије, односно ако у допунском року не допуну поднету пријаву, која не садржи све податке и прилоге прописане Уредбом о садржини и начину подношења пријаве концентрације.⁴⁶⁵

Комисија је дужна да, у року од месец дана од дана пријема потпуне пријаве, донесе или решење којом се концентрација безусловно одобрава у скраћеном поступку или закључак о спровођењу испитног поступка којим се

⁴⁶⁵ Вид. чл. 65, ст. 4. ЗЗК. За издавање решења по пријави концентрације, подносилац плаћа таксу у висини утврђеној Тарифником такси који доноси Комисија, уз сагласност Владе Републике Србије. Ако се пријава концентрације одбаци због тога што не испуњава услове који се односе на годишње приходе учесника у концентрацији, такса се не плаћа, односно враћа се подносиоцу. Вид. чл. 65, ст. 5-6. ЗЗК.

покреће поступак испитивања концентрације по службеној дужности.⁴⁶⁶ У случају спровођења поступка испитивања концентрације, Комисија је дужна да донесе решење у року од четири месеца од дана покретања поступка по службеној дужности. Ако у прописаном року Комисија не донесе решење у скраћеном поступку, односно ако не донесе решење у поступку испитивања концентрације по службеној дужности (којим се она одобрава или забрањује) сматра се да је концентрација одобрена, па учесници могу да спроведу концентрацију.⁴⁶⁷

Оваквим решењем се одступа од уобичајеног правила управног права, према којем се „ћутање управе“ изједначава са одбијањем захтева странке.⁴⁶⁸ На тај начин се обезбеђује правна сигурност у поступку контроле и спречавају ситуације у којима би пропуштање Комисије да донесе решење о концентрацији негативно утицало на пословање учесника на тржишту, будући да је за њих благовремено доношење решења изузетно важно. Супротно правило би могло дестимулисати учеснике на тржишту и унети неизвесност у њихово пословање,

⁴⁶⁶ Изменама ЗЗК из 2013. године јасно је утврђено да се рок за доношење одлуке у скраћеном поступку рачуна од дана подношења уредно поднете (*потпуне*) пријаве, чиме се отклањају недоумице које су постојале у пракси, јер је било нејасно од када се рачуна рок за доношење одлуке. Комисија је и до сада рачунала рок од дана подношења потпуне пријаве, а у једном свом мишљењу је и прецизирала да се рок за доношење одлуке рачуна од дана подношења допуне пријаве, и да се пријава може закључком одбацити уколико подносилац пријаве не уреди своју пријаву у року који је Комисија утврдила. Вид. Мишљење о примени чл. 63. у вези чл. 65. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 51/09), од 01. 12. 2009, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/07/Misljenje-cl.-63-u-vezi-cl.pdf>, 29. децембар 2009. Изменама ЗЗК је утврђено и да ће Комисија закључком одбацити пријаву ако подносилац не изврши допуну непотпуне пријаве по налогу Комисије.

⁴⁶⁷ Вид. чл. 65, ст. 2. ЗЗК.

⁴⁶⁸ Према чл. 208, ст. 2. ЗУП, ако орган против чијег је решења допуштена жалба не донесе решење и не достави га странци у прописаном року, странка има право на жалбу као да је њен захтев одбијен, а ако жалба није допуштена, странка може непосредно покренути управни спор. Одступање од општих правила управног права огледа се и у погледу рока у којем управни орган мора да донесе решење, будући да је, у случајевима одређеним законом, орган дужан да донесе решење и достави га странци најдоцније у року од два месеца, ако посебним законом није одређен краћи рок. То значи да је рок у којем Комисија за заштиту конкуренције мора да донесе решење дужи од рока који је предвиђен Законом о општем управном поступку. Вид. чл. 208, ст. 1. ЗУП.

посебно због тога што се у упоредном праву у поступку контроле концентрација примењује правило према којем се сматра да је концентрација одобрена уколико тело надлежно за заштиту конкуренције пропусти да донесе одлуку у утврђеним роковима.

Комисија за заштиту конкуренције може одлучивати о пријави концентрације у скраћеном поступку или у поступку испитивања концентрације по службеној дужности, у оквиру којег се спроводи испитни поступак. У скраћеном поступку, Комисија може донети решење непосредно, без спровођења испитног поступка, ако на основу поднетих доказа и других чињеница познатих Комисији, може основано да се претпостави да пријављена концентрација испуњава услове за дозвољеност концентрације, осим ако се утврде или стекну услови за вођење поступка испитивања концентрације по службеној дужности. Решење у том случају доноси председник Комисије. Испитивање концентрације се спроводи ако током испитивања пријаве концентрације Комисија утврди да заједнички тржишни удео учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије износи најмање 40% или ако основано претпостави да концентрација не испуњава услове да буде одобрена.⁴⁶⁹ Поступак контроле концентрација се тада наставља по службеној дужности на основу закључка који доноси председник Комисије, а окончава се решењем о концентрацији које доноси Савет Комисије.⁴⁷⁰

Пре него што донесе решење о дозвољености концентрације, Комисија мора да обавести учеснике у концентрацији о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење и позвати их да се изјасне у

⁴⁶⁹ Вид. чл. 62. ЗЗК. Детаљније испитивање концентрације се под наведеним условима може спровести и у случају када је поступак контроле концентрација покренут по службеној дужности. Вид. чл. 35, ст. 1, у вези са чл. 62. ЗЗК.

⁴⁷⁰ Према чл. 22. ЗЗК, органи Комисије су Савет Комисије и председник Комисије. Савет Комисије доноси све одлуке и акте о питањима из надлежности Комисије, ако Законом о заштити конкуренције и Статутом Комисије није другачије прописано, а председник Комисије представља и заступа Комисију, доноси одлуке, односно обавља друге послове у складу са законом и Статутом. То значи да решење о концентрацији доноси Савет, будући да Законом ово питање није посебно уређено, па се мора применити опште правило. Слично и Љубодраг Пљакић, „Нека процесна питања Закона о заштити конкуренције“, *Право и привреда* 7-9/2010, 303.

остављеном року.⁴⁷¹ Обавезно обавештавање странке о битним чињеницама (*statement of objection*) представља значајну новину у Закону о заштити конкуренције, унету изменама из 2013. године, која је у складу са правилима ЕУ и са праксом која постоји у упоредном праву. Тиме се учесницима у концентрацији омогућава да се упознају са чињеницама на којима ће се заснивати одлука о концентрацији и евентуално предложи извођење нових доказа, доставе нове податке, изнесу аргументе за одбрану концентрације и сл., уколико се покаже да би концентрација могла бити забрањена. Ово обавештење има посебну улогу у случају условног одобрења концентрације, када учесник у концентрацији може да се изјасни и предложи посебне услове које је спреман да прихвати како би концентрација могла бити одобрена.⁴⁷²

Комисија ће решењем одобрити ону концентрацију која испуњава услове да буде одобрена, тј. ако проценом потенцијалних ефеката концентрације утврди да концентрација неће значајно нарушити конкуренцију. Ако се утврди да би концентрација значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја, Комисија ће решењем забранити концентрацију.

Поступак контроле концентрације пред Комисијом може се поновити под условима прописаним правилима општег управног поступка, као и због повреде условног одобрења концентрације. Тиме је Комисији омогућено да нпр. укине или поништи решење о одобрењу концентрације које је засновано на нетачним или неистинитим подацима или ако учесници у концентрацији не испуњавају обавезе из одлуке којом је концентрација условно одобрена.

Ако Комисија прими предлог за понављање поступка, дужна је да испита да ли је предлог благовремен, да ли га је поднело овлашћено лице и да ли је околност на којој се предлог заснива учињена вероватном. Ако ти услови нису

⁴⁷¹ Чл. 38, ст. 2. ЗЗК.

⁴⁷² Претходно обавештавање учесника у концентрацији о чињеницама одраз је начела заштите права грађана и заштите јавног интереса и начела саслушања странке која важе у општем управном поступку.

испуњени, Комисија ће својим закључком одбацити предлог за понављање поступка, а ако су услови испуњени, Комисија ће испитати да ли су околности, односно докази који се износе као разлог за понављање поступка такви да би могли довести до друкчијег решења, па ако утврди да нису, одбиће предлог својим решењем. Ако Комисија не одбаци нити одбије предлог за понављање поступка, донеће закључак да се понављање поступка дозволи и одредиће у ком обиму ће се поступак поновити. Уколико је Комисија покренула поступак понављања по службеној дужности, донеће закључак којим се понављање дозвољава ако претходно утврди да су за понављање испуњени законски услови.⁴⁷³

На основу података прибављених у ранијем и у поновљеном поступку, Комисија ће донети ново решење поводом решења о дозвољености концентрације, и њиме може решење, које је било предмет понављања поступка, оставити на снази или га заменити новим. У случају замене решења с обзиром на све чињенице и околности, Комисија може раније решење поништити или укинути.⁴⁷⁴

4.2. Поступак који спроводи Европска комисија

Европска комисија врши оцену дозвољености концентрације после подношења уредне пријаве и такође прво утврђује да ли се на концентрацију примењује Уредба ЕУ о концентрацијама, односно да ли концентрација испуњава услове европске димензије. Ако Европска комисија утврди да концентрација нема европску димензију, доноси се одлука да се на концентрацију не примењује Уредба о концентрацијама, па се поступак практично обуставља. Ако концентрација има европске димензије и ако се на њу примењује Уредба ЕУ о концентрацијама, Европска комисија наставља поступак и приступа оцени дозвољености концентрације.

⁴⁷³ Вид. чл. 246-247. ЗУП.

⁴⁷⁴ Вид. чл. 248. ЗУП.

Поступак испитивања концентрације се може одвијати у две фазе, у зависности од тога каква је одлука донета у првој фази. Прва фаза (претходни поступак) мора се окончати у року од 25 радних дана од дана пријема потпуне пријаве, односно дана који се сматра даном пријема пријаве, с тим што рок може бити продужен до 10 радних дана ако се нека од земаља чланица позвала на тзв. немачку клаузулу или ако учесници у концентрацији предложе да ће испунити одређене услове како би концентрација била условно одобрена.⁴⁷⁵ У наведеном року, Европска комисија мора да утврди да ли се на концентрацију примењује Уредба ЕУ о концентрацијама, а ако утврди да концентрација подлеже контроли, онда мора да утврди да ли концентрација изазива озбиљну сумњу да ће нарушити конкуренцију. У складу са тим, могу се донети следеће одлуке: одлука да се на концентрацију не примењује Уредба ЕУ о концентрацијама, одлука којом се (условно) одобрава концентрација или одлука о покретању друге фазе поступка. Ако Европска комисија пропусти да донесе наведене одлуке у предвиђеним роковима, сматраће се да је концентрација одобрена.

Уколико Европска комисија процени да концентрација не изазива озбиљну сумњу у погледу нарушавања конкуренције, донеће одлуку о одобрењу или одлуку о условном одобрењу концентрације, и потврдиће њену сагласност са јединственим тржиштем. На тај начин се поступак контроле окончава већ у првој фази и не прелази се у другу фазу поступка. Одлука о одобрењу концентрације може се укинути ако Комисија утврди да је одлука заснована на нетачним подацима, за шта су одговорни учесници у концентрацији или ако су подаци добијени преваром, или ако учесници у концентрацији нису испунили обавезе из одлуке којом је концентрација условно одобрена.⁴⁷⁶ Ако Европска комисија процени да концентрација изазива озбиљну сумњу у погледу нарушавања конкуренције, она ће донети одлуку да покрене поступак детаљног испитивања

⁴⁷⁵ Чл. 10(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

⁴⁷⁶ Чл. 6(3) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

ефеката концентрације која изазива озбиљне сумње, чиме се прелази се на другу фазу поступка испитивања концентрације.⁴⁷⁷

Поступак детаљног испитивања мора се завршити у року од 90 радних дана од почетка друге фазе поступка, када Европска комисија мора донети и одлуку о дозвољености концентрације. Рок се може продужити за највише 15 радних дана (укупно 105 радних дана), уколико учесници у концентрацији понуде испуњавање одређених услова како би концентрација била условно одобрена, под условом да су тај предлог нису упутили у року мањем од 55 дана од покретања друге фазе поступка. Рок од 90, односно 105 дана, може се продужити за још највише 20 радних дана у следећим ситуацијама: 1) када учесници у концентрацији, у року од 15 дана од дана покретања друге фазе поступка, упуте захтев за продужење поступка; 2) када Европска комисија током друге фазе поступка одлучи да продужи поступак, уз сагласност учесника у концентрацији. То значи да поступак испитивања концентрације (друга фаза поступка), најчешће у веома сложеним случајевима, може трајати највише 125 радних дана.

Европска комисија мора омогућити свим учесницима у концентрацији да се пре доношења одлуке изјасне о наводима Комисије против њих, као и о свим околностима случаја.⁴⁷⁸ Уколико сматра да је потребно, Европска комисија може саслушати и друга физичка и правна лица која покажу да имају довољно интереса, и то на њихов писани захтев (чланови управе учесника на тржишту, представници запослених, удружења потрошача, странке којима Европска комисија намерава да изрекне новчане казне).⁴⁷⁹ Уколико детаљно испитује концентрацију или уколико намерава да укине одлуку о концентрацији, Комисија мора, на писани захтев учесника у концентрацији и свих других лица која може саслушати у поступку, да

⁴⁷⁷ Чл. 6(1)(с) Уредбе ЕУ о концентрацијама. У поједностављеном поступку, који се води по скраћеној пријави, Комисија има рок од 25 радних дана да донесе одлуку о одобрењу концентрације у скраћеном облику, а уколико не донесе скраћену одлуку мора покренути поступак испитивања концентрације и/или донети редовну одлуку (која има потпуну форму) у складу са Уредбом ЕУ о концентрацијама (вид. чл. 2-3. Обавештења Европске комисије о поједностављеном поступку).

⁴⁷⁸ Вид. чл. 18(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама; чл. 13. Уредбе 802/2004.

⁴⁷⁹ Вид. чл. 18(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама; чл. 11. Уредбе 802/2004.

одржи усмену расправу на којој наведена лица могу да изнесу своје доказе, а то им може омогућити и у другим фазама поступка.⁴⁸⁰ На усмену расправу се позивају представници тела за заштиту конкуренције земаља чланица. Расправа није јавна, а свако лице може бити саслушано одвојено или у присуству осталих позваних лица. Током расправе, присутним лицима може бити дозвољено постављање питања.⁴⁸¹

Током друге фазе поступка, Европска комисија може донети одлуку којом се концентрација одобрава, одлуку којом се концентрација условно одобрава или одлуку којом се концентрација забрањује.⁴⁸² Ако Европска комисија донесе одлуку о забрани концентрације, концентрација се не сме реализовати. Уколико у предвиђеним роковима Европска комисија не донесе одлуку о дозвољености концентрације, сматраће се да је концентрација одобрена. Европска комисија може и у овој фази укинути одлуку о одобрењу концентрације, из истих разлога из којих то може учинити у орвој фази поступка.⁴⁸³

4.2.1. Однос Уредбе ЕУ о концентрацијама и права земаља чланица

Уредба ЕУ о контроли концентрација усвојена је да би се применом јединствених правила, на „једном месту“ обезбедила контрола концентрација које се реализују на тржишту ЕУ, а које могу бити од утицаја на конкуренцију на јединственом тржишту или његовом делу. Пошто земље чланице имају своје прописе о контроли концентрација, може доћи до двоструког или вишеструког пријављивања, односно испитивања одређене концентрације и до сукоба надлежности између Европске комисије и националних тела надлежних за

⁴⁸⁰ Вид. чл. 14. Уредбе 802/2004.

⁴⁸¹ Вид. чл. 15-16. Уредбе 802/2004.

⁴⁸² Уколико Европска комисија донесе одлуку којом одобрава концентрацију, сматраће се да су том одлуком одобрена и ограничења конкуренције директно везана за концентрацију и неопходна за њено спровођење – ограничења која прате реализацију концентрације и служе остваривању основних циљева концентрације, а без којих она не би могла бити спроведена или би могла бити спроведена уз значајне тешкоће.

⁴⁸³ Вид. чл. 8(6) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

заштиту конкуренције, чиме се умањује ефикасност контроле, увећавају трошкови поступка и трошкови учесника на тржишту, и умањује правна сигурност, будући да поводом исте концентрације, тела надлежна за заштиту конкуренције могу донети различите одлуке.

Због тога Уредба ЕУ о контроли концентрација предвиђа директну примену њених одредаба на концентрације са европском димензијом, а применом начела „једног шалтера“ (*one-stop-shop*), за оцену дозвољености концентрација обезбеђује се један форум, па је за контролу концентрација са европском димензијом искључиво надлежна Европска комисија. Уколико концентрација нема европску димензију, контролу ће вршити тело надлежно за заштиту конкуренције у земљи чланици, у складу са правом конкуренције те земље.

Уредбом ЕУ о контроли концентрација решава се и питање надлежности у погледу концентрација које немају европску димензију, а спадају у надлежност више земаља чланица, и у погледу концентрација које имају европску димензију, али могу утицати на конкуренцију у појединој земљи или више земаља чланица. Због тога су Уредбом предвиђени изузеци од принципа одлучивања на једном месту, тако што су утврђене могућности упућивања концентрација Европској комисији, односно телима надлежним за заштиту конкуренције у земљама чланицама.

На основу тзв. немачке клаузуле (*German clause*), Европска комисија има овлашћења да надлежном телу земље чланице упути концентрацију која има европску димензију, које тада може да испита концентрацију према националним прописима о контроли концентрација.⁴⁸⁴ Земља чланица, на сопствену иницијативу или на позив Комисије, може у року од 15 радних дана од дана пријема копије пријаве концентрације да обавести Комисију: 1) да постоји опасност знатног утицаја на конкуренцију на тржишту те земље чланице које има све карактеристике посебног тржишта; или 2) да концентрација утиче на конкуренцију на тржишту те земље чланице, које има све карактеристике посебног тржишта, али не представља значајан део јединственог тржишта.

⁴⁸⁴ Вид. чл. 9. Уредбе ЕУ о концентрацијама. Овај могућност је уведена у право конкуренције ЕУ на захтев Немачке.

Уколико, у првом случају, процени да постоји посебно тржиште и опасност утицаја на конкуренцију, Комисија има дискреционо право да спроведе контролу у складу са Уредбом ЕУ о концентрацијама или да, у целини или делимично, упути случај надлежном телу земље чланице, које ће наставити поступак примењујући национално право конкуренције. Тиме се надлежност са Комисије преноси на земљу чланицу која је упутила захтев за упућивање. У другом случају, уколико утврди да су испуњени услови за упућивање, Комисија има обавезу да упути случај надлежном телу земље чланице и да на њега пренесе надлежност. Ако Комисија, у оба случаја, утврди да нису испуњени услови за упућивање, обавестиће о томе земљу и наставити поступак контроле према Уредби ЕУ о концентрацијама.

Одлука о упућивању мора бити донета у року од 35 радних дана од дана пријема пријаве концентрације (ако је у току прва фаза поступка контроле), односно у року од 65 радних дана од пријема пријаве концентрација, уколико је покренут поступак детаљног испитивања концентрације. Ако у року од 65 радних дана Комисија не донесе одлуку о упућивању, сматраће се да је донела одлуку којом је упутила случај земљи чланице која је поднела захтев. Надлежно тело земље чланице мора у року од 45 радних дана од упућивања да обавести учеснике у концентрацији о прелиминарној процени концентрације и о мерама које предлаже да се изврше. У међувремену, надлежно тело земље чланице може предузети само мере које се неопходне за очување или успостављање конкуренције на тржишту.

На основу тзв. холандске клаузуле (*Dutch clause*), једна или више земаља чланица могу да захтевају од Комисије да она испита било коју концентрацију која нема европску димензију, али која утиче на трговину између земаља чланица и која прети да знатно утиче на конкуренцију на територији земље или земаља чланица које су поднеле захтев Комисији.⁴⁸⁵ Реч је о мањим прекограничним

⁴⁸⁵ Вид. чл. 22. Уредбе ЕУ о концентрацијама; чл. 42-45. Обавештења о упућивању. Ова могућност је у право конкуренције ЕУ уведена на захтев Холандије, да би се уважили захтеви земаља чланица које нису имале националне прописе о контроли концентрација. Могућност су, међутим,

концентрацијама које може испитивати више надлежних тела различитих земаља чланица, а чија оцена у том случају може створити одређене проблеме, будући да оцену не мора вршити најпогодније тело надлежно за заштиту конкуренције.

Државе чланице могу да одлуче да ли ће случај упутити Комисији, а захтев могу да поднесу у року од 15 радних дана од дана када је концентрација пријављена телу надлежном за заштиту конкуренције, односно од дана када је на други начин земља чланица сазнала за концентрацију, уколико пријава концентрације није потребна. Након пријема захтева, Европска комисија мора без одлагања да обавести земље чланице и учеснике у концентрацији о његовом пријему, а захтеву се могу придружити друге заинтересоване земље чланице у року од 15 радних дана од дана када их је Комисија обавестила о примљеном захтеву. Уколико нека од земаља чланица одбије да се придружи захтеву за упућивање, она ће тада задржати надлежност коју је имала и примењиваће своје прописе о контроли концентрација, чак и ако Комисија прихвати захтев осталих земаља чланица.

После протеча рока који је земљама чланицама остављен да се изјасне о поднетом захтеву, Комисија има рок од 10 радних дана да одлучи да ли ће прихватити захтев и испитати концентрацију. Уколико у том року не донесе одлуку о захтеву, сматраће се да је захтев прихваћен. Ако Комисија прихвати захтев да испита концентрацију, она ће у поступку контроле примењивати Уредбу ЕУ о концентрацијама, а земље чланице које су поднеле захтев, односно које су се придружиле захтеву, немају више надлежност у погледу контроле и више не примењују своје прописе о контроли концентрација у погледу те концентрације. Комисија је дужна да о својој одлуци обавести све земље чланице и учеснике у концентрацији, а може да захтева подношење пријаве концентрације у складу са Уредбом ЕУ о концентрацијама.

Европска комисија је најавила измене чл. 22. Уредбе ЕУ о концентрацијама и предложила да се ограничи право земаља чланица да упућују случај Комисији, а да се Комисији омогући да испитује концентрације које могу утицати на

могле да користе и земље које су имале прописе о контроли концентрација ако би сматрале да би случај боље решила Европска комисија.

конкуренцију на тржишту целог Европског економског подручја (*ЕЕП*), а не само на територији земаља које су Комисији поднеле захтев за упућивање. Захтев би могле да поднесу само земље које имају надлежност да испитају концентрацију у складу са националним прописима о контроли концентрација, а не и друге заинтересоване земље. Уколико се ниједна земља не би противила захтеву, Комисија би прихватила случај, с тим што би имала надлежност да испитује ефекте концентрације на целом тржишту *ЕЕП*. Ако се најмање једна земља не сагласи са захтевом, све земље би задржале своју надлежност.⁴⁸⁶

Измене су предложене да би се, између осталог, обезбедила боља примена принципа одлучивања на „једном месту“ и спречила „куповина форума“ (*forum shopping*), уколико учесници у концентрацији не искористе могућност да траже од Комисије да она испита концентрацију која нема европске димензије, а потпада под надлежност најмање три земље чланице (у складу са чл. 4(5) Уредбе ЕУ о концентрацијама).⁴⁸⁷ Међутим, предложеном решењу се могу упутити одређене замерке, пошто се њиме не увећава правна сигурност, јер се и даље не може са сигурношћу знати ко ће на крају испитивати концентрацију. Осим тога, учесници би имали много веће трошкове да припреме пријаву концентрације, јер би морали да процењују ефекте концентрације на целом тржишту *ЕЕП*, чак и ако концентрација не испуњава прагове за пријаву у одређеним земљама. Тиме се проширује и надлежност Комисије и отежава њен рад, што се чини неоправданим, будући да је сврха чл. 22. да се приликом контроле концентрација обезбеди надлежност најприкладнијег тела за заштиту конкуренције, односно Комисије, а не да се проширује њена надлежност.

Може се поставити и питање да ли је овакво право земаља чланица још увек неопходно, будући да све земље чланице (осим Луксембурга) данас имају прописе о контроли концентрација? У пракси се наведено право веома ретко користи, а истовремено ствара простор за могуће злоупотребе уколико земље које немају надлежност да врше контролу концентрације користе своје право да успоре поступак контроле. Тиме се знатно утиче на правну сигурност, одлаже

⁴⁸⁶ Вид. European Commission (2013a), 17.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

поступак контроле и увећавају трошкови учесника у концентрацији (нпр. због различитих рокова за пријаву концентрације у различитим земљама или ако земља одбије да се придружи захтеву, поступке контроле ће паралелно водити и Комисија и земља која се није придружила захтеву). То значи да се ова одредба може и избрисати, јер правна сигурност је много важнија од принципа одлучивања на „једном месту“, посебно зато што учесници у концентрацији могу, у складу са чл. 4(5) Уредбе ЕУ о концентрацијама, да поднесу захтев Комисији да она испита концентрацију. Ако би се постојеће право земаља чланица задржало, требало би га ипак ограничити само на земље које имају надлежност да врше контролу конкретне концентрације, а ускратити га другим заинтересованим земљама.

На основу тзв. заштитне клаузуле, земља чланица може да примени одговарајуће мере компатибилне са правом ЕУ, како би заштитила своје легитимне интересе изван сфере конкуренције, који нису заштићени Уредбом ЕУ о концентрацијама.⁴⁸⁸ Уредба ЕУ о концентрацијама легитимним интересима сматра јавну сигурност, плурализам медија и разумна правила. За примену мера у циљу заштите других јавних интереса, земља чланица мора добити одобрење Комисије, а Комисија у том случају мора обавестити земљу чланицу о својој одлуци у року од 25 дана од дана обавештења.

Поред одступања од принципа одлучивања на једном месту на основу захтева земље чланице, постоје и два одступања на предлог учесника на тржишту који су обавезни да пријаве концентрацију.⁴⁸⁹ Пре него што пријаве концентрацију, учесници на тржишту прво могу да поднесу образложени поднесак и обавесте Комисију да концентрација која има европске димензије може знатно утицати на конкуренцију на тржишту земље чланице које има све карактеристике посебног тржишта и да због тога та земља мора да испита ову концентрацију. Учесници, при томе, не морају да доказују да ће концентрација имати негативан ефекат на конкуренцију.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ Вид. чл. 21(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама. Вид. више Е. Navarro Varona *et al.*, 411-417.

⁴⁸⁹ Вид. чл. 4(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

⁴⁹⁰ Чл. 17. Обавештења о упућивању.

Комисија ће без одлагања да достави предлог земљи чланици, која мора у року од 15 дана да се изјасни о достављеном предлогу. Уколико се у прописаном року земља не изјасни, сматраће се да се сагласила са уступањем предмета. Уколико се земља сагласи са уступањем, Комисија ће, ако сматра да су испуњени услови, донети одлуку да ли да случај, у целини или делимично, упути земљи чланици, која би у случају упућивања концентрације примењивала националне прописе о контроли концентрација. Одлуку о упућивању Комисија мора донети у року од 25 радних дана од дана пријема образложеног поднеска, а ако не донесе одлуку у том року, сматраће се да је случај упућен земљи чланици.

У другом случају, пре него што пријаве концентрацију, учесници у концентрацији могу, према чл. 4(5) Уредбе ЕУ о концентрацијама, образложеним поднеском предложити Комисији да она испита концентрацију која нема европске димензије, а потпада под надлежност најмање три земље чланице. Комисија ће доставити овај предлог свим земљама чланицама без одлагања и ако се ниједна од земаља које су надлежне за концентрацију не противи предлогу, контролу концентрације ће извршити Комисија. Ако се бар једна земља противи достављеном предлогу, Комисија неће одлучивати о концентрацији. Земље морају изразити свој став о предлогу у року од 15 радних дана од дана пријема предлога, а ако то не учине, сматраће се да су се сагласиле са упућивањем. У случају упућивања концентрације Комисији, сматраће се да концентрација има европске димензије, па ће учесници у концентрацији морати да пријаве концентрацију Комисији (у складу са Уредбом ЕУ о концентрацијама), која ће у поступку контроле примењивати Уредбу ЕУ о концентрацијама, а не националне прописе земаља чланица.

У циљу убрзања поступка контроле концентрација и поједностављења пријављивања концентрације, Европска комисија је предложила да се чл. 4(5) Уредбе ЕУ о концентрацијама измени и да се учесницима у концентрацији омогући да концентрацију одмах пријаве Европској комисији, а не прво земљама чланицама, и да се онда настави поступак по пријави и по предлогу учесника да концентрацију испитује Комисија, а не земље чланице. Измене су предложене, јер је уочено да се веома мало земаља противило оваквим предлозима (мање од 3%), па се поставило питање да ли је постојећи двостепени поступак пријављивања

(прво земљама чланицама, па онда Комисији, уколико образложени предлог буде прихваћен) још увек оправдан.⁴⁹¹ Чини се да би предложене измене требало прихватити, јер би се тиме убрзао поступак контроле и олакшало повезивање учесника на тржишту, а земље чланице не би биле оштећене, јер би задржале право да не прихвате предлог учесника у концентрацији да контролу врши Комисија.

Може се, дакле, закључити да је одређивање надлежности Европске комисије и земаља чланица у поступку контроле концентрација некада веома сложено, иако је јасно да је Комисија искључиво надлежна за контролу концентрација са европском димензијом, а да су земље чланице надлежне у осталим случајевима. На правну сигурност посебно утичу холандска и заштитна клаузула, јер, у првом случају, Комисији и земљама чланицама остављена је могућност да не прихвате захтев за упућивање, односно за испитивање концентрације, а у другом случају, веома широко су дефинисани „леgitимни интереси“ земаља чланица.

4.3. Условно одобрење концентрација

Комисија за заштиту конкуренције и Европска комисија могу условно да одобре концентрацију, прописивањем додатних услова и обавеза, тј. корективних мера које учесници у концентрацији морају у утврђеним роковима да изврше пре или после спровођења концентрације. Концентрација се може условно одобрити када изазива сумњу да ће нарушити конкуренцију, па су учесници у концентрацији спремни да предузму одређене мере како би изменили околности под којима се она реализује, у циљу отклањања постојећих сумњи, односно смањења њихове тржишне моћи и успостављања конкурентских услова на тржишту који би иначе били погоршани спровођењем концентрације.⁴⁹² Сврха

⁴⁹¹ Вид. European Commission (2013a), 14.

⁴⁹² Концентрације које се условно одобравају могу се означити као *спорне концентрације*, односно као оне концентрације код којих је уочено да би могле нарушити конкуренцију, али не у толикој мери да се морају апсолутно забранити. Могу се отуда сматрати и забрањеним концентрацијама

ових мера је, дакле, очување конкурентске структуре на тржишту, односно спречавање могућег нарушавања концентрације.

Предузимањем корективних мера требало би да се реши проблем могућег нарушавања конкуренције, па се концентрација може одобрити након што се утврди да су учесници испунили, односно да ће испунити обавезе и услове које су прихватили у постигнутом договору са телом надлежним за заштиту конкуренције. Мере заправо представљају резултат договора учесника у концентрацији и тела надлежног за заштиту конкуренције како би се избегло забрањивање концентрације, тако да се њима задовољавају јавни интерес и интереси учесника у концентрацији. С једне стране, постављањем услова се умањују негативни ефекти на конкуренцију, односно уклањају се уочени проблеми нарушавања конкуренције, а с друге стране, учесницима у концентрацији се омогућава да, уз одређене измене, спроведу концентрацију и тако остваре позитивне ефекте који се огледају у увећању економске ефикасности.

Условном одобравању концентрација требало би посветити знатну пажњу у прописима о концентрацијама, будући да се концентрацијама остварују бројне користи и да се на тај начин омогућава њихово реализовање. Не би требало тежити забрањивању концентрација (које би се могле условно одобрити) и стварању препрека за њихово реализовање, већ проналажењу начина да се потенцијални проблеми превазиђу како би се концентрација одобрила, што корективне мере управо омогућавају. Тиме се остварује циљ прописа о контроли концентрација – заштита конкуренције, а истовремено се доприноси увећању економске ефикасности.

У *праву Србије* се не посвећује довољна пажња овом питању, будући да Закон о заштити конкуренције сумарно регулише условно одобрење концентрација, а не постоје други прописи који би ближе уређивали корективне

које се условно одобравају под претпоставком да учесници у концентрацији прихвате да измене околности концентрације и уклоне проблем нарушавања конкуренције. Вид. Dubravka Akšamović, „Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2008, Vol. 29, 1042-1043.

мере и њихову примену, односно у чему се могу састојати предложени услови које учесници у концентрацији треба да прихвате. Чини се да овакво регулисање корективних мера може у одређеној мери утицати на извесност у пословању учесника на тржишту, будући да учесници на тржишту не знају са каквим овлашћењима располаже Комисија за заштиту конкуренције и које мере они могу да предложе.⁴⁹³ Пошто критеријуми и услови за прихватање предложених мера нису унапред утврђени и познати, учесници у концентрацији не могу са сигурношћу да процене коју меру би Комисија могла прихватити, што им увећава трошкове, отежава пријављивање концентрације и касније предлагање мера, уколико сматрају да би концентрација могла бити забрањена. Иако се Комисија приликом одлучивања руководи правилима у ЕУ и праксом Европске комисије у примени правила о корективним мерама, што се види нпр. из случаја *Суноко/Hellenic Sugar*,⁴⁹⁴ то учесницима на тржишту не даје довољно сигурности приликом пријављивања концентрације. Зато се може рећи да је јасан, недвосмислен, транспарентан и предвидљив поступак одређивања и прихватања корективних мера један од основних услова ефикасне примене разматраних мера.⁴⁹⁵

Веома битно је то што је Закон учесницима у концентрацији сада омогућио да сами предложе посебне услове, с обзиром на то да Закон из 2005. године овакву могућност није предвиђао, већ је Комисија могла да постави услове без предлога учесника у концентрацији. Комисија више не може сама да предложи услове нити их може једнострано одредити, већ то може да учини само на основу

⁴⁹³ Корективне мере предлажу учесници у концентрацији, тако да Комисија за заштиту конкуренције може само да прихвати или одбије предложене мере. Ипак, важно је истаћи да иако учесници сами предлажу мере, те мере су заправо последица преговора које они воде са Комисијом за заштиту конкуренције. Иста напомена важи и за корективне мере које прихвата Европска комисија. Вид. Душан Поповић, „Условно одобравање концентрација у тзв. новим индустријама“, *Право и привреда* 5-8/2008, 706.

⁴⁹⁴ Случај *Суноко/Hellenic Sugar*, бр. 6/0-02-3/2013-15, одлука Комисије од 13. фебруара 2013. год.

⁴⁹⁵ Jasminka Pecotic Kaufman, Dubravka Akšamović, Ana Pošćić, „Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u europskom i hrvatskom pravu tržišnoga natjecanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2010, Vol. 31, 975.

предлога који су изнели учесници. Ако Комисија утврди да нема услова за одобрење концентрације, обавестиће подносиоца пријаве о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење и позвати га да се изјасни у остављеном року. Приликом изјашњавања, учесник у концентрацији може предложити посебне услове које је спреман да прихвати како би концентрација испунила услове за одобрење.⁴⁹⁶ Након тога Комисија мора да процени да ли су предложени посебни услови довољни да се отклони потенцијална претња нарушавању конкуренције и да ли се њима може очувати конкуренција на тржишту након концентрације. Комисија не би требало да прихвати предложене посебне услове уколико није уверена да ће се њима постићи жељени циљеви, а ако процени да су подобни за остваривање услова за одобрење концентрације, донеће решење којим одобрава концентрацију и одређује посебне услове и рокове за њихово извршавање, као и начин контроле извршавања услова.

У *праву ЕУ*, посвећује се велика пажња условном одобрењу и мерама које се том приликом могу одредити, тако да је поступак условног одобрења детаљно уређен посебним обавештењем Европске комисије. Према Обавештењу о корективним мерама, Европска комисија може прихватити предложене мере и условно одобрити концентрацију само ако сматра да се предложеним мерама у потпуности, трајно и у кратком року може спречити значајно нарушавање конкуренције, која би иначе била нарушена без спровођења тих мера.

Да би Европска комисија прихватила предложене мере, оне морају бити подобне да се њима отклони потенцијална опасност за конкуренцију, затим, свеобухватне и ефикасне са свих тачака гледишта, као и подобне за ефикасно спровођење у кратком року, односно са видљивим ефектима, будући да се конкурентски услови на тржишту не могу успоставити док мере не буду извршене.⁴⁹⁷ Посебно се указује на то да структурне мере могу бити прихваћене само ако Европска комисија може да закључи са неопходним степеном сигурности да је ове мере могуће спровести и да је извесно да ће њихово спровођење бити довољно да се дугорочно успостави функционална тржишна

⁴⁹⁶ Чл. 66. ЗЗК.

⁴⁹⁷ Вид. т. 9. Обавештења о корективним мерама.

структура која ће спречити значајно нарушавање конкуренције. Може се, дакле, закључити да ће Европска комисија прихватити предложене мере само ако недвосмислено утврди да су сви наведени критеријуми задовољени. То значи да се свака предложена мера може сматрати неподобном ако је њен ефекат неизвесан или ако се делимично или привремено њеним спровођењем уклања потенцијална опасност за конкуренцију, па је Европска комисија вероватно неће прихватити.

Европска комисија мора истовремено да утврди могућност надгледања спровођења мера, јер је то неопходан услов за прихватање предложених мера, нарочито мера понашања учесника на тржишту. Док структурне мере не захтевају додатно надгледање после спровођења, с обзиром на то да се, по правилу, одмах спроводе, остале мере, подложне различитом тумачењу и манипулацијама учесника у концентрацији, морају се ефективно и континуирано надгледати како би се спречило да учесници у концентрацији умање или чак онемогуће остваривање ефеката спровођења ових мера.

Уколико праћење спровођења мера не би постојало, наметање услова учесницима у концентрацији не би имало смисла, јер би они могли само декларативно да се изјасне да ће испунити све постављене услове да би концентрација била одобрена (често и прихватањем више услова него што је потребно, односно прихватањем услова за које унапред знају да их неће или не могу испунити), знајући при томе да због кршења ових обавеза одлука о концентрацији неће бити касније укинута (с обзиром на то да нема надзора над спровођењем мера). Пракса Европске комисије показује да су учесници у концентрацији спремни да испуњавају услове све док концентрација не буде одобрена или спроведена, или у неком краћем временском периоду, а да после тога њихова мотивација за испуњавањем услова слаби и да ће некада учинити само онолико колико је потребно да формално испуне услове, без праве намере да предузму мере које ће заиста спречити нарушавање конкуренције.⁴⁹⁸

Пошто Европска комисија не може свакодневно да прати спровођење утврђених мера, учесници у концентрацији морају да предложе именовање

⁴⁹⁸ J. Pecotić Kaufman, D. Akšamović, A. Pošćić, 977.

повереника за надгледање спровођења мера. Повереник за надзор (*monitoring trustee*) има овлашћење да прати испуњавање наметнутих услова и обавеза и да о томе обавештава Европску комисију, тј. да јој доставља извештаје. Неки од важних задатака које повереник за надзор обавља јесу надзор над спровођењем мера у прелазном периоду, надзор раздвајања имовине у случају структурних мера, надзор над залагањем учесника у концентрацији да пронађу одговарајућег купца и сл.⁴⁹⁹ Уколико учесници у концентрацији не пронађу одговарајућег купца, они су обавезни да предложе именовање повереника за структурне мере или повереника за продају (*divestiture trustee*) којем Европска комисија поверава неопозиво и искључиво овлашћење да заврши започету реорганизацију учесника у концентрацији, односно да прода имовину у оквиру одређеног рока, по било којој цени.⁵⁰⁰ Повереник за структурне мере је, дакле, задужен за спровођење мера ради отуђења имовине учесника у концентрацији.

Задатке повереника за надзор и повереника за структурне мере не мора да обавља једно исто физичко или правно лице, мада је то дозвољено. Повереника именује Европска комисија (на предлог странака), а пракса показује да се као повереници често појављују банке, осигуравајућа друштва, друштва за ревизију или привредна друштва која пружају консултантске и рачуноводствене услуге. У сваком случају, повереник мора бити независан од учесника у концентрацији, мора имати неопходне квалификације за обављање поверених послова и не сме бити у сукобу интереса.⁵⁰¹

Приликом надгледања спровођења мера могу настати проблеми уколико је спровођење предложених мера отежано или немогуће због одређених објективних околности, као што је немогућност проналажења одговарајућег купца, у случају структурних мера, или комплексност предложених мера које је потребно надгледати. Учесници у концентрацији би отуда требало да предложе прихватљиве мере које се могу спровести, чији ефекти се могу лако утврдити и доказати, и чије спровођење се може надгледати. Због тога, када учесници у

⁴⁹⁹ Вид. т. 117. и 119. Обавештења о корективним мерама.

⁵⁰⁰ Вид. т. 121. Обавештења о корективним мерама.

⁵⁰¹ Вид. т. 123-125. Обавештења о корективним мерама.

концентрацији предложене мере које су толико опсежне и сложене да се не може са сигурношћу тврдити да их је могуће потпуно спровести и да се помоћу њих може сачувати конкуренцију на тржишту, Европска комисија неће моћи да одобри предложене мере. Спровођење оваквих мера није могуће надгледати и оне практично немају смисла, па Европска комисија може да их не прихвати, са образложењем да се не може обезбедити ефикасно надгледање спровођења мера и да би због тога неодговарајуће спровођење мера умањило или елиминисало ефекте тих мера.

На крају, Европска комисија може прихватити само оне мере које су сразмерне тежини потенцијалног проблема, тако да, у складу са начелом сразмерности (пропорционалности), не може одредити више мера него што је потребно за решавање проблема, а приликом прихватања предложених мера, мора одредити мере које су повољније за учеснике у концентрацији, ако се тим мерама постиже исти циљ.⁵⁰²

Учесници у концентрацији имају право да предложене мере Европској комисији, тако да Европска комисија не може једнострано да их предложи и наметне учесницима. Европска комисија може само да процени ефекте предложених мера и испуњеност услова за њихово одобрење, и да после тога прихвати или не прихвати предложене мере. Када Европска комисија утврди да концентрација може нарушити конкуренцију, обавестиће учеснике у концентрацији о томе и одредиће им рок у коме могу да предложене мере које су спремни да спроведу.

За разлику од Комисије за заштиту конкуренције, Европска комисија може условно одобрити концентрацију током целог поступка, односно и у првој и у другој фази поступка.⁵⁰³ Пошто се одлука у првој фази може донети ако

⁵⁰² Исто и J. Pecotić Kaufman, D. Akšamović, A. Pošćić, 978.

⁵⁰³ Комисија за заштиту конкуренције не може да донесе одлуку о условном одобрењу у скраћеном поступку, већ само током испитивања концентрације по службеној дужности, односно у другој фази поступка. Комисија за заштиту конкуренције мора да спроведе посебан испитни поступак у случају када условно одобрава концентрацију, као и да омогући учешће у поступку свим лицима којима је наложила испуњење одређене обавезе. Вид. Пресуду Управног суда РС, II-2 У. 5839/10 од 22. 7. 2010. године.

концентрација не изазива озбиљну сумњу у погледу нарушавања конкуренције, мере предложене у првој фази морају бити довољне да се јасно отклоне „озбиљне сумње“ да ће конкуренција бити нарушена. Ако се на основу постојећих података може закључити да би предложене мере требало да уклоне било какву опасност за конкуренцију, односно сумњу у погледу нарушавања конкуренције, без потребе да се врши детаљнија оцена ефеката предложених мера, Европска комисија ће прихватити мере и одобрити концентрацију. Учесници могу предложити мере у року од 20 радних дана од дана нотификације, а уколико упуте предлог, продужава се рок у коме Европска комисија мора да донесе одлуку у првој фази поступка – на 35 радних дана.⁵⁰⁴

Ако се током испитивања концентрације утврди да концентрација не нарушава конкуренцију, Европска комисија ће обавестити учеснике да могу да повуку предлог који су упутили, а ако то не учине, оне неће представљати услов за одобрење концентрације и Европска комисија ће безусловно одобрити концентрацију, не узимајући у обзир предложене мере. Уколико се покаже да предложене мере нису довољне да се уклони опасност за конкуренцију, Европска комисија ће обавестити учеснике у концентрацији и започеће поступак детаљног испитивања концентрације. Током испитивања у другој фази поступка, Европска комисија може прихватити и мере које није прихватила у првој фази након оцене ефеката тих мера.

У другој фази поступка, учесници у концентрацији имају рок од 65 радних дана да предложе корективне мере. Ако учесници предложе мере у року мањем од 55 радних дана, а после истека тог рока поднесу измењен предлог, сматраће се да су поднели нови предлог, тако да се продужава рок у коме Европска комисија мора да донесе одлуку о концентрацији – на 105 радних дана.⁵⁰⁵ Поред тога, учесници у концентрацији могу предложити да се рок за доношење одлуке о концентрацији продужи за још 20 радних дана, ако сматрају да је потребно више времена да Европска комисија одлучи о прихватању предложених мера.⁵⁰⁶ После

⁵⁰⁴ Вид. чл. 13(1-2) Уредбе 802/2004.

⁵⁰⁵ Вид. чл. 19(2) Уредбе 802/2004; т. 88-89. Обавештења о корективним мерама.

⁵⁰⁶ Вид. т. 90. Обавештења о корективним мерама.

истека рока за предлагање мера, Европска комисија није обавезна да разматра (измењени) предлог, али, под одређеним условима, ипак може прихватити предложене мере и после протеча предвиђеног рока.⁵⁰⁷ Када после детаљног испитивања утврди да се мерама решава проблем нарушавања конкуренције, Европска комисија ће условно одобрити концентрацију, а ако закључи да мере нису довољне да се уочени проблем реши, о томе ће на одговарајући начин обавестити учеснике у концентрацији.

Утврђене мере се могу изменити након одобравања концентрације уколико се покаже да неке мере није више могуће спровести или се њима не могу постићи предвиђени резултати. Европска комисија има могућност да на основу посебне клаузуле о ревизији (*review clause*), а на захтев учесника у концентрацији који наведу оправдан разлог, продужи рок за спровођење мере, измени или замени постојећу меру, или да дозволи учесницима да одустану од предвиђене мере. Продужење рока се највише односи на структурне мере, с обзиром на то да рок за њихово спровођење може бити прекратак, док се остале могућности измене ових мера само изузетно могу дозволити. Структурне мере се морају извршити у кратком року, тако да постоји мала вероватноћа да се околности на тржишту толико промене да су учесници у концентрацији приморани да захтевају измену или замену постојеће структурне мере. Таква могућност је прихватљивија у случају мера понашања, пошто се оне одређују на вишегодишњи рок. У том случају се мора водити рачуна о интересима трећих лица и о утицају предложених измена на њихова стечена права.⁵⁰⁸

4.3.1. Врсте корективних мера

Уобичајена подела корективних мера јесте подела на структурне мере (*structural remedies*) и мере понашања (*behavioural remedies*), која је извршена према томе да ли се услови који се постављају учесницима у концентрацији односе на структуру или на понашање учесника у концентрацији. Правила ЕУ

⁵⁰⁷ Вид. чл. 13(2) Уредбе 802/2004; т. 94. Обавештења о корективним мерама.

⁵⁰⁸ Вид. т. 71-74. Обавештења о корективним мерама.

изричито не врше ову поделу и не дефинишу врсте корективних мера, већ имају прагматичан приступ, према којем се у Обавештењу о корективним мерама само описно набрајају мере које Европска комисија може да одреди. Овакав приступ је разумљив, с обзиром на то да и у литератури постоји термилошка неуједначеност, и да разлика између наведених мера није увек јасна, пошто се неке мере, с обзиром на њихову природу, могу сврстати у обе категорије.⁵⁰⁹

Имајући у виду да је сврха корективних мера очување конкурентске структуре на тржишту, Европска комисија сматра да су структурне мере прикладније и ефикасније у решавању уоченог потенцијалног проблема нарушавања конкуренције. Предност се даје структурним мерама, јер оне не захтевају континуирани надзор над спровођењем мера и њима се по правилу трајно решава проблем. Ипак, овакав приступ се не сме уско тумачити, што значи да Европска комисија прихвата спровођење мера понашања уколико није могуће или није неопходно спровођење структурних мера. Европска комисија у сваком конкретном случају разматра предложене мере и усваја оне мере за које сматра да ће најефикасније решити проблем могућег нарушавања конкуренције.

а) Структурне мере

Најефикаснијим начином очувања конкуренције сматра се предузимање различитих пословних трансакција које се односе на отуђење имовине учесника у концентрацији или његових активности, или једног или више делова привредног друштва или његовог зависног друштва (*divestiture*), укључујући пренос лиценце, *know how*, продају акција или удела и сл. Реч је заправо о различитим облицима својеврсног корпоративног реструктурирања учесника у концентрацији којима се издвајањем имовине учесника у концентрацији или његових зависних друштава или другом сличном мером стварају услови за појаву новог конкурента или јачање постојећих конкурената, како би се ублажиле негативне последице настанка новог ентитета након концентрације, односно да би се надокнадио губитак учесника на тржишту који је нестао спровођењем концентрације.

⁵⁰⁹ Вид. J. Pecotić Kaufman, D. Akšamović, A. Pošćić, 979-980; Душан Поповић, 707; A. Lindsay, 571.

Основни услов за прихватање ових структурних мера јесте одрживост предмета продаје (*viable business*) како би се учеснику на тржишту који се јавља као купац, након концентрације омогућило да опстане на тржишту у условима конкуренције и тако делотворно и на трајној основи конкурише учесницима у концентрацији. То значи да се продајом мора издвојити постојећа имовина, активност или привредно друштво које омогућава конкуренту да опстане као самосталан учесник на тржишту и независан од учесника у концентрацији у правном и економском погледу.⁵¹⁰ Отуда предмет продаје мора бити она имовина или сви делови имовине (укључујући све запослене у привредним друштвима која се продају), која је неопходна да би потенцијални купац могао да започне или настави одрживо пословање као конкурентан учесник на тржишту.

Проналажење одговарајућег купца такође захтева испуњавање неколико услова, будући да је потребно пренети имовину на учесника на тржишту који мора бити у стању да након концентрације врши значајан конкурентски притисак на учеснике у концентрацији, односно на новонастали ентитет након концентрације. Поред услова да буде самосталан учесник на тржишту, који није повезан са учесницима у концентрацији, потребно је да продавац буде финансијски снажан учесник на тржишту, да има доказану стручност, подстицаје и способност да одржава и развија преузете активности како би вршио конкурентски притисак на остале учеснике на тржишту (укључујући учеснике у концентрацији), а да истовремено његова куповина не представља нову потенцијалну опасност за конкуренцију.⁵¹¹

Приликом проналажења одговарајућег купца, учесници у концентрацији имају три могућности на располагању.⁵¹² Они, најпре, могу преузети обавезу да изврше продају у предвиђеном року тек после доношења одлуке о условном одобрењу концентрације и после давања сагласности Европске комисије за пренос имовине конкретном купцу. Недостатак ове могућности је тај што у случају неиспуњења обавезе концентрација може бити забрањена или поништена, а

⁵¹⁰ Вид. т. 23. и 32. Обавештења о корективним мерама.

⁵¹¹ Вид. т. 48. Обавештења о корективним мерама. Више А. Lindsay, 590-598.

⁵¹² Вид. т. 50. Обавештења о корективним мерама.

учесници у концентрацији могу бити новчано кажњени или морају продати продати посебно вредну имовину (*crown jewel*). Друго, учесници у концентрацији се могу обавезати да неће спровести концентрацију све док не пронађу одговарајућег купца (енг. *up-front buyer*), односно док не закључе уговор о продаји, иако је Европска комисија условно одобрила концентрацију. Учесници у концентрацији ће дакле спровести концентрацију тек када закључе уговор о продаји са учесником на тржишту за који је Европска комисија дала сагласност. Ова могућност је добро решење за учеснике у концентрацији, пошто не могу бити кажњени уколико не пронађу купца, будући да концентрација није спроведена, а истовремено су значајно мотивисани да што пре пронађу купца како би могли да спроведу концентрацију. На крају, учесници у концентрацији могу покушати да пронађу одговарајућег купца током трајања поступка испитивања концентрације (енг. *fix-it-first remedy*) и тако скрате временски период у ком не могу да спроведу концентрацију.⁵¹³ Током испитивања концентрације, Европској комисији је, у овом случају, купац познат пре доношења одлуке о концентрацији, за разлику од претходне могућности, када, у моменту доношења одлуке, није још увек познато ко је купац.

Наведене мере реструктурирања којима се продаје имовина или издваја један део пословања учесника у концентрацији (*divestiture of viable business*) није увек могуће спровести, због чега се могу одредити и друге прихватљиве структурне мере, самостално или заједно са основном структурном мером. Неке од најважнијих мера су следеће:

1) Продаја имовине или једног сегмента основне делатности, заједно са имовином која је неопходна за обављање основне делатности и наставак пословања, односно имовином од које зависи обављање основне делатности (*carve-outs*). Том приликом се може пренети и сама споредна делатност која је неопходна са обављање основне делатности, а не само имовина. Уколико се, међутим, на конкурента преноси основна делатност, учесници у концентрацији могу из те основне делатности издвојити део пословања који ће задржати за себе

⁵¹³ Вид. више А. Lindsay, 636-638.

и даље развијати.⁵¹⁴ У оба случаја је потребно претходно издвојити предмет продаје и укључити га у пословање купца, док се у случају основног облика реструктурирања продаје претходно независна и одржива делатност.

2) Продаја имовине или делатности чији власници су претходно били сви учесници у концентрацији или више учесника на такав начин да су њени делови били делови имовине сваког од учесника у концентрацији (*mix-and-match-remedy*). Предмет продаје дакле није имовина или пословање које је припадало само једном учеснику, већ комбинација делова имовине или пословања више од једног учесника у концентрацији, под условом да скуп тих делова чини логичну економску целину.⁵¹⁵

3) Пренос искључиве лиценце патента на одређено време, која би омогућила да се позната и развијена тржишна марка (*brand*) искористи за стварање нове тржишне марке (*re-branding*). У предвиђеном временском периоду, стизалац лиценце може да је користи за развој нове тржишне марке и тако придобије поверење потрошача и стекне предност у односу на изворну тржишну марку, а после протеча временског рока, лиценца се враћа учесницима у концентрацији. Највећи проблем приликом утврђивања ове мере јесте проналажење одговарајућег купца за кога би се са великом сигурношћу могло тврдити да ће моћи да развије нову тржишну марку којом би могао да конкурише учесницима у концентрацији.⁵¹⁶

4) Продаја посебно вредне имовине или имовине за коју су заинтересовани бројни купци (тзв. продаја крунског драгуља – *crown jewel*), а коју су учесници у концентрацији одредили да се може продати уколико се у прописаном року не прода имовина коју су првобитно означили за продају. Ово је алтернативна мера која се примењује само под условом да се не спроведе продаја имовине која је

⁵¹⁴ Вид. т. 35-36. Обавештења о корективним мерама. Више J. Pecotić Kaufman, D. Akšamović, A. Pošćić, 986-987.

⁵¹⁵ J. Pecotić Kaufman, D. Akšamović, A. Pošćić, 986. Вид. т. 37-38. Обавештења о корективним мерама.

⁵¹⁶ Вид. т. 39-42. Обавештења о корективним мерама.

унапред одређена у договору са Европском комисијом, па се у истом договору утврђује и друга имовина која ће се продати у том случају, као замена.⁵¹⁷

5) Уклањање структурних веза са конкурентима представља меру која се односи на продају акција или удела у капиталу других учесника на тржишту који су конкуренти учесника у концентрацији, како би се спречио правни и фактички утицај на конкуренте, а конкурентима омогућило пословање независно од учесника у концентрацији. Овом мером се не задире у имовину учесника у концентрацији, већ се нагласак ставља на њихово мањинско учешће у капиталу других учесника на тржишту које им омогућава да на одређени начин утичу на њих.⁵¹⁸

Заједнички услов за све структурне мере јесте забрана поновног стицања отуђене имовине или учешћа у капиталу других учесника у концентрацији, по правилу, у року од десет година.⁵¹⁹ Учесници у концентрацији се посебном клаузулом (*non-reacquisition clause*) обавезују да неће предузимати радње које им омогућавају директан или посредан утицај на пословање учесника на тржишту који је претходно био под његовом контролом, чиме се обезбеђује делотворно спровођење предложених структурних мера. Уколико ова обавеза не би била предвиђена, учесници у концентрацији би могли после одређеног времена да поново стекну имовину или делатност коју су отуђили током реструктурирања, што би могло обесмислити спровођење структурних мера.

б) Мере понашања

Мере којима се утиче на понашање учесника у концентрацији предузимају се када постоје проблеми у вези са проналажењем (одговарајућег) купца у случају структурних мера, ако се покаже да концентрација не би била одобрена чак и када би се спровеле структурне мере, с обзиром на то да се тиме не решава проблем нарушавања конкуренције, или ако се утврди да су мере понашања повољније за

⁵¹⁷ Вид. т. 44-46. Обавештења о корективним мерама. Више А. Lindsay, 633-636.

⁵¹⁸ Вид. т. 58-61. Обавештења о корективним мерама.

⁵¹⁹ Вид. т. 43. Обавештења о корективним мерама.

учеснике у концентрацији од структурних мера и да се њима постиже исти циљ, у складу са начелом сразмерности. Мерама понашања се не утиче на структуру учесника у концентрацији ни на структуру тржишта, већ се њима постављају јасна ограничења у понашању, односно у пословању учесника у концентрацији, или се постављају захтеви за одређеним понашањем тако што се прописује обавезно поступање учесника у концентрацији у одређеном року.⁵²⁰ Отуда се ове мере утврђују након спровођења концентрације, тако да оне заправо представљају мере праћења понашања учесника у концентрацији, које се могу одредити само под условом да се њима остварују идентични ефекти као у случају структурних мера.⁵²¹ Њихова сврха је да се праћењем понашања задржи одређени степен надзора над понашањем учесника у концентрацији како би се могло правовремено реаговати на понашање новонасталог учесника, односно на његове пословне одлуке које би биле у супротности са сврхом мера које су одређене.⁵²²

Мере понашања се сматрају нарочито прихватљивим у случају вертикалних концентрација, а најчешће се одређују у сектору телекомуникација, високих технологија, енергетском сектору, медијском сектору, финансијском сектору и др.⁵²³ У тзв. новим индустријама (нпр. интернет, мобилна телефонија, телевизијска и музичка продукција), мере понашања су изузетно важне, будући да се структурне мере у том случају сматрају неприкладним због опасности од

⁵²⁰ Неке од мера понашања могу посредно утицати и на структуру тржишта, због чега подела између структурних мера и мера понашања често није јасна. Зато се неке мере понашања сврставају у квазиструктурне мере, а неке сложене структурне мере, које укључују и поједине мере понашања, одређују као се мешовите или хибридне мере. Вид. Душан Поповић, 709; D. Akšamović, 1057; A. Lindsay, 571-574.

⁵²¹ Вид. т. 61. Обавештења о корективним мерама.

⁵²² Mladen Cerovac, „Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela“, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb 2002, http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mladen_cerovac/9_mc.pdf, 7. фебруар 2014, 13. У оквиру мера понашања, тело надлежно за заштиту конкуренције прописује начин на који се учесници у концентрацији убудуће морају понашати или начин на који се убудуће не смеју понашати уколико не желе да због тога буду кажњени или да концентрација буде поново испитана.

⁵²³ Вид. *ibid.*, 13 фн. 46.

вертикалног затварања тржишта и због тога што такве мере могу постати превазиђене услед технолошког напретка који је карактеристичан за нове индустрије и убрзани развој овог сектора.⁵²⁴

У највећем броју случајева, мере понашања се односе на омогућавање приступа трећих лица кључној инфраструктури, мрежама или кључној технологији, укључујући патенте, *know how* или друга права интелектуалне својине. На тај начин се под истим условима и на транспарентан начин отвара тржиште и уклањају баријере уласку, чиме се олакшава улазак на тржиште нових учесника. У сектору телекомуникација и медија, најчешће се омогућава коришћење комуникационих мрежа и електронске инфраструктуре и повезане опреме, а у енергетском сектору се омогућава приступ капацитетима енергетских објеката.⁵²⁵ У ваздушном саобраћају, авиокомпанијама се нпр. одређују мере праћења понашања, које обухватају одустајање од одређеног броја дозвола за слетање (слотова), обавезу закључивања споразума о комерцијалној сарадњи (*interlining* и *code share* споразуми), смањење броја летова и др.⁵²⁶ Мерама које се односе на уступање права интелектуалне својине, учесницима у концентрацији се налаже да одустану од искључивих права која имају на основу интелектуалне својине и да их уступе трећим лицима (нпр. путем принудне лиценце у

⁵²⁴ Вид. Душан Поповић, 711-713; Dušan Popović, „Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment“, *European Business Organization Law Review* 4/2009, Vol. 10, 583-584.

⁵²⁵ Више о корективним мерама у сектору електронских комуникација (телекомуникације, медији, ИТ сектор) вид. Поповић, 576 и даље.

⁵²⁶ Вид. J. Pecotić Kaufman, D. Akšamović, A. Pošćić, 992-994. Вид. и A. Lindsay, 615-621. Комисија за заштиту конкуренције је у случају *Deutsche Lufthansa AG/Austrian Airlines AG* (бр. 6/0-02-114/09, одлука Комисије од 17. јула 2009. године) одредила мере понашања и условно одобрила концентрацију. Учесницима у концентрацији је наложено да одрже на снази постојећи *code share* аранжман између друштава *JAT Airways* и *Austrian Airlines AG* на путном правцу Београд-Беч и да се уздрже од повећања цене карте на том путном правцу. Уколико је повећање цене нужно са становишта пораста трошкова пословања, учесници у концентрацији, у том случају, морају да доставе Комисији за заштиту конкуренције на сагласност предлог новог ценовника са образложеним извештајем о разлозима повећања и о структури цене.

фармацеутској индустрији или омогућавањем приступа протоколима и опреми у сектору пружања медицинских услуга).

Код вертикалних концентрација, посебно су значајне мере које налажу раскид или измену ексклузивних вертикалних уговора којима се ограничава приступ инпутима или приступ купцима и тиме онемогућава или отежава улазак на тржиште новим конкурентима. Раскидањем или мењањем ових споразума (најчешће скраћивањем рока закључења), повољно се делује на тржишну структуру и успоставља равнотежа на тржишту, с тим што се то може постићи само у комбинацији са другим корективним мерама, будући да се ова мера не може одредити самостално.⁵²⁷

Могуће је утврдити и тзв. *vertical firewalls* меру или тзв. „кинески зид“, којом се учесницима у концентрацији забрањује да међусобно размењују поверљиве податке о активностима конкурената до којих су дошли, а који се односе на количину и врсту производа које конкуренти набављају и друге сличне информације. Ова мера се по правилу одређује учесницима у вертикалној концентрацији, када се нпр. произвођач, као један од учесника, повезује са једним од дистрибутера које снабдева својим производима. У таквим случајевима, постоји опасност да се увидом у поверљиве и осетљиве податке о пословању конкурената наруше успостављени односи на тржишту, па се учесницима у концентрацији забрањује размена ових информација. Међутим, поштовање наведене забране тешко је контролисати, будући да се практично не може спречити неформална међусобна комуникација запослених у привредним друштвима која се повезују. Тиме се умањује ефекат ове мере, па се она никад не одређује самостално, већ увек у склопу других корективних мера.⁵²⁸

в) Обавезе учесника у концентрацији

Да би Европска комисија прихватила спровођење корективне мере као услова за одобрење концентрације, потребно је да учесници у концентрацији

⁵²⁷ Вид. т. 67-68.

⁵²⁸ Вид. D. Akšamović, 1055; J. Pecotić Kaufman, D. Akšamović, A. Pošćić, 996-997.

изврше одређене обавезе да би се сматрало да је испуњен услов за одобрење концентрације. Ове обавезе представљају заштитне механизме за ефикасно и правовремено спровођење мера и чине саставни део свих обавеза које су учесници прихватили да испуне. Углавном се односе на поступак спровођења структурних мера, а бројна начела која се у том случају примењују важе и за спровођења мера понашања.

Структурне мере се морају спровести у року који су утврдили Европска комисија и учесници у концентрацији, узимајући у обзир све околности конкретног случаја. У пракси се поступак продаје, односно издвајања имовине може одвијати у две фазе, а потребно је тежити што бржем спровођењу мера како би се обезбедила заштита учесника у концентрацији и гарантовала правна сигурност. Иако се трајање поступка разликује у сваком конкретном случају, прва фаза поступка би требало да траје шест месеци, а друга фаза, уколико је потребна, траје обично још три месеца. Учесници у концентрацији имају после тога рок од три месеца да заврше поступак спровођења мера.⁵²⁹

У првом делу поступка (*first divestiture period*), учесници у концентрацији би требало да сами пронађу одговарајућег купца, и у том периоду они су овлашћени да самостално пронађу купца. Уколико у предвиђеном року не пронађу купца, спроводи се други део поступка (*trustee divestiture period*), у ком повереник за структурне мере добија овлашћење да изврши продају имовине. Када се пронађе одговарајући купац, предлог о његовом одређењу се доставља Европској комисији на давање сагласности, а Европска комисија ће одобрити предложеног купца ако утврди да су испуњени сви услови које купац мора да испуни да би продаја била одобрена.⁵³⁰ Уколико се ни у додатном року не пронађе одговарајући купац, Европска комисија ће донети одговарајућу одлуку којом може изменити одлуку о условном одобрењу или нпр. одредити мере деконцентрације, водећи рачуна о томе да ли су учесници у концентрацији предузели све разумне напоре да пронађу одговарајућег купца.

⁵²⁹ Вид. т. 98. Обавештења о корективним мерама.

⁵³⁰ Вид. т. 101-106. Обавештења о корективним мерама.

У тзв. прелазном периоду (*interim period*), који се односи на период између доношења одлуке о условном одобрењу концентрације и завршетка поступка продаје, учесници у концентрацији морају да сачувају одрживост пословања, да предузму неопходне мере за поступак издвајања имовине и за припрему поступка продаје имовине.⁵³¹ Учесници у концентрацији су при томе обавезни да спрече умањење конкурентности оног учесника који се реструктурира и да обезбеде његову независност. Нарочито је важно раздвојити пословање оног дела који се продаје, због чега Европска комисија, у другом делу поступка продаје, предлаже именоване посебног стручног лица, повереника за управљање (*hold–separate manager*), који прати раздвајање послова и имовине која је предмет издвајања и продаје, како би се спречило мешање ове имовине са осталом имовином учесника у концентрацији.⁵³² Повереник за управљање је, дакле, задужен за привремено управљање пословањем оног дела учесника на тржишту који се продаје и за заштиту и чување одвојене имовине.

4.4. Овлашћења у испитном поступку

Када не постоје услови да се одлука о концентрацији донесе у скраћеном поступку, односно када су испуњени услови за испитивање концентрације по службеној дужности, Комисија за заштиту конкуренције детаљно испитује концентрацију и спроводи испитни поступак, у којем јој се поверавају неопходна овлашћења која наликују овлашћењима истражних органа у кривичном поступку. Испитни поступак спроводи овлашћено службено лице из састава Стручне службе, које одређује председник Комисије за сваки појединачни случај, како би се предузеле потребне доказне радње у циљу правилног утврђивања чињеничног стања, а нарочито се узимају изјаве странака, сведока, обавља се вештачење, прибављају се подаци, исправе и ствари, врши увиђај и привремено одузимање ствари. Закључак о спровођењу увиђаја и вештачења доноси председник

⁵³¹ Вид. т. 107, у вези са т. 36. Обавештења о корективним мерама.

⁵³² Вид. т. 112. Обавештења о корективним мерама.

Комисије, а свака од наведених радњи се може предузети самостално или у комбинацији са другим радњама.

Иако се испитни поступак у контроли концентрација некада спроводи по службеној дужности, дакле без обзира на то да ли Комисија сматра да концентрација нарушава конкуренцију и да може бити забрањена, Комисија може предузети посебне доказне радње само основано претпостави да концентрација не испуњава услове дозвољености из Закона о заштити конкуренције и ако нађе да је то потребно ради разјашњења ствари.⁵³³ То значи да се доказне радње могу изводити ако постоји основана сумња да ће концентрација нарушити конкуренцију, која се мора заснивати на објективно проверљивим и прецизним подацима, а не на произвољним проценама да је повреда конкуренције извесна. Доказне радње се отуда не смеју предузимати ако ова сумња не постоји, односно не смеју се користити са циљем да би се евентуално тек открили подаци на којима би се заснивала сумња да ће конкуренција бити нарушена (*fishing expedition*).⁵³⁴

Приликом избора доказних радњи које би требало да се изведу, Комисија мора да утврди њихову неопходност за разјашњење ствари, тј. да процени да ли подаци добијени доказном радњом доприносе правилном утврђивању чињеничног стања и испитивању концентрације. Истовремено се мора водити рачуна о томе у којој мери се одређеном радњом задире у приватну сферу учесника на тржишту, како се тиме не би повредила њихова законом заштићена права. Одговарајућом доказном радњом се отуда може сматрати она радња која је довољна да се остваре жељени резултати, а који се не би могли остварити извођењем друге доказне

⁵³³ Вид. чл. 35, ст. 1, у вези са чл. 62, ст. 1. ЗЗК, и чл. 126, ст. 2. ЗУП. У поступцима заштите конкуренције, Комисија покреће поступак испитивања повреде конкуренције по службеној дужности ако на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података, основано претпостави постојање повреде конкуренције, као и у случају испитивања концентрације по службеној дужности (вид. чл. 35, ст. 1. ЗЗК). То значи да се испитни поступак може спровести само ако постоји основана сумња да је конкуренција нарушена.

⁵³⁴ Радивоје Петрикић, Рашко Радовановић, „Спровођење увиђаја према новим прописима о заштити конкуренције“, *Право и привреда* 10-12/2010, 56.

радње којом се у мањој мери задире у приватну сферу учесника на тржишту („блажа“ доказна радња).⁵³⁵

Због тога се чини оправданим то што Закон о заштити конкуренције не условљава Комисију обавезним извођењем прво „блаже“ доказне радње, како би могла да предузме „строжу“ радњу уколико се покаже да „блажом“ радњом није остварен жељени резултат, иако се „блажом“ радњом мање задире у приватну сферу учесника на тржишту. Овакво условљавање би могло обесмислити извођење неке „строже“ радње, као што је увиђај, јер би претходно поступање Комисије могло бити упозорење за учеснике на тржишту да уклоне доказе евентуалног незаконитог поступања (нпр. ако би се прво испитали учесници у концентрацији или ако би се тражила обавештења од њих, они би после тога могли да склоне одређена документа и друге доказе који би могли бити откривени приликом увиђаја).⁵³⁶

У складу се правилима о овлашћењима у испитном поступку, Комисија може странкама у поступку закључком да наложи достављање, односно стављање на увид релевантних података који се воде у писаном, електронском или другом облику, исправа, ствари које садрже податке, као и других ствари које могу бити предмет доказивања у поступку, а које је странка дужна да поседује или се основано претпоставља да их поседује. Ако странка не достави, односно стави на увид тражене исправе, податке, односно ствари, до закључења поступка, Комисија ће донети одлуку према стању расположивих доказа у предмету, односно сумња која је последица изостанка наведених доказа, биће узета на штету странке која није поступила по налогу.⁵³⁷ Ако се основано претпоставља да се тражени подаци, ствари или исправе налазе код трећег лица, Комисија ће захтевом за давање информација тражити њихову доставу, односно омогућавање увида. Лица којима је достављен овај захтев морају да доставе, односно ставе на увид податке,

⁵³⁵ *Ibid.*, 57.

⁵³⁶ Вид. *ibid.*

⁵³⁷ Чл. 44. 33К. Европска комисија такође је овлашћена да учесницима у концентрацији достави захтев за достављањем неопходних података. Захтев може бити у облику простог позива да се доставе информације или у облику одлуке. Вид. чл. 11. Уредбе ЕУ о концентрацијама

исправе и ствари које су предмет захтева, а на захтев лица које је дужно да достави, односно стави на увид податке, Комисија може да изврши увид и прикупљање података у просторијама тог лица.⁵³⁸

Учесник у концентрацији, као странка у поступку, има право да разгледа списе предмета и да о свом трошку копира поједине делове списка, осим записника о већању и гласању, службених реферата и нацрта решења, списка означених као поверљивих, као и заштићених података.⁵³⁹ Учесник у концентрацији и треће лице које је доставило, односно ставило на увид тражене податке у поступку, могу да захтевају од Комисије да одреди меру заштите извора података или одређених података (заштићени подаци), уколико је њихов интерес оправдан и по значају битно већи у односу на интерес јавности у погледу предмета тог захтева. Подносилац захтева је у том случају дужан да у захтеву учини вероватним могућност настанка знатне штете због откривања извора података, односно података на које се захтев односи.

Захтев за давање информација, Комисија може да достави и другим државним органима и организацијама, који су тада дужни да сарађују са Комисијом и да поступе по њеном захтеву, у остављеном року, односно да доставе податке, исправе или друге тражене доказе, којима располажу или да дају образложено изјашњење о предмету захтева. Обавеза давања информација се нарочито односи на органе и организације надлежне за послове статистике, пореске органе, органе и организације локалне самоуправе, привредне коморе и друге организације које врше јавна овлашћења.

Уколико државни органи или организације не поступе по захтеву Комисије или у случају њиховог неблаговременог или непотпуног поступања, Комисија може да достави информацију о томе органу који врши надзор над радом тог

⁵³⁸ Чл. 48. ЗЗК.

⁵³⁹ Учесници у концентрацији имају право на увид у списе и коришћење документације и према правилима ЕУ, па Европска комисија мора на захтев учесника у поступку да им омогући увид у списе у циљу остваривања права на одбрану. Ово право се не односи на поверљиве податке или на интерне документе Европске комисије или надлежних тела земаља чланица, као ни на преписку између Европске комисије и надлежних тела земаља чланица или између самих тела надлежних за заштиту конкуренције или на податке који садрже пословне тајне.

органа или организације, односно пред којим сноси одговорност за рад са захтевом за предузимање потребних мера у циљу прикупљања тражених података. Комисија може и јавно да објави информацију о непоступању државних органа или организација, уколико сарадња са одређеним државним органом или организацијом не буде остварена ни након обавештавања надзорног органа, односно виšekратних неуспелих покушаја Комисије да оствари ту сарадњу. Комисија остварује сарадњу и са полицијом, која пружа помоћ у извођењу појединих радњи у поступку, а нарочито код увиђаја и привременог одузимања ствари у складу са законом којим се уређује полиција.

У току поступка контроле, Комисија може да одреди и привремене мере уколико постоји опасност од наступања ненадокнадиве штете за лица на која се непосредно односе радње или акти који су предмет поступка. Привремена мера се одређује закључком којим се налаже престанак вршења одређених радњи или примене акта, односно обавеза предузимања радњи којима се спречавају или отклањају њихове штетне последице. Закључак којим се одређују привремене мере доноси председник Комисије и против закључка је допуштена посебна жалба, о којој одлучује Савет Комисије. Привремене мере могу трајати до доношења решења у том поступку.

4.4.1. Увиђај

Законом о заштити конкуренције је први пут уведена могућност да Комисија врши увиђај, као једну од доказних радњи у поступцима испитивања повреде конкуренције, односно у поступцима контроле концентрација. Комисија сада има овлашћење да сама, непосредно спроведе увиђај у пословним и приватним просторијама и на тај начин прикупи неопходне податке. Значај оваквог решења је велики, пошто се увиђај сматра најделотворнијом доказном радњом, не само због начина прикупљања података и резултата који се огледају у откривању незаконитих радњи учесника на тржишту, већ и због тога што пракса

показује да учесници на тржишту прекидају незаконито понашање после увиђаја.⁵⁴⁰

Најбољи резултати се постижу ненајављеним увиђајем, који се одређује ако се основано сумња да постоји опасност уклањања или измене доказа који се налазе код странке или трећег лица. Због начина извођења, често се назива и „препад у зору“ (енг. *dawn raid*), а изводи се без икаквог претходног најављивања, чак ни предузимањем других доказних радњи, као што су захтевање обавештења и испитивање и саслушавање лица. Ненајављени увиђај се врши изненадном контролом просторија, односно података, исправа и ствари које се налазе на том месту, о чему се обавештава странка, односно држалац простора и ствари у тренутку извођења увиђаја и на лицу места.

Основни услов за вршење увиђаја је неопходност да се непосредним опажањем службених лица Комисије утврде неке чињенице или разјасне битне околности у циљу правилног утврђивања чињеничног стања.⁵⁴¹ Међутим, пошто се ради о доказној радњи која највише задире у приватну сферу учесника на тржишту, потребно је да, поред неопходности вршења увиђаја, буду испуњена још два услова како би се увиђај мога сматрати одговарајућом мером: да је увиђај примерен циљу правилног утврђивања чињеничног стања (подобност увиђаја) и да не постоји друга блажа мера којом би се исти циљ могао постићи.⁵⁴²

Увиђај се врши на основу закључка председника Комисије, што значи да за вршење увиђаја службеним лицима Комисије није потребан судски налог.⁵⁴³ Садржина овог закључка није ближе уређена Законом о заштити конкуренције, па

⁵⁴⁰ Р. Петрикић, Р. Радовановић, 56.

⁵⁴¹ Чл. 184. ЗУП.

⁵⁴² Р. Петрикић, Р. Радовановић, 59.

⁵⁴³ Европска комисија врши увиђај такође без судског налога, осим у случају када је по праву земље чланице у којој се врши увиђај потребан судски налог (вид. чл. 13(7)-(8) Уредбе ЕУ о концентрацијама). Увиђај се врши на основу налога или одлуке Европске комисије. У налогу се наводе предмет и сврха увиђаја, санкције у случају да пословне књиге и друга документација није достављена, односно стављена на увид или да су дати нетачни или лажни подаци, а одлука мора да садржи предмет и сврху увиђаја, датум почетка увиђаја, предвиђене новчане казне и периодичне пенале и право да одлуке испитује Општи суд (вид. чл. 13(3)-(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама).

би закључком требало детаљно одредити предмет увиђаја, разлоге за његово вршење и околностима под којима се обавља. Због тога би закључак требало да садржи следеће елементе: 1) предмет и сврха увиђаја; 2) правни основ за вршење увиђаја; 3) наводи о нарушавању конкуренције концентрацијом на које се основано сумња; 4) степен претпостављене умешаности конкретног учесника у концентрацији у нарушавању конкуренције; 5) запрећене санкције за случај непоступања по налозима Комисије; 6) тачно почетак увиђаја; 7) имена свих службених лица која учествују у увиђају и лица која је Комисија овластила да учествују у увиђају.⁵⁴⁴

Овлашћења Комисије код спровођења увиђаја могу се сврстати у три групе. Прва група се односи на улазак у просторије и преглед просторија, друга група на увид у списе, а трећа на испитивање и саслушање лица. У сва три случаја, странци се мора обезбедити могућност да присуствује увиђају ако то она захтева, осим ако је захтев усмерен на одуговлачење или отежавање поступка.⁵⁴⁵

Улазак у просторије и њихов преглед односе се на пословне просторије, возила, земљиште и друге просторије у седишту странке и остала места где странка или треће лице обављају пословне и друге активности.⁵⁴⁶ Овим овлашћењем су обухваћене и пословне и приватне просторије, пошто се улазак и преглед може вршити у местима где странка или треће лице обављају пословне и *друге активности*. Странка или треће лице не морају, при томе, бити власници пословних просторија, пошто је довољно да се у њима обављају пословне активности. Службено лице Комисије које спроводи увиђај у просторијама

⁵⁴⁴ Вид. Р. Петрикић, Р. Радовановић, 60-61.

⁵⁴⁵ Чл. 52, ст. 2. ЗЗК. Службена лица Европске комисије овлашћена су да: 1) улазе у све просторије, непокретности и превозна средства учесника на тржишту или њихових удружења; 2) провере пословне књиге и сву осталу пословну документацију, без обзира на начин на који се чувају; 3) захтевају копије пословних књига и друге релевантне документације; 4) запечате пословне просторије, књиге и осталу релевантну документацију; 5) захтевају објашњења и документацију од представника или особља друштава или њихових удружења и забележе њихове одговоре (чл. 13. Уредбе ЕУ о концентрацијама). Може се отуда рећи да Комисија за заштиту конкуренције има иста овлашћења као и Европска комисија.

⁵⁴⁶ Чл. 52, ст. 1, т. 1. ЗЗК.

странке или трећег лица дужно је да власнику, односно држаоцу тих просторија предочи службену легитимацију и преда закључак о извођењу увиђаја у тој просторији, односно да захтева да се омогући улазак у те просторије. Ако се власник, односно држалац просторије неоправдано успротиви спровођењу увиђаја, може се спровести присилан улазак уз помоћ полиције.

Када постоји потреба да се увиђај врши у стану или другој просторији која има исту, сличну или повезану намену (приватна просторија), а власник, односно држалац се томе успротиви, председник Комисије мора тада без одлагања писмено да тражи издавање одговарајуће судске наредбе како би службено лице извршило увиђај. Држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свог пуномоћника и уз још два пунолетна сведока присуствује увиђају, а ако држалац стана или његов пуномоћник нису присутни, увиђај је допуштен у присуству два пунолетна сведока.

Увид у списе обухвата више овлашћења, која се разликују с обзиром на врсту документације (пословне или приватне), а у сваком случају се може извршити само у погледу документације која је наведена у закључку о спровођењу истраге. Пословна документација обухвата документа која садрже информације о привредним активностима конкретног учесника на тржишту (пословне књиге, записници са седница, управног или надзорног одбора или скупштине друштва, рокови, интерна или екстерна кореспонденција, рачуни, обрачуни путних трошкова, уговори и сл.), док се приватним документима могу сматрати неформалне белешке у писаној форми или имејлови.⁵⁴⁷

Проверити се могу све врсте докумената („пословна и друга докумената“), без обзира на начин на који та документа чувају. То значи да форма документације није битна, па се увид врши у документа у папирном, електронском, аудио-визуелном или другом формату. Остала овлашћења Комисије се односе само на пословну документацију. Пословна документација се може одузети, копирати или скенирати, а уколико због техничких разлога то није могуће, овлашћено лице може одузети *пословну* документацију и задржати је онолико колико је потребно да се направе копије те документације. Пословна

⁵⁴⁷ Вид. Р. Петрикић, Р. Радовановић, 67.

документација се може одузети и ако се приликом увиђаја пронађу исправе, ствари, односно ствари које садрже податке или друге ствари од значаја за одлучивање у поступку. Тада се може одредити њихово привремено одузимање до утврђивања свих релевантних података и чињеница које те исправе, односно ствари садрже, а најдуже до краја поступка. Комисија може и запечатити сва пословна документа, као и све пословне просторије, за време увиђаја.

Предмет увиђаја не би требало да буде кореспонденција између учесника у концентрацији и њихових адвоката, будући да је у упоредном праву прихваћено такво решење. Закон о заштити конкуренције предвиђа да писма, обавештења и сви други облици комуникације између странке против које се води поступак и њених пуномоћника, која се непосредно односе на поступак чине привилеговану комуникацију и да се на њу сходно примењују законске одредбе о заштићеним подацима. Уколико сумња у злоупотребу привилеговане комуникације, председник Комисије може да преиспита садржај комуникације, односно да одлучи о уклањању тог својства у односу на поједине њене облике.

Међутим, према одредбама о заштићеним подацима, то би само значило да Комисија не би смела да открије податке из овакве документације, а не и да она не може да има увид у такве податке. Зато се може рећи да комуникација између учесника у концентрацији и адвоката није довољно заштићена Законом о заштити конкуренције, будући да Комисији није забрањено да има увид у привилеговану комуникацију и да је користи као доказ у поступку. Заштита учесника у концентрацији би се делимично могла обезбедити применом општег правила из управног поступка, према којем сведок може ускратити сведочење о ономе што је странка поверила сведоку као свом пуномоћнику.⁵⁴⁸

Испитивање и саслушање лица у оквиру увиђаја, односно за време његовог трајања, односи са на овлашћење службених лица Комисије да узимају од заступника странке или њених запослених усмене или писмене изјаве, као и документа о чињеницама које су предмет увиђаја, а ако је неопходна писмена изјава, овлашћено лице мора одредити датум до којег таква изјава мора бити достављена. За испитивање и саслушање лица није потребна претходна

⁵⁴⁸ Чл. 166, ст. 1, т. 3. ЗУП.

сагласност лица која се испитују, будући да то не предвиђају ни Закон о заштити конкуренције ни Закон о општем управном поступку, али се постављање питања мора односити само на чињенице које су предмет увиђаја. Закон (као и Уредба ЕУ о концентрацијама) посебно не уређује ни испитивање лица која се затекну у становима и приватним просторијама, па би требало прихватити тумачење по којем је узимање изјава од тих лица дозвољено, под условом да је реч о заступницима странке или њених запослених.⁵⁴⁹

4.5. Санкције због повреде прописа о контроли концентрација

Један од најважнијих новина Закона о заштити конкуренције представља могућност Комисије за заштиту конкуренције да самостално изриче казне учесницима на тржишту због повреде конкуренције, односно повреде одредаба Закона о заштити конкуренције. Према Закону из 2005. године, Комисија није имала овакво право и могла је само да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка надлежном органу за прекршаје. Комисија је могла да поднесе прекршајну пријаву након што утврди повреду конкуренције, а казну би изрицао прекршајни суд, што је оцењено као лоше решење које утиче на ефикасност рада Комисије, јер судије за прекршаје немају довољно знања из сложене и нове области каква је заштита конкуренције, нарочито контрола концентрација.

Закон из 2009. године напушта овакав начин кажњавања и овлашћује Комисију да одреди управне мере прописане Законом, као што су мере заштите конкуренције и мере отклањања повреде конкуренције, у случају повреде конкуренције, односно друге повреде законских одредаба. Саставни део решења којим је утврђена повреда конкуренције чини одлука о мери заштите конкуренције, односно другој управној мери коју одређује Комисија. Кажњавање учесника на тржишту углавном се своди на изрицање новчаних казни, које су сада уређене одредбама о мерама заштите конкуренције и процесног пенала, а уведене су и нове мере, којих у Закону из 2009. године није било – мере отклањања повреде конкуренције и мере деконцентрације. Овакав механизам кажњавања

⁵⁴⁹ Р. Петрикић, Р. Радовановић, 72.

уређен је по угледу на кажњавање које врши Европска комисија у поступцима заштите конкуренције, будући да Европска комисија истовремено доноси одлуке и изриче казне у случају повреде конкуренције.

У циљу заштите конкуренције на релевантном тржишту, мерама заштите конкуренције, односно *de facto* новчаним кажњавањем, остварује се функција генералне и специјалне превенције, пошто се кажњавањем одвраћају учесници у концентрацији од нових кршења прописа о контроли концентрација, а остали учесници на тржишту од потенцијалног кршења прописа о заштити конкуренције. Због тога су забрањене казне за учеснике на тржишту који прекрше Закон веома високе, а прописују се у распону који се везује за економску снагу учесника на тржишту. Казне, дакле, нису одређене у апсолутним износима, већ се утврђују у одређеном проценту од оствареног укупног годишњег прихода учесника на тржишту. На тај начин се указује на то да је повреда прописа о контроли концентрација, односно о заштити конкуренције, друштвено непожељно понашање и да ће бити строго санкционисано.

Закон је предвидео одређивање *мере заштите конкуренције*, у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини највише 10% од укупног годишњег прихода оствареног на територији Републике Србије, учеснику у концентрацији који:

- 1) не изврши, односно не спроведе мере отклањања повреде конкуренције, односно меру деконцентрације у смислу Закона;
- 2) спроведе концентрацију супротно законској обавези прекида, односно за коју није издато одобрење за спровођење концентрације.⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ Европска комисија овлашћена је да изрекне новчане казне у износу до 10% укупног прихода учеснику на тржишту који намерно или из непажње: 1) не пријави концентрацију пре њеног спровођења; 2) спроведе концентрацију пре него што је одобрена, супротно обавези прекида спровођења концентрације; 3) спроведе концентрацију која је забрањена или не изврши неку од мера одређених одлуком о мерама деконцентрације или о привременим мерама; 4) не испуни услове или обавезе садржане у одлуци којом се условно одобрава концентрација. Европска комисија може изрећи и новчане казне у износу од највише 1% укупног прихода, уколико учесници у концентрацији доставе нетачне или лажне податке у пријави концентрације или ако доставе нетачне или непотпуне податке по захтеву Европске комисије у поступку испитивања

Рок за плаћање казне одређује се истим решењем којим је одређена мера заштите конкуренције и не може бити краћи од три месеца, нити дужи од годину дана од дана пријема решења. Мера заштите конкуренције не може се одредити протеком пет година од дана извршења радње или пропуштања испуњења обавезе, односно од последњег дана временског периода извршења радње која се кажњава, а мера заштите конкуренције не може се наплатити протеком пет година од дана извршности решења Комисије, а ако је покренут управни спор, од дана правоснажности судске одлуке. У првом случају, застарелост се прекида сваком радњом Комисије предузетом ради утврђивања повреде конкуренције и одређивања мере заштите конкуренције, а у другом случају, застарелост се прекида сваком радњом надлежног органа предузетом ради наплате мере заштите конкуренције. После сваког прекида, застарелост почиње поново да тече, али се поступак испитивања повреде конкуренције, односно поступак наплате не може водити протеком двоструког периода утврђеног за одређивање мере заштите конкуренције, односно за наплату мере заштите конкуренције. Апсолутни рок застарелости, дакле, износи десет година од дана повреде Закона, у првом случају, и десет година од дана извршности решења Комисије, односно од дана правоснажности судске одлуке, у другом случају.

Мера процесног пенала се одређује у циљу обезбеђења процесне дисциплине у поступку контроле који спроводи Комисија, па се учеснику на тржишту може изрећи казна у износу од 500 евра до 5.000 евра за сваки дан понашања супротно налогу Комисије датом у поступку, односно непоступања по том налогу, ако: 1) не поступи по захтеву Комисије да јој достави, саопшти, стави на увид или омогући приступ траженим подацима, онемогући улазак у просторије или на други начин спречи увиђај, односно достави или саопшти нетачне, непотпуне или лажне податке; 2) не поступи по привременој мери; 3) не поднесе пријаву концентрације у предвиђеном року.

Процесни пенал не може да износи више од 10% укупног годишњег прихода, а рок за плаћање процесног пенала одређује се истим решењем којим је

концентрације. Приликом утврђивања износа новчане казне потребно је узети у обзир врсту, тежину и време трајања учињене повреде (вид. чл. 14(1-3) Уредбе ЕУ о концентрацијама).

одређена ова мера и не може бити краћи од једног нити дужи од три месеца од дана пријема решења. Рок застарелости одређивања и плаћања процесног пенала износи годину дана од дана пропуштања радње којом се крши Закон.⁵⁵¹

Приликом одређивања висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције, односно процесног пенала, узимају се у обзир следећи критеријуми: намера учесника на тржишту да изврши повреду конкуренције; тежина, последица и трајање повреду конкуренције; поврат учесника на тржишту; подстрекавање других учесника на тржишту на вршење радњи које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање; време обустављања радњи које представљају повреду конкуренције; предузимање мера за отклањање насталих последица учињене повреду конкуренције; сарадња учесника на тржишту у поступку утврђивања повреду конкуренције или спречавање, односно ометање спровођења процесних радњи које се спроводе у складу са Законом о заштити конкуренције; значај наложеног поступања за исход поступка повреду конкуренције који се води и понављање истог или сличног понашања од стране учесника на тржишту у истом или неком другом поступку (у случају утврђивања висине износа који се плаћа на основу мере процесног пенала).⁵⁵²

Мере деконцентрације се могу одредити уколико су поједине мере неопходне за успостављање или очување конкуренције на релевантном тржишту, а изричу се учесницима у концентрацији када Комисија за заштиту конкуренције

⁵⁵¹ Европска комисија може одредити периодичне пенале, у износу од највише 5% укупног дневног прихода, за сваки дан кршења Уредбе ЕУ о концентрацијама, уколико учесници на тржишту: 1) не доставе потпуне и тачне податке по налогу Европске комисије; 2) не омогуће спровођење увиђаја у испитном поступку који је наложила Европска комисија; 3) не изврше обавезе одређене одлукама о условном одобрењу концентрације и о изузимању од обавезе прекида спровођења концентрације; 4) не изврше све мере одређене одлуком о мерама деконцентрације или о привременим мерама (вид. чл. 15. Уредбе ЕУ о концентрацијама).

⁵⁵² Вид. чл. 3. Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала; чл. 57, ст. 2. ЗЗК. Вид. и Смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала.

утврди да је спроведена концентрација за коју није издато одобрење или нису извршени услови и обавезе у случају да је концентрација условно одобрена. Решењем којим се одређују мере деконцентрације налаже се учесницима да изврше поделу привредног друштва, отуђе акције или уделе, раскину уговор или изврше друге радње у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације. Ово решење мора нарочито да садржи рок и посебне услове испуњења датог налога.⁵⁵³

Мерама деконцентрације се фактички поништава концентрација, будући да се на тај начин врши развргавање новонасталог тржишног ентитета који је резултат спровођења концентрације која није пријављена, односно која није добила претходно одобрење (*незаконита концентрација*). Враћањем ситуације у пређашње стање, тело за заштиту конкуренције покушава, потпуно или делимично, да отклони последице утврђене повреде прописа о контроли концентрација, односно да спречи потенцијалне исте или сличне повреде конкуренције, јер се наведеним мерама једино могу отклонити или спречити штетне последице незаконито спроведене концентрације. Уколико ове мере не би биле предвиђене, постојала би опасност да учесници на тржишту реализују незаконите концентрације ако истовремено процене да концентрација не може бити поништена, а спремни су да издвоје средства која су им неопходна да плате новчану казну и наставе са кршењем прописа о контроли концентрација.

Ипак, мере деконцентрације имају одређена ограничења, због којих их је оправдано одредити само у случају незаконитих концентрација. Проблеми се могу јавити због тога што се принудним развргавањем новонасталих ентитета задире у слободу тржишног привређивања, па се оне сматрају неподесним мерама којима се делује на тржишну структуру, а посебне тешкоће могу настати приликом спровођења изречених мера, због којих оне постају неефикасне и веома скупе,

⁵⁵³ Европска комисија такође има овлашћење да наложи поделу извршеног спајања друштава, отуђење акција или удела, продају имовине, или предузимање других мера у циљу поништења концентрације или успостављања стања пре спровођења концентрације, у случају када учесници спроведу концентрацију која је забрањена, односно за коју није добијено одобрење, или када не испуне услове и обавезе у случају условног одобрења концентрације.

будући да учесницима стварају велике трошкове. Поделу друштва некада је веома тешко извршити, посебно ако је принудна, а приликом отуђења акција или удела, односно стечене имовине, могу се поставити одређена питања: коме и на који начин, односно по којој цени продати спорне акције, уделе или имовину; шта радити, односно како поступити у ситуацијама када нико не жели да купи понуђене акције, уделе или имовину (по понуђеној цени), односно када се не пронађе одговарајућ купац; или у којој мери допустити дискрецију тела за заштиту конкуренције приликом решавања проблема који могу настати приликом спровођења мера деконцентрације.

4.6. Судска контрола одлука о концентрацијама

У праву Републике Србије и праву ЕУ, контролу одлука о концентрацијама врше судови, будући да је то уобичајено правило у упоредном праву. Имајући у виду природу поступака заштите конкуренције и посебан положај тела надлежних за заштиту конкуренције, управна контрола одлука о концентрацијама је искључена, па се на овај начин се обезбеђује заштита од евентуалног незаконитог поступања тела за заштиту конкуренције.

4.6.1. Контрола решења Комисије за заштиту конкуренције

У Србији, у поступцима заштите конкуренције, нема могућности изјављивања жалбе другом управном органу, тако да је поступак контроле концентрација једноступен и истовремено коначан. О дозвољености, односно о забрани концентрације, Комисија за заштиту конкуренције доноси решење, које је коначно, а против њега се може покренути управни спор, што представља једино право средство за заштиту учесника у концентрацији против одлуке за коју сматрају да није у њиховом интересу, односно да је незаконита. У поступку пред судом ради испитивања законитости решења Комисије, примењују се одредбе закона којим се уређују управни спорови, дакле Закона о управним споровима, ако Законом о заштити конкуренције није другачије прописано.

Тужба против коначног решења Комисије подноси се Управном суду, који је надлежан да одлучује по поднетој тужби. Надлежност Управног суда утврђена је Законом из 2009. године, док је према Закону из 2005. године, по тужби у управном спору одлучивао тадашњи Врховни суд Србије. Постојали су предлози да уместо Врховног, односно Управног суда, управни спор води Привредни апелациони суд, јер се оправдано сматрало да би то имало предности, пошто је Привредни суд профилисан, а заштита конкуренција је релативно блиска предметима којима се баве привредни судови.

Ипак, ови предлози нису прихваћени, пошто се вероватно пошло од тога да је поступак заштите конкуренције управни поступак, а да је Управни суд специјализован за преиспитивање, односно судску контролу управних аката, и у том погледу прикладнији суд за вођење управних спорова, узимајући у обзир веће искуство и стручност судија Управног суда у примени Закона о управним споровима од судија Привредног суда. Међутим, било је занемарено то што се Управни суд бави предметима из различитих правних области и што су његове могућности ограничене у области заштите конкуренције, будући да таква заштита захтева велику посвећеност приликом решавања веома сложених и специфичних предмета и изузетно познавање права конкуренције чија примена често није могућа без неопходних знања из економије.

Поступци заштите конкуренције значајно се разликују од уобичајених случајева који се појављују у пракси управних судова, па неспецијализована судска контрола у поступцима заштите конкуренције може да нанесе више штете за конкуренцију него користи. Због тога су се опет јавили предлози да се надлежност са Управног суда пренесе на Привредни апелациони суд, али се касније одустало и од поновљеног предлога. Овог пута се такво одустајање може разумети, будући да је Управни суд већ стекао одређено искуство у заштити конкуренције и да би било нецелисходно поново обучавати судије, сада у Привредном суду. За сталну едукацију судија Управног суда издвајају су значајна средства из буџета и улаже се доста времена, тако да би обука и специјализација нових судија значила неоправдано трошење ресурса. То би могло унети несигурност и увећати могућност доношења погрешних одлука у поступцима судске контроле, а оспособљавање Привредног суда би било отежано и због тога

што промена надлежности судова подразумева и измене у законодавству, тј. измене прописа који уређују судове и Закона о управним споровима.

Тужба Управном суду се подноси у року од 30 дана од дана достављања решења странци, а рок за доставу тужбе са прилозима Комисији на одговор је 15 дана од дана пријема у суду. Комисија може да одговори на тужбу у року од 30 дана од дана пријема тужбе на изјашњење. Суд је дужан да донесе одлуку по тужби најкасније у року од три месеца од пријема одговора на тужбу односно од протеча рока за одговор на тужбу, с тим што је овај рок инструктиван, па његово прекорачење нема никакве последице. Изменама Закона о заштити конкуренције које су извршене 2013. године, наведени рокови су продужени (осим рока за подношење тужбе), пошто се у пракси показало да су сви рокови изузетно кратки, имајући у виду сложеност и трајање поступка контроле концентрација и управног спора.

Подношење тужбе Суду не одлаже извршење решења, тако да решења Комисије постају извршна достављањем странци, будући да против њих није допуштена жалба. Ово је у складу са општим правилом које се примењује у управном спору, а према којем тужба нема одложно дејство – тужба, по правилу, не одлаже извршење управног акта против кога је поднета. То значи да се новчана казна мора платити, а мера деконцентрације извршити пре него што суд донесе пресуду о законитости такве одлуке. Од овог правила предвиђен је изузетак, па Комисија може по захтеву подносиоца тужбе да одложи извршење решења до правоснажности судске одлуке, ако би извршење тог решења нанело ненадокнадиву штету за тужиоца, а нарочито ако би вероватно довело до стечаја или престанка обављања пословне делатности тужиоца, под условом да одлагање није противно јавном интересу. По захтеву за одлагање извршења одлучује Савет, најкасније до истека рока за плаћање одређеног у решењу. Извршење решења Комисије којим је мериторно одлучено у управној ствари може одложити и Управни суд, на захтев тужиоца, до доношења судске одлуке, ако би извршење нанело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити, а одлагање није противно јавном интересу. По захтеву за одлагање извршења Суд одлучује решењем, најкасније у року од пет дана од дана пријема захтева.

Имајући у виду сложеност и специфичност поступка контроле концентрација и могућност изрицања веома високих казни и мера деконцентрације, чини се да би било боље решење да је законом предвиђено да тужба има одложно дејство и да се извршење решења Комисије одложи до завршетка управног спора уколико он буде покренут.⁵⁵⁴ Иако се може истаћи аргумент да би учесници на тржишту могли да злоупотребе одлагање плаћања новчане казне и извршавања мера деконцентрације, постојеће решење се чини сувише строго и уноси неизвесност у пословање учесника, због тога што се не зна да ли ће суд потврдити решење Комисије. Поред тога, мере деконцентрације би нанеле штету учесницима у концентрацији уколико би концентрација касније ипак била одобрена.

У управном спору суд решава на основу утврђених чињеница на одржаној усменој јавној расправи, док без одржавања усмене расправе, суд може да одлучује само ако је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања, или ако странке на то изричито пристану. Суд је тада обавезан да посебно наведе разлоге због којих није одржао усмену расправу. Суд ће увек одржати расправу због сложености предмета спора, или ради бољег разјашњења стања ствари, као и у случају када је у управном поступку учествовало две или више странака са супротним интересима и када суд утврђује чињенично стање ради решавања у пуној јурисдикцији (нарочити случајеви одржавања расправе). Узимајући у обзир сложеност поступка контроле концентрација, може се рећи да је одржавање јавне расправе у управном спору поводом решења Комисије о концентрацији правило. Закон о управним споровима налаже одржавање јавне расправе у оваквим поступцима, без обзира на то који је основ за подношење тужбе, односно да ли су у питању битне повреде поступка или погрешно утврђено чињенично стање.

⁵⁵⁴ Овакво решење постоји нпр. у праву Републике Хрватске, па се управно-казнене мере уплаћују када решење Агенције за заштиту тржишног натјечања постане извршно уколико није поднета тужба, односно када судска пресуда постане правноснажна. Вид. чл. 70, ст. 2. Закона о заштити тржишног натјечања.

Управни суд решава по поднетој тужби у спору ограничене јурисдикције, а у спору пуне јурисдикције може утврђивати само законитост решења у делу одлуке о висини новчаног износа одређене управне мере. То значи да ако се тужба уважи, Суд ће пресудом поништити оспорено решење у целини или делимично и вратити предмет Комисији на поновно одлучивање, осим ако ново решење није потребно. Ако Суд утврди да је оспорено решење незаконито само у делу који се односи на висину изречене казне и да тај део треба поништити, суд ће по правилу пресудом решити управну ствар и преиначити оспорено решење у том делу, ако природа ствари то дозвољава и ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то. Законитост се у том случају испитује у односу на услове који су за одлуку о управној мери прописани Законом о заштити конкуренције и подзаконским актима (Уредбом о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала и Смерницама за примену ове уредбе).

Ако Суд поништи оспорено решење Комисије, предмет се враћа у стање поновног решавања по захтеву учесника у концентрацији у поступку контроле пред Комисијом, дакле, у стање пре него што је поништено решење донето. Ако према природи ствари у којој је настао управни спор треба уместо поништеног решења донети друго, Комисија је дужна да то решење донесе без одлагања, а најкасније у року од 30 дана од дана достављања пресуде, при чему је Комисија везана правним схватањем Суда, као и примедбама Суда у погледу поступка.

Иако се може уважити чињеница да Управни суд није још увек оспособљен да у поступцима утврђивања законитости решења Комисије решава у спору пуне јурисдикције, можда би се могла размотрити могућност да се бар у споровима који се воде поводом одлука којима се забрањује одређена концентрација утврди такво право Суда, уместо његовог уобичајеног касационог поступања. За учеснике у концентрацији који су покренули спор због тога што им је концентрација забрањена, одлучивање у спору ограничене јурисдикције може бити нарочито штетно, јер поступак пред Судом може дуго да траје и да увећа правну несигурност, а ако Суд поништи решење о забрани концентрације и врати предмет Комисији на поновно одлучивање, може се поставити питање да ли концентрација још увек има смисла за учеснике на тржишту. После дужег

периода, тржишни услови могу бити знатно промењени и не морају више бити повољни за спровођење концентрације, тако да она може постати неисплатива и не мора увећати друштвено благостање. Због тога се може рећи да уважавање тужбе учесника у концентрацији некада може заиста представљати Пирову победу учесника у концентрацији, чак и када се покаже да је њихова концентрација требало да се спроведе и да су они били у праву.⁵⁵⁵ Пошто је пожељно да Суд одлучи по поднетој тужби у што краћем року, бољи ефекат би се отуда можда могао постићи уколико би Суд решавао у спору пуне јурисдикције.

Против правноснажне пресуде Управног суда којом је одлучено у управном спору поводом решења Комисије, може се поднети захтев за преиспитивање судске одлуке Врховном касационом суду. Захтев може да се поднесе због повреде закона, другог прописа или општег акта или повреде правила поступка која је могла бити од утицаја на решење ствари. Рок за достављање захтева са прилозима на изјашњење је 15 дана од дана пријема у суду, а рок за давање одговора је 30 дана од дана пријема захтева на изјашњење. Врховни касациони суд ће донети одлуку о поднетом захтеву најкасније у року од три месеца од пријема одговора на захтев односно од протеча рока за овај одговор.

4.6.2. Контрола одлука Европске комисије

У праву ЕУ, судска контрола одлука Европске комисије представља једини ефикасан механизам за заштиту учесника у концентрацији од незаконитог поступања Европске комисије. Контролу одлука Европске комисије врше Општи суд и Суд правде, с тим што је Суд правде преузео улогу апелационог суда у поступцима заштите конкуренције. Општи суд поступа као првостепени суд, по

⁵⁵⁵ Исто и Mark Clough, „The Role of Judicial Review in Merger Control“, *Northwestern Journal of International Law & Business* 3/2004, Vol. 24, 754; Б. Беговић, В. Павић (2009), 84.

тужби за поништај одлуке Европске комисије, а Суд правде одлучује као другостепени суд, по жалбама на пресуде Општег суда.⁵⁵⁶

Основ за подношење тужбе Општем суду представља чл. 263. Уговора о функционисању Европске уније (бивши чл. 230. Уговора о Европској заједници), према којем Суд правде ЕУ контролише законитост законодавних аката, аката Савета, Комисије и Европске централне банке, осим оних који имају карактер препорука или мишљења, и аката Европског парламента и Европског савета који производе правна дејства на трећа лица. Суд контролише и законитост аката тела, канцеларија и агенција Уније који би могли да произведу правна дејства на трећа лица. Тужба за поништај коначног акта може се поднети због ненадлежности доносиоца, битне повреде правила поступка, повреде Уговора или других прописа који се односе на његову примену, или због злоупотребе овлашћења,⁵⁵⁷ а рок за подношење је два месеца од дана објављивања акта, његовог саопштавања тужиоцу, тј. обавештавања тужиоца о акту, или од дана сазнања за донети акт, ако тужилац није обавештен или упознат са актом. Суд правде је надлежан за тужбе које подносе земље чланице и институције ЕУ (тзв. привилеговани тужиоци), а Општи суд је надлежан за тужбе које подносе физичка и правна лица (тзв. непривилеговани тужиоци).⁵⁵⁸

Свако правно и физичко лице може поднети тужбу за поништај одлуке која је донета против њега, као и поништај одлуке која је упућена неком другом лицу, а непосредно и појединачно га погађа.⁵⁵⁹ То значи да тужбу могу да поднесу лица

⁵⁵⁶ Више о организацији правосудног система ЕУ вид. Александра Чавошки, Ана Кнежевић-Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд правде*, Институт за упоредно право, Београд 2006, 15 и даље; Александра Чавошки, „Правосудни систем Европске уније у светлости реформског уговора“, *Страни правни живот* 1/2009, 73 и даље; Р. Д. Вукадиновић (2012), 181-184.

⁵⁵⁷ У поступцима поводом одлука о концентрацијама, тужба се најчешће подноси због прва три наведена разлога, док се последњи разлог ретко наводи, јер га је тешко доказати. Вид. више Francisco Todorov, Anthony Valcke, „Judicial review of merger control decisions in the European Union“, *Antitrust Bulletin* 2/2006, Vol. 51, 364-373.

⁵⁵⁸ Вид. чл. 256, ст. 1. Уговора о функционисању ЕУ; чл. 51. Статута Суда правде ЕУ (Statute of the Court of Justice of the European Union, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_en.pdf, 16. јануар 2014).

⁵⁵⁹ Вид. чл. 263, ст. 4. Уговора о функционисању ЕУ.

којима је одлука упућена (тужба против одлуке чији су они адресати) и лица којима одлука није упућена (тужба против одлуке чији они нису адресати, јер је упућена неком другом лицу), али под условом да их та одлука „непосредно и појединачно погађа“. У поступцима заштите конкуренције, наведено правило се шире тумачи, па активну легитимацију за подношење тужбе за поништај одлуке о концентрацијама има више лица.⁵⁶⁰

Учесници у концентрацији могу поднети тужбу када је њихова концентрација забрањена, када је случај упућен телу за заштиту конкуренције земље чланице, када је концентрација условно одобрена или када су новчано кажњени. Уколико је концентрација условно одобрена, учесници имају ограничену могућност за усвајање тужбе, зато што се сматра да су учесници добровољно пристали на постављене услове и да су учествовали у њиховом предлагању. Због тога усвајање тужбе зависи од тога у којој мери су услови и обавезе „наметнути“ учесницима у концентрацији, односно у којој мери је Европска комисија вршила притисак на учеснике да прихвате услове како концентрација не би била забрањена. То значи да учесници у концентрацији морају да укажу на то да постављени услови нису били ни неопходни, јер концентрација не нарушава конкуренцију.⁵⁶¹

Поред учесника у концентрацији, тужбу за поништај могу поднети и трећа лица, уколико докажу да их одлука о концентрацији непосредно и појединачно погађа. То су уобичајено конкуренти учесника у концентрацији, али то могу бити и лица која су имала посебна права у поступку контроле пред Европском комисијом, под условом да се тужба подноси због заштите тих права (нпр. физичка и правна лица која су имала право да буду саслушана у поступку контроле, у складу са Уредбом ЕУ о концентрацијама, као што су представници запослених у привредном друштву које се преузима).⁵⁶²

Подношење тужбе Општем суду не одлаже извршење одлуке Европске комисије, јер тужба нема одложно дејство. Ипак, тужилац може посебним

⁵⁶⁰ F. Todorov, A. Valcke, 347.

⁵⁶¹ *Ibid.*, 351.

⁵⁶² *Ibid.*, 361.

поднеском поднети захтев за изрицање привремених мера, како би Суд наложио обустављање извршења оспораване одлуке или одредио другу привремену меру. У захтеву се наводи чињенично и правно стање које *prima facie* оправдава хитно изрицање привремене мере, што значи да привремена мера може бити одређена ако тужба, на први поглед, делује основано и ако тужилац докаже да су мере хитно потребне како не би претрпео озбиљну и ненадокнадиву штету.⁵⁶³

Општи суд одлучује у спору ограничене јурисдикције, па ће пресудом, у целини или делимично, поништити одлуку Европске комисије уколико тужба буде основана.⁵⁶⁴ Поводом одлуке којом Европска комисија утврђује новчану казну или периодичне пенале, Суд одлучује у спору пуне јурисдикције, тако да може да поништи ову одлуку или да смањи или повећа новчану казну или периодични пенал.⁵⁶⁵

Уколико Суд поништи одлуку, Европска комисија мора да предузме све неопходне мере како би поступила у складу са пресудом Суда и да преиспита своју одлуку, односно да поново испита концентрацију и донесе одлуку о њеној дозвољености, поштујући рокове за доношење одлука који су важили и приликом доношења прве одлуке. Концентрација се испитује с обзиром на постојеће тржишне услове, а ако је пријава концентрације због промењених околности или података постала непотпуна, учесници морају да поднесу нову пријаву или да допуне прву пријаву.

Против пресуде Општег суда може се поднети жалба Суду правде, искључиво у погледу правних околности, под условима и у границама предвиђеним Статутом Суда правде ЕУ. Статут предвиђа да се жалба може уложити због ненадлежности Општег суда, због повреде правила поступка пред Општим судом или због кршења права ЕУ пред Општим судом.⁵⁶⁶ Жалба на пресуду Општег суда нема одложно дејство, али подносилац жалбе може од Суда

⁵⁶³ Вид. чл. 104. Правила поступка пред Општим судом (Rules Of Procedure of the General Court, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt7_2008-09-25_14-08-6_431.pdf, 16. јануар 2014); А. Чавошки, А. Кнежевић-Бојовић, Д. Поповић, 125.

⁵⁶⁴ Вид. чл. 264. Уговора о функционисању ЕУ.

⁵⁶⁵ Чл. 16. Уредбе ЕУ о концентрацијама.

⁵⁶⁶ Чл. 58. Статута Суда правде ЕУ.

правде да захтева изрицање привремених мера којима би се привремено обуставило извршење пресуде.⁵⁶⁷ Када усвоји жалбу, Суд правде ће поништити пресуду Општег суда, а може и сам решити спор и донети пресуду (када је предмет довољно расправљен) или вратити предмет Општем суду, који је у том случају везан одлуком Суда правде у погледу правних околности.⁵⁶⁸

Може се закључити да поступак судске контроле одлука Европске комисије о концентрацијама може дуго да траје и да поништење одлуке о забрани концентрације не значи да концентрација може да се спроведе. Учесници у концентрацији још увек морају да добију одобрење Европске комисије, а поништење одлуке не значи да ће оно бити добијено, посебно ако је тужба поништена због повреде правила поступка, па Европска комисија у поновном поступку донесе исту одлуку након што исправи процедуралне грешке. Такво одлучивање судова било је изложено оштрим критикама, јер се сматра да поступак заштите учесника у концентрацији мора да буде брз, исто колико и квалитетан и ефикасан, а да поступак пред Општим судом дуго траје и да ствара неприхватљива одлагања у доношењу пресуда.⁵⁶⁹

Због тога се пред Општим судом може водити убрзани поступак који омогућава убрзано мериторно одлучивање у предметима који се сматрају посебно хитним. Овај поступак је уведен 2000. године, када је у Правила поступка пред Општим судом унесен чл. 76(а), првенствено како би се убрзао поступак одлучивања по одлукама о концентрацијама, јер је процењено да би поступак могао тада трајати највише 12 месеци, односно мање од 12 месеци.⁵⁷⁰

Поступак пред Општим судом по правилу се састоји од писменог и усменог дела, али се у убрзаном поступку наглашава усмени поступак. Писмени

⁵⁶⁷ Чл. 60. Статута Суда правде ЕУ; чл. 278. Уговора о функционисању ЕУ.

⁵⁶⁸ Чл. 61. Статута Суда правде ЕУ.

⁵⁶⁹ Вид. М. Clough, 747.

⁵⁷⁰ Kyriakos Fountoukakos, „Judicial review and merger control: The CFI’s expedited procedure“, *Competition Policy Newsletter* October 3/2002, 8. Поступци пред Општим судом су до тада трајали у просеку 20 месеци, односно скоро две године, а често трају и дуже, у случајевима који се односе на веома сложене предмете који укључују економске анализе. Вид. F. Todorov, A. Valcke, 376; K. Fountoukakos, 8.

део је поједностављен, а ограничава се садржина писмених поднесака, тако да је убрзани поступак у суштини усмени поступак. Захтев за одлучивање о предмету у убрзаном поступку могу поднети тужилац и тужени, у посебном поднеску, а председник Суда, након њиховог саслушања, дискреционо одлучује о томе да ли постоји оправданост, тј. хитна потреба вођења убрзаног поступка. У предметима за које сматра да су изузетно хитни и да нису превише сложени, Суд може одлучити да убрза поступање по њима, и то тако што се рокови скраћују, а тим предметима се даје апсолутни приоритет у поступању.⁵⁷¹

Одлучивање у убрзаном поступку има велике предности у односу на уобичајени поступак пред Општим судом, што свакако доприноси ефикаснијој заштити учесника на тржишту, посебно ако се истовремено примењују привремене мере. Ипак, и овај поступак има извесна ограничења, будући да поступак и даље дуго траје и не одобрава се аутоматски, већ дискреционом одлуком Суда. Убрзани поступак може да траје неколико месеци,⁵⁷² што је за учеснике у концентрацији вероватно превише дуг период неизвесности, будући да је за њих време од суштинског значаја за спровођење концентрације.

С обзиром на то да Суд мора пажљиво да поступа у предметима који се односе на концентрације, а узимајући у обзир сложеност ове материје, могли би се размотрити предлози да судови уместо у спору ограничене јурисдикције одлучују у спору пуне јурисдикције, и на тај начин скрате период одлучивања и умање неизвесност за учеснике на тржишту. Међутим, оваква велика промена у начину одлучивања није могућа у постојећем институционалном оквиру и захтева промене у Уговору о функционисању ЕУ, тако да за сада није реално очекивати да овакав радикалан предлог буде прихваћен.⁵⁷³

Могу се размотрити и алтернативни предлози за оснивање специјалног суда (панела) који би поступао само у поступцима контроле концентрације, као и у другим поступцима заштите конкуренције. Формирање специјалног суда не

⁵⁷¹ Више о убрзаном поступку вид. К. Fountoukakos, 7-12; F. Todorov, A. Valcke, 376-379; M. Clough, 747-749.

⁵⁷² F. Todorov, A. Valcke, 376.

⁵⁷³ Исто и *ibid.*, 380.

захтева измену Уговору о функционисању ЕУ, јер чл. 257. Уговора предвиђа овакву могућност, а истовремено омогућава Европској комисији да задржи своје надлежности у поступку контроле. Овакво решење би значило да би поступак судске контроле одлука Европске комисије трајао највише шест месеци, ако не и краће, а да би цео поступак испитивања концентрације коју врше Европска комисија и Суд трајао највише 12 месеци.⁵⁷⁴

Европски парламент и Савет могу посебном заједничком одлуком да формирају специјализоване судове при Општем суду (као посебне судове или као делове Општег суда), на захтев Европске комисије, уз претходне консултације са Судом правде, или на захтев Суда правде, а после консултација са Европском комисијом.⁵⁷⁵ Суд може да спроводи поступак у првом степену у одређеним врстама предмета или поступака који се односе на посебна подручја, а против одлука специјализованог суда постоји право жалбе Општем суду само из правних разлога. Жалба која се односи на чињенично стање може се поднети само ако је то предвиђено одлуком о оснивању специјализованог суда. Жалба Суду правде на одлуке Општег суда могућа је само због правних питања.⁵⁷⁶

Чини се да би оснивање специјализованог суда за поступке заштите конкуренције било прихватљиво решење, с обзиром на то Уговор о функционисању ЕУ пружа такву могућност и да би се тиме скратило трајање (судске) контроле концентрација. Не би требало да се на тај начин умањи степен заштите учесника на тржишту, јер пракса Општег суда показује да је Суд својим одлукама Европској комисији поставио строже услове за забрану концентрација.⁵⁷⁷ Нови суд би у том погледу задржао важну улогу коју судови ЕУ имају у контроли концентрација, будући да су судови имали пресудан утицај на стварање праксе и доношење прописа у области контроле концентрација. Овај утицај се остваривао не само приликом широког тумачења одредаба Римског

⁵⁷⁴ Вид. М. Clough, 733 и даље.

⁵⁷⁵ До сада је формиран само један специјализован суд. То је Службенички трибунал ЕУ (*Civil Service Tribunal*), који је основан 2004. године и који чини саставни део правосудног система ЕУ.

⁵⁷⁶ Вид. чл. 276(а) Уговора о функционисању ЕУ. Вид. и Р. Д. Вукадиновић (2012), 185.

⁵⁷⁷ Вид. F. Todorov, A. Valcke, 380; М. Clough, 732 и 750-751.

уговора, када нису постојали прописи о концентрацијама, већ и приликом тумачења важећих прописа о концентрацијама у вези са одређеним питањима у поступку контроле, када су бројни ставови судова унети у нове прописе и тако постали саставни део регулативе о концентрацијама (нпр. у вези са доминантним релевантним тржиштем, оценом нехоризонталних концентрација, аргументима за одбрану концентрација).

ЗАКЉУЧАК

Контрола концентрација представља веома важан, трећи стуб политике заштите конкуренције у Републици Србији, јер се применом прописа о контроли концентрација спречава настајање неповољних тржишних структура које представљају основе за неконкурентна тржишна понашања. Концентрације су један од основних чинилаца настанка неконкурентних тржишних структура које могу да генеришу неповољне ефекте по економску ефикасност и тиме по друштвено благостање, тако да је смисао усвајања прописа о контроли концентрација очување конкурентних тржишних структура и заштита конкуренције на тржишту. Отуда и Закон о заштити конкуренције, којим је успостављен правни режим контроле концентрација у Републици Србији, прихвата савремена решења која су прихваћена у праву ЕУ и која би требало да омогуће заштиту конкуренције на тржишту Републике Србије.

Анализа решења Закона о заштити конкуренције (заједно са пратећим Уредбама) показала је, међутим, да Републици Србији недостају одређена правила о контроли концентрација којима би се могла детаљније уредити поједина питања у вези са контролом концентрација, као што су облици концентрација и појам контроле, нарочито заједничко улагање које подлеже контроли; дефинисање и утврђивање годишњих прихода учесника у концентрацији и повезаних лица на тржишту; врсте концентрација; унилатерални ефекти (хоризонталних и нехоризонталних) концентрација, координативни ефекти концентрација; критеријуми за оцену (хоризонталних и нехоризонталних) концентрација (нпр. анализа тржишне структуре и Херфиндал-Хиршманов индекс, супротстављена моћ купаца, улазак на тржиште), аргументи за одбрану концентрација; условно одобрење концентрација и др.

Доношењем подзаконских аката (уредаба, смерница или упутстава), који би уредили наведена питања, могла би се олакшати повезивања учесника на тржишту, увећати правна сигурност и унапредити заштита конкуренције, тако да се може рећи да непостојање ових посебних правила представља недостатак

контроле концентрација у Србији. Њихово недоношење може се у одређеној мери објаснити чињеницом да је контрола концентрација релативно скоро уведена у правни систем Републике Србије и да Комисија за заштиту конкуренције има релативно кратку историју бављења контролом концентрација, тако да се чини Комисија није имала довољно искуства на основу којег би у посебним актима могла да дефинише практично поступање у поступцима контроле концентрација.

Међутим, пошто је Комисија до сада формирала извесну праксу која би јој омогућила да детаљније уреди област контроле концентрације, посебно ако се има у виду околност да у ЕУ постоје бројна правила која регулишу ову област, о наведеним питањима требало би водити рачуна уколико би се разматрала могућност доношења нових прописа, односно измене постојећих прописа о контроли концентрација. Таква побољшања би се могла повољно одразити на повезивања учесника на тржишту и на квалитет рада Комисије за заштиту конкуренције и Управног суда, будући да се Комисија и Управни суд понекад суочавају са тешкоћама у свом раду, па би ови прописи допринели бољем разумевању контроле концентрација.

Пошто се прописи о контроли концентрација морају посматрати и у односу на то у којој мери (де)стимулишу повезивања тржишних учесника, а не само да ли се њиховом применом може обезбедити заштита конкуренције на тржишту, може се рећи да би учињени пропусти могли умањити правну сигурност и у одређеној мери дестимулисати концентрације. Иако су постојећа правила о контроли концентрација довољно строга да се њима обезбеди заштита конкуренције, наведени недостаци могу унети неизвесност у погледу њихове примене, умањити предвидљивост у раду Комисије за заштиту конкуренције и отежати повезивање учесника на тржишту. Досадашње истраживање, дакле, показује да би се прописи о контроли концентрација могли унапредити у одређеним областима, па се у том погледу могу издвојити поједина питања на која би требало обратити пажњу приликом будућих измена прописа, када се оне буду вршиле.

У праву Републике Србије не постоје јасна правила којима би се успоставили критеријуми за оцену концентрација и која би детаљније регулисала одређена питања у поступку контроле. Нису утврђене посебне смернице за оцену концентрација, а пошто прописи Републике Србије не праве разлику између

хоризонталних и нехоризонталних концентрација, на све врсте концентрација примењују се увек исти критеријуми за оцену, што се чини непримерним. Потребно је разликовати поједина правила за оцену хоризонталних и нехоризонталних концентрација, јер се разликују и механизми којима ове врсте концентрација утичу на стварање неконкурентних тржишних структура и тиме на конкуренцију. На хоризонталне концентрације би требало применити другачије критеријуме за оцену, јер су оне најзначајнији узрок стварања неконкурентних тржишних структура.

Проблем утврђивања релевантног тржишта није у потпуности ваљано решен, тако да то још увек може представљати проблем за Комисију за заштиту конкуренције и за учеснике на тржишту. Закон не предвиђа (обавезну) примену теста претпостављеног монополисте и само сумарно регулише, тј. набраја критеријуме за одређивање релевантног тржишта. Због тога би било пожељно да постоји обавеза примене теста претпостављеног монополисте којим би се увећала предвидљивост поступања Комисије за заштиту конкуренције и правна сигурност.

Прагови за пријаву концентрација су повећани и измењени, али они још увек нису оптимални, па се на тај начин оптерећује Комисија за заштиту конкуренције, спутава повезивање учесника на тржишту и стварају својеврсне препреке за домаћа и страна улагања на тржишту Републике Србије. Закон, при томе, предвиђа да су учесници на тржишту обавезни да пријаве концентрацију која се спроводи путем јавне понуде за преузимање акционарских друштава, без обзира на остварене укупне годишње приходе у претходној години, што се са становишта заштите конкуренције чини непотребним.

Затим, појам *прихода* је широко одређен, због чега се увећава број концентрација које испуњавају услов за пријаву и које подлежу контроли, иако не постоји опасност да ће оне нарушити конкуренцију. Према Закону, годишњи приходи учесника у концентрацији обухватају све приходе остварене у току године (пословне, финансијске и остале приходе), а под приходима би требало подразумевати само приходе остварене у претходној години продајом добара и пружањем услуга у оквиру редовне делатности (приходи од продаје), што се чини смисленијим решењем.

Учесници у концентрацији су ограничени (прекатким) роком за пријаву концентрације, па би једна од препорука била да се тај рок укине. Закон утврђује рок од 15 дана за пријаву концентрације, али се он чини непотребним, будући да довољну заштиту конкуренције омогућава обавеза прекида спровођења концентрације, односно забрана спровођења концентрације док се не донесе одлука о њеном одобрењу.

Покретање поступка контроле по службеној дужности (у случају када Комисија, по сазнању за спроведену концентрацију, утврди да заједнички тржишни удео учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије износи најмање 40%, односно ако основано претпостави да концентрација нарушава конкуренцију), увећава правну несигурност и може нанети штету учесницима на тржишту који нису имали обавезу да пријаве спроведену концентрацију. Разумљивим се сматра само покретање поступка контроле по службеној дужности када Комисија сазна да су реализоване концентрације које нису пријављене, а за које је постојала обавеза пријаве концентрације, тако да у осталим случајевима покретање поступка контроле по службеној дужности није оправдано.

Код изузетака од контроле концентрација, када банка или друга финансијска организација привремено стекне учешће у другом учеснику на тржишту, Закон ограничава период у којем се може продужити рок за продају привремено стечених акција или удела, уколико продаја акција или удела није разумно била могућа у оквиру рока од годину дана од дана стицања. Одредба о начину коришћења права гласа стеченог на основу тог учешћа представља довољну заштиту за конкуренцију, тако да би ограничење у погледу продужења рока за продају требало укинути.

У поступку судске контроле, Управни суд решава у спору ограничене јурисдикције, а подношење тужбе Суду не одлаже извршење решења, што продужава поступак контроле и уноси несигурност, а може и увећати трошкове учесника у концентрацији и обесмислити концентрацију. Можда би се зато могла размотрити могућност да Управни суд решава у спору пуне јурисдикције, а да подношење тужбе Суду има одложно дејство.

Накнаде, тј. таксе које подносиоци пријаве плаћају за издавање решења Комисије за заштиту конкуренције по пријави концентрације веома су високе.

Оне би могле да буду ниже, тако да покривају само стварне трошкове поступка испитивања концентрације и издавања решења о дозвољености концентрације, будући да не би требало да постану додатни извор прихода за Комисију.

Имајући у виду све наведене околности, чини се да контрола концентрација није у потпуности уређена на начин који омогућава да се контролом концентрација истовремено не спрече оне концентрације које увећавају економску ефикасност, а које не нарушавају конкуренцију. То значи да би постојећа решења могла утицати на концентрације на тржишту које имају повољне ефекте по друштвено благостање и у одређеној мери на привредни развој Републике Србије, посебно ако се има у виду да су концентрације основни механизми реструктурирања реалног сектора привреде Републике Србије.

Због тога би се могле размотрити одређене препоруке, односно смернице да се побољшају прописи о контроли концентрација и да се унапреди пракса Комисије за заштиту конкуренције, у циљу успостављања одговарајућег правног оквира унутар којег учесници на тржишту могу да доносе пословне одлуке, а који би им стварао подстицаје да се повезују на тржишту. Тиме би се у потпуности успоставио умерен режим контроле концентрација, примерен потребама привреде Републике Србије, а при томе се не би умањила заштита конкуренције на тржишту, јер се предлажу решења која су целисходна и која не утичу на степен заштите која се остварује постојећим правилима.

Појединим изменама би се та заштита чак унапредила (нпр. у вези са утврђивањем релевантног тржишта или детаљнијим регулисањем одређених питања), јер би се увећала правна сигурност и сузио простор за могуће грешке и злоупотребе у поступку контроле. Доношењем Закона о заштити конкуренције остварен је значајан напредак у заштити конкуренције и његове одредбе о контроли концентрација представљају добру основу за заштиту конкуренције, али усвајањем посебних смерница или упутстава, та заштита би се могла побољшати, могао би се растеретити рад Комисије за заштиту конкуренције од непотребног поступања по пријавама концентрација, посебно оних концентрација које немају готово никакав утицај на тржиште Републике Србије, уклониле би се сувишне баријере за учеснике на тржишту и олакшало би се њихово повезивање.

Република Србија би на тај начин могла и да настави, односно заврши процес приближавања правном систему ЕУ у области права конкуренције, односно контроле концентрација, будући да у Закону о заштити конкуренције нису предвиђена одређена корисна решења која постоје у праву ЕУ, иако је Закон прихватио најважније принципе на којима се заснива контрола концентрација са европском димензијом. Закон о заштити конкуренције и пратеће Уредбе су, у принципу, усклађени са Уредбом ЕУ о концентрацијама, будући да не постоји неко значајније одступање од решења права ЕУ, што је разумљиво, јер је контрола концентрација део права конкуренције ЕУ, па и контрола концентрација у Републици Србији треба да буде уређена по угледу на право ЕУ.

Усклађивање са правом ЕУ, према томе, јесте веома важно, али се чини да је од сâмог усклађивања прописа важније применом тих прописа обезбедити и заштитити конкуренцију на тржишту, јер је заштита конкуренције један од најважнијих услова за развој тржишне привреде у земљи, односно један од начина да се успостави ефикасно тржиште које ће омогућити остваривање економске ефикасности и увећање друштвеног благостања. Отуда би и препоруке за усаглашавање са правом ЕУ трбало схватити као препоруке за унапређење система заштите и промоције конкуренције на тржишту Републике Србије.

ЛИТЕРАТУРА

1. **Adelman M. A.**, „Economic Aspects of the Bethlem Opinion“, *Virginia Law Review* 5/1959, Vol. 45, 684-696.
2. **Akšamović Dubravka**, „Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2008, Vol. 29, 1033-1066.
3. **Almunia Joaquín**, „The past and the future of merger control in the EU“, Speech/10/486, Global Competition Review's conference, Brussels, 28 September 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-486_en.htm?locale=en, 26. децембар 2013.
4. **Андровић Милош, Кршикапа Горана**, „Шта је циљ? – Нови Закон о заштити конкуренције Републике Србије“, *Ревуја за европско право* 2-3/2010, 77-103.
5. **Арсић Зоран**, „Преузимање контроле као облик надзора над радом пословодног органа“, *Право и привреда* 11-12/95, 19-29.
6. **Auerbach Alan J., Reishus David**, „The Effects of Taxation on the Merger Decision“, *Corporate Takeovers: Causes and Consequences* (ed. A. J. Auerbach), University of Chicago Press, Chicago – London 1988, 157-189.
7. **Vaccaro Vincenzo**, „Failing firm Defence and Lack of Causality: Doctrine and Practice in Europe of two Closely Related Concepts“, *European Competition Law Review* 1/2004, 11-24.
8. **Бановчанин Ирена**, „Појам предузећа у праву конкуренције Европске уније“, *Европско законодавство* 7/2004, 88-92.
9. **Bavasso Antonio, Lindsay Alistair**, „Causation in EC Merger Control“, *Journal of Competition Law and Economics* 2/2007, Vol. 3, 181–202.

10. **Bedi Jaideep, Richards Anthony, Tennant Paul**, *The Characteristics and Trading Behaviour of Dual-Listed Companies*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=418500, 12. јул 2013.
11. **Беговић Борис**, „Структурне везе: ширење домена контроле концентрација и последице по правну сигурност“, *Правна сигурност у условима транзиције* (ур. Р. Васић), Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2014, 316-333.
12. **Беговић Борис et al.**, *Антимонополска политика у СР Југославији – Анализа постојећих тржишних структура и антимонополских институција*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2002.
13. **Беговић Борис et al.**, *Нова антимонополска политика – предлог решења*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2003.
14. **Беговић Борис et al.**, *Унапређење корпоративног управљања*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2003.
15. **Беговић Борис et al.**, *Гринфилд стране директне инвестиције у Србији*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2008.
16. **Беговић Борис, Павић Владимир**, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали* 2/2009, 70-88.
17. **Беговић Борис, Павић Владимир**, *Шта је то конкуренција и како се штити?*, Центар за либерално-демократске студије, Београд 2010.
18. **Беговић Борис, Павић Владимир**, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012.
19. **Беговић Борис, Лабус Мирољуб, Јовановић Александра**, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду – Издавачки центар, Београд 2008.
20. **Berkovitch Elazar, Narayanan M. P.**, „Motives for Takeovers: An Empirical Investigation“, *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 3/1993, Vol. 28, 347-362.
21. **Бесаровић Весна**, „Право конкуренције Републике Србије у новим законским оквирима“, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага*

- Трајковића (ур. Васиљевић Мирко), Правни факултет/Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд 2006, 112-124.
- 22. Бесаровић Весна**, „Преузимање отворених акционарских друштава у праву Европске уније и Републике Србије“, *Анали* 2/2008, 272-290.
- 23. Bishop Simon et al.**, *The Efficiency-Enhancing Effects of Non-Horizontal Mergers – A Report by RBB Economics*, 2005, http://www.edis.sk/ekes/non_horizontal_mergers.pdf, 19. март 2013.
- 24. Bishop Simon, Lofaro Andrea**, „A legal and economic consensus? the theory and practice of coordinated effects in EC merger control“, *Antitrust Bulletin* 1-2/2004, Vol. 49, 195-242.
- 25. Bishop Simon, Walker Mike**, *The Economics of EC Competition Law – concepts, application and measurement*, Sweet and Maxwell, London 2002.
- 26. Bittlingmayer George**, „The Market For Corporate Control (Including Takeovers)“, *Encyclopedia of Law and Economics – Volume III. The Regulation of Contracts* (eds. Bouckaert Boudewijn, De Geest Gerrit), Edward Elgar, Cheltenham 2000, 725-771.
- 27. Bork Robert H.**, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Free Press, New York 1993.
- 28. Brodley Joseph F.**, „Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures“, *Antitrust Law Journal* 3/1996, Vol. 64, 575-612.
- 29. Burnside Alec J.**, „Minority Shareholdings: An overview of EU and national case law“, *e-Competitions* 56676/September 2013.
- 30. Butorac Malnar Vlatka**, „Povećana učinkovitost poduzetnika u postupku ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija prema hrvatskom i europskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2010, Vol. 31, 523-557.
- 31. Butorac Malnar Vlatka, Pecotić Kaufman Jasminka**, „Ocjena koncentracija poduzetnika prema kriteriju opadajućeg poslovanja u doba recesije“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 4/2011, Vol. 61, 1253-1294.
- 32. Calkins Stephen**, „The New Merger Guidelines and the Herfindahl-Hirschman Index“, *California Law Review* 2/1983, Vol. 71, 402-429.

33. **Camesasca Peter D.**, „The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?“, *European Competition Law Review* 1/1999, 14-28.
34. **Campbell Thomas J.**, „Efficiency of the Failing Company Defense“, *Texas Law Review* 2/1984, Vol. 63, 251-283.
35. **Carlton Dennis W., Perloff Jeffrey M.**, *Modern Industrial Organization*, Pearson/Addison Wesley, Boston – San Francisco 2005.
36. **Cerovac Mladen**, „Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela“, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb 2002, http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mladen_cerovac/9_mc.pdf, 7. фебруар 2014.
37. **Cerovac Mladen**, *Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika*, Klasa: 011-02/2005-01/17, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb 2005.
38. **Cerovac Mladen**, *Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja*, 2010, <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 2. март 2013.
39. **Church Jeffrey**, „Vertical Mergers“, *Issues in Competition Law and Policy – Vol. 2* (eds. Wayne D. Collins *et al.*), ABA Section of Antitrust Law, Chicago 2008, 1455-1501.
40. **Church Jeffrey**, „Conglomerate Mergers“, *Issues in Competition Law and Policy – Vol. 2* (eds. Wayne D. Collins *et al.*), ABA Section of Antitrust Law, Chicago 2008, 1503-1552.
41. **Clarck Emily F., Foss Celia E.**, „When the Failing Firm Defence Fails“, *Journal of European Competition Law and Practice* 4/2012, Vol. 3, 317-331.
42. **Clough Mark**, „The Role of Judicial Review in Merger Control“, *Northwestern Journal of International Law & Business* 3/2004, Vol. 24, 729-754.
43. **Conard Alfred F.**, „Corporate Fusion in the Common Market“, *American Journal of Comparative Law* 4/1966, Vol. 14, 573-602.
44. **Connor Martin F.**, „Section 7 of the Clayton Act: The ‘Failing Company’ Myth“, *Georgetown Law Journal* 1/1960, Vol. 49, 84-99.

45. **Coppi Lorenzo, Walker Mike**, „Substantial Convergence or Parallel Paths - Similarities and Differences in the Economic Analysis of Horizontal Mergers in the U.S. and EU Competition Law“, *Antitrust Bulletin* 1-2/2004, Vol. 49, 101-152.
46. **Correia Edward O.**, „Re-Examining the Failing Company Defense“, *Antitrust Law Journal* 3/1996, Vol. 64, 683-701.
47. **Cozian Maurice, Viandier Alain, Deboissy Florence**, *Droit des sociétés*, Litec, Paris 2002.
48. **Craig Paul, De Búrca Gráinne**, *EU Law: text, cases, and materials*, Oxford University Press, New York 2008.
49. **Ђировић Милутин**, *Фузије и аквизиције*, Прометеј, Нови Сад 2004.
50. **Чавошки Александра, Кнежевић-Бојовић Ана, Поповић Душан**, *Европски суд правде*, Институт за упоредно право, Београд 2006.
51. **Чавошки Александра**, „Правосудни систем Европске уније у светлости реформског уговора“, *Страни правни живот* 1/2009, 73-85.
52. **Ђајковић Ирена**, „Comments on the new Serbian Competition Law“, *European Competition Law Review* 2/2010, Vol. 31, 52-66.
53. **Граић Степановић Сања**, „Монополске тенденције код фузија привредних друштава“, *Правни живот* 11/1998, 315-324.
54. **Граић Степановић Сања**, „Фузија предузећа у антимонополском праву Европске уније“, *Право и привреда* 1-2/2000, 37-36.
55. **Граић Степановић Сања**, „Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентијски ризик“, *Право и привреда* 5-8/2007, 453-465.
56. **Данковић Степановић Сања**, „Одговорно спровођење пословних концентрација – у калеидоскопу усаглашавања права конкуренције РС и ЕУ“, *Правни живот* 11/2011, 187-204.
57. **Decocq André, Decocq Georges**, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Librairie Generalae de Droit et de Jurisprudence, Paris 2004.
58. **DePamphilis Donald M.**, *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities – An Integrated Approach to Process, Tools, Cases, and Solutions*, Academic Press, San Diego CA 2012.

- 59. De Coninck Raphaël**, „Application of the Nonhorizontal Merger Guidelines“, *Antitrust Bulletin* 4/2010, Vol. 55, 929-952.
- 60. De la Mano Miguel**, *For the customer's sake – The competitive effects of efficiencies in European merger control*, Enterprise Papers No 11, Enterprise Directorate-General, European Commission, Brussels 2002.
- 61. Derek Bok C.**, „Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics“, *Harvard Law Review* 2/1960, Vol. 74, 226-355.
- 62. Diamant Irene R.**, „The Failing Company Doctrine since General Dynamics: More Than Excess Baggage“, *Fordham Law Review* 5/1979, Vol. 47, 872-893.
- 63. Dolan Kevin D., Tretiak Philip, Elman Jonathan**, „Virtual Mergers: Is America Ready?“, *Taxes* March/2002, 165-186.
- 64. Drauz Götz**, „Unbundling *Ge/Honeywell*: The Assessment of Conglomerate Mergers Under EC Competition Law“, *Fordham International Law Journal* 4/2001, Vol. 25, 885-908.
- 65. Ehlermann Claus-Dieter, Völcker Sven B., Gutermuth G. Axel**, „Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation“, *World competition* 2/2005, Vol. 28, 193-203.
- 66. European Commission**, *Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control*, Part 1/3, Brussels 2013, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/merger_control_en.pdf, 7. децембар 2013.
- 67. 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, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/consultation_annex1_en.pdf, 7. децембар 2013.
- 68. 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, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/consultation_annex2_en.pdf, 7. децембар 2013.

- 69. European Commission** – Press Release, *Mergers: Commission blocks proposed acquisition of TNT Express by UPS*, IP/13/68, 30.01.2013.
- 70. European Commission** – Memo, *Mergers: Commission prohibits proposed acquisition of TNT Express by UPS – frequently asked questions*, MEMO/13/48, 30.01.2013.
- 71. Evanst David S., Salinger Michael**, „Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law“, *Yale Journal on Regulation* 1/2005, Vol. 22, 37-89.
- 72. Farrar John H. et al.**, *Farrar's Company Law*, Butterworths, London 1991.
- 73. Farrell Joseph, Shapiro Carl**, „Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis“, *Antitrust Law Journal* 3/2001, Vol. 68, 685-710.
- 74. Fine Frank L.**, „The Substantive Test of the EEC Merger Control Regulation: the first Two Years“, *Antitrust Law Journal* 3/1993, Vol. 61, 699-735.
- 75. Fountoukakos Kyriakos**, „Judicial review and merger control: The CFI's expedited procedure“, *Competition Policy Newsletter* October 3/2002, 7-12.
- 76. Fountoukakos Kyriakos, Geary Lisa**, „Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of *Nynas/Shell* and *Olympic/Aegean*“, *CPI Europe Column* December 20, 2013.
- 77. Fountoukakos Kyriakos, Herron Molly**, „Mergers and joint ventures: An overview of EU and national case law“, *e-Competitions* 40270/November 2011.
- 78. Fountoukakos Kyriakos, Ryan Stephen**, „A New Substantive Test for EU Merger Control“, *European Competition Law Review* 5/2005, 277-296.
- 79. Friend Mark**, „Regulating Minority Shareholdings and Unintended Consequences“, *European Competition Law Review* 6/2012, Vol. 33, 303-306.
- 80. Gavalda Christian, Parleani Gilbert**, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, Paris 1999.
- 81. Гецић Богдан**, „Значај новог SIEC теста у поступку контроле концентрација“, *Право и привреда* 1-3/2012, 125-140.
- 82. Гоган Патрик А.**, *Интеграције, аквизиције и реструктурирање корпорација*, Прометеј, Нови Сад 2004.
- 83. Голубовић Драган**, „Основне карактеристике предузетничких уговора у немачком праву“, *Правни живот* 11/1998, 479-489.

- 84. Graham John R., Smart Scott B., Megginson William L.,** *Corporate Finance – Linking Theory to What Companies Do*, South-Western, Mason OH 2010.
- 85. Hawk Barry E.,** „The EEC Merger Regulation: The First Step toward One-stop Merger Control“, *Antitrust Law Journal* 1/1990, Vol. 59, 195-235.
- 86. Horner Neil,** „Unilateral Effects and the EC Merger Regulation – How The Commission Had its Cake and Ate it Too“, *Hanse Law Review* 1/2006, Vol. 2, 23-43.
- 87. Hovenkamp Herbert,** *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson/West, Saint Paul 2005.
- 88. Ignjatovic Bojana, Ridyard Derek,** „Minority Shareholdings, Material Effects?“, *CPI Antitrust Chronicle* January 2012 (1).
- 89. Ilzkovitz Fabienne, Meiklejohn Roderick,** „European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?“, *Journal of Industry, Competition and Trade* 1-2/2003, Vol. 3, 57-85.
- 90. Ivaldi Marc et al.,** *The Economics of Unilateral Effects*, Interim Report for DG Competition, European Commission, 2003, http://idei.fr/doc/wp/2003/economics_unilaterals.pdf, 21. мај 2013.
- 91. Ivaldi Marc et al.,** *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, 2003, http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf, 28. мај 2013.
- 92. Jacquemin Alexis,** „Horizontal Concentration and European Merger Policy“, *European Economic Review* 2-3/1990, Vol. 34, 539-550.
- 93. Jagić Tea,** „Ocjena vertikalnih koncentracija Europske komisije nakon stupanja na snagu Smjernica za ocjenu nehorizontalnih koncentracija – na primjerima odluka TomTom/Tele Atlas i Nokia/NAVTEQ“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2011, Vol. 61, 1601-1624.
- 94. Јанковић Лана,** „Преузимање акционарских друштава“, *Правни живот* 11/2003, 107-125.
- 95. Јелинић Срећко, Јелинић Звонимир,** „Контрола концентрација (спајања, преузимања и стјецања контроле) у хрватском законодавству“, *Либерализам и заштита конкуренције*, (ур. Мићовић Миодраг), Правни

- факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2010, 285-296.
- 96. Jones Alison, Suftrin Brenda**, *EC Competition Law: Texts, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York 2008.
- 97. Јовановић Небојша**, „Преузимање акционарских друштава“, *Акционарска друштва, берзе и акције* (ур. Мирко Васиљевић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 281-305.
- 98. Јовановић Небојша, Марковић-Бајаловић Дијана**, „Осврт на Закон о заштити конкуренције“, *Право и привреда* 9-12/2005, 13-47.
- 99. Kalbfleisch Pieter**, „Minority Shareholdings in Competing Companies“, *Concurrences* 3-2011, 37-41.
- 100. Kaplan Roger G.**, „All the King's Horses and All the King's Men: The Failing Company Doctrine as a Conditional Defense to Section 7 of the Clayton Act“, *Hofstra Law Review* 3/1976, Vol. 4, 643-684.
- 101. Kapural Mirta**, „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, 15. новембар 2013.
- 102. Karenfort Stefan**, *Synergy in Mergers and Acquisitions – The Role of Business Relatedness*, Josef Eul Verlag, Lohmar-Köln 2011.
- 103. Kenneth George**, „Do we Need a Merger Policy?“, *Mergers and Merger Policy* (eds. James A. Fairburn, John A. Kay), Oxford University Press, New York 1989, 281-300.
- 104. Клајн Иван, Шипка Милан**, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2006.
- 105. Kokkoris Ioannis**, „The concept of Market Definition and the SSNIP test in the Merger Appraisal“, *European Competition Law Review* 4/2005, 207-14.
- 106. Kokkoris Ioannis**, „Failing Firm Defence in the European Union: A Panacea for Mergers?“, *European Competition Law Review* 9/2006, 494-509.
- 107. Kolasky William J.**, „What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives“, *Antitrust Bulletin* 1-2/2004, Vol. 49, 29-53.

108. **Kolasky William J., Dick Andrew R.**, „The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers“, *Antitrust Law Journal* 1/2003, Vol. 71, 207-251.
109. **Korah Valentine**, *Cases and Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland 2006.
110. **Korah Valentine**, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007.
111. **Landes William M., Posner Richard A.**, „Market Power in Antitrust Cases“, *Harvard Law Review* 5/1981, Vol. 94, 937-996.
112. **Laurenza Paul M.**, „Section 7 of the Clayton Act and the Failing Company: An Updated Perspective“, *Virginia Law Review* 5/1979, Vol. 65, 947-970.
113. **Lerner Abba P.**, „The concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power“, *The Review of Economic Studies* 3/1934, Vol. 1, 157-175.
114. **Levy Nicholas**, „The Control of Concentrations Between Undertakings“, *Competition Law of the European Community* (ed. V. Korah), Matthew Bender, New York 2000 (looseleaf ed.), Chapter 8.
115. **Levy Nicholas**, „EU Merger Control: From Birth to Adolescence“, *World Competition* 2/2003, Vol. 26, 195-218.
116. **Levy Nicholas**, „The EU's Siec Test Five Years On: Has It Made a Difference?“, *European Competition Journal* 1/2010, Vol. 6, 211-254.
117. **Lindsay Alistair**, *The EC Merger Regulation – substantive issues*, Sweet and Maxwell, London 2006.
118. **Louri Victoria**, „‘Undertaking’ as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules“, *Legal Issues of Economic Integration* 2/2002, Vol. 29, 143-176.
119. **Manne Henry G.**, „Mergers and Market for Corporate Control“, *Journal of Political Economy* 2/1965, Vol. 73, 110-120.
120. **Марковић-Бајаловић Дијана**, *Тржишна моћ предузећа и антимонополско право*, Службени лист СРЈ, Београд 2000.
121. **Марковић-Бајаловић Дијана**, „Појам концентрације привредних друштава“, *Право и политика* 2/2008, 57-69.

122. **Meggison William L., Smart Scott B.**, *Introduction to Corporate Finance*, South-Western, Mason OH 2009.
123. **Милановић Братислав**, „Правне карактеристике новог законског регулисања акционарских друштава у Републици Србији“, *Судска пракса* 9/2006, 3-8.
124. **Monti Giorgio**, „The Concept of Dominance in Article 82“, *European Competition Journal* 2/2006, 31-52.
125. **Monti Giorgio**, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, New York 2007.
126. **Monti Giorgio**, „Merger Defences – Efficiencies, Failings Firms and Industrial Policy“, *EC Competition Law: a critical assessment* (eds. G. Amato, C. Ehlermann), Hart Publishing, Portland 2007, 519-548.
127. **Monti Giorgio**, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap between Economics and Law?“, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 10/2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153661, 23. јануар 2012.
128. **Mosso Carles Esteve**, „Non-Horizontal Mergers: A European Perspective“, *Fordham International Law Journal* 5/2008, Vol. 31, 1442-1482.
129. **Motta Massimo**, *Competition policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York 2009 (12. поновљено издање).
130. **Nalebuff Barry**, *Bundling, tying, and portfolio effects*, Part 1 – Conceptual Issues, Department of Trade and Industry, London 2003.
131. **Navarro Varona Edurne et al.**, *Merger Control in the European Union – Law, Economics and Practice*, Oxford University Press, New York 2005.
132. **Organisation for Economic Co-operation and Development**, *Failing Firm Defence – OECD Roundtables on competition policy*, Paris 1996.
133. **OECD**, *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*, DAF/COMP(2007)41, OECD, 2008, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40623561.pdf>, 22. април 2013.
134. **Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)**, *Roundtable on Failing Firm Defence 2009*, OECD, 2010, <http://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf>, 23. новембар 2013.

- 135. Odudu Okeoghene**, „The Meaning of Undertaking within Article 81EC“, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies – Volume 7, 2004-2005* (eds. John Bell, Claire Kilpatrick), Hart Publishing, Oxford – Portland 2006, 211-241.
- 136. Pavić Vladimir**, „Revolution, Evolution and Devolution: Overview of the Past Twenty Years of Competition Legislation in Serbia“, *Public Law in Serbia: Twenty Years After* (ed. Violeta Besirević), European Public Law Organization/Esperia Publications, London – Athens 2012, 243-257.
- 137. Pecotić Kaufman Jasminka, Slijepčević Sunčana**, „Koncentracije poduzetnika i mjerodavno tržište: pravni i ekonomski aspekti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2010, Vol. 60, 995-1045.
- 138. Pecotić Kaufman Jasminka, Akšamović Dubravka, Pošćić Ana**, „Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u europskom i hrvatskom pravu tržišnoga natjecanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2010, Vol. 31, 969-1017.
- 139. Peepkorn Luc, Verouden Vincent**, „The Economics of Competition“, *Faull and Nikpay – The EC Law of Competition* (eds. Faull Jonathan, Nikpay Ali), Oxford University Press, New York, 2007, 3-85.
- 140. Петрикић Радивоје**, „Правни режим преузимања друштава у Европи“, *Право и привреда* 5-8/2000, 205-222.
- 141. Петрикић Радивоје**, „Одбрамбене стратегије предузећа против тзв. 'непријатељског преузимања' – hostile takeover“, *Правни живот* 11/2000, 353-366.
- 142. Петрикић Радивоје, Радовановић Рашко**, „Спровођење увиђаја према новим прописима о заштити конкуренције“, *Право и привреда* 10-12/2010, 54-74.
- 143. Petaković Rastko**, „Serbia“, *The Merger Control Review* (ed. I. Knable Gotts), Law Business Research, London 2013, 369-379.
- 144. Petronijević Srđana, Haid Christoph**, „Serbia“, *The International Comparative Legal Guide to: Merger Control 2012 – A practical cross-border insight into merger control issues* (eds. Suzie Kidd *et al.*), Global Legal Group, London 2011, 281-289.

- 145. Petronijević Srđana, Vojnović Matija**, „Serbia“, *The International Comparative Legal Guide to: Merger Control 2013 – A practical cross-border insight into merger control* (ed. Suzie Kidd), Global Legal Group, London 2012, 319-327.
- 146. Пљакић Љубодраг**, „Нека процесна питања Закона о заштити конкуренције“, *Право и привреда* 7-9/2010, 300-305.
- 147. Поповић Дејан**, „Порескоправни третман групе компанија“, *Анали* 5-6/1991, 765-774.
- 148. Поповић Дејан**, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду/Службени гласник, Београд 2009.
- 149. Поповић Душан**, „Условно одобравање концентрација у тзв. новим индустријама“, *Право и привреда* 5-8/2008, 705-713.
- 150. Popović Dušan**, „Merger Remedies and Regulatory Measures in the EU Electronic Communications Sector: A Critical Assessment“, *European Business Organization Law Review* 4/2009, Vol. 10, 575-594.
- 151. Pošćić Ana**, „Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2008, Vol. 29, 917-939.
- 152. Прокопијевић Мирослав**, *Европска унија – увод*, Службени гласник, Београд 2005.
- 153. Радовић Вук**, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007.
- 154. RBB Economics**, „Do efficiencies ever deliver? Lessons from the UPS/TNT case“, RBB Brief 41, March 2013, 1-4.
- 155. Renckens An**, „Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense“, *Journal of Competition Law and Economics* 2/2007, Vol. 3, 149-179.
- 156. Rhoades Stephen A.**, „The Herfindahl-Hirschman Index“, *Federal Reserve Bulletin* 3/1993, Vol. 79, 188-189.
- 157. Riesenkauff Alexander**, „The New E.C. Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation“, *Northwestern Journal of International Law & Business* 3/2004, Vol. 24, 715-727.

- 158. Ристић Бојан, Мијушковић Вељко**, „Препоруке за унапређење политике заштите конкуренције у Србији на основу досадашњих искустава и упоредне анализе више земаља“, *Квартални монитор* 31/2012, 66-81.
- 159. Röller Lars-Hendrik, De la Mano Miguel**, „The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control“, *European Competition Journal* 1/2006, Vol. 2, 9-28.
- 160. Röller Lars-Hendrik, Stennek Johan, Verboven Frank**, „Efficiency gains from mergers“, *European Economy – The Efficiency Defence and the European System of Merger Control* 5/2001, 31-127.
- 161. Romano Roberta**, „A Guide to Takeovers: Theory, Evidence, and Regulation“, *Yale Journal on Regulation* 1/1992, Vol. 9, 119-180.
- 162. Ross Thomas W.**, „Cartel stability and product differentiation“, *International Journal of Industrial Organization* 1/1992, Vol. 10, 1-13.
- 163. Ridyard Derek**, „The Commission’s New Horizontal Merger Guidelines – An Economic Commentary“, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 02/05*.
- 164. Schapira Jean et al.**, *Droit européen des affaires - Tome 2*, Presses Universitaires de France, Paris 1999.
- 165. Shapiro Carl**, „Competition Policy in Distressed Industries“, U.S. Department of Justice, 2009, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245857.pdf>, 23. јануар 2013.
- 166. Schwartz Ethan**, „Politics as Usual: The History of European Community Merger Control“, *Yale Journal of International Law* 2/1993, Vol. 18, 607-662.
- 167. Станивуковић Маја**, „Примена домаћих правила о заштити конкуренције на правне односе са међународним елементом по узору на право Европске заједнице“, *Анали* 2/2009, 110-134.
- 168. Станковић Обрен, Водинелић Владимир В.**, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996.
- 169. Стефановић Златко**, „Посао уз заједнички ризик – Joint Venture“, *Правни живот* 11/1998, 515-525.
- 170. Стефановић Златко**, *Статусно привредно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду/Службени гласник, Београд 2006.

- 171. Stigler George J.**, „Mergers and Preventive Antitrust Policy“, *University of Pennsylvania Law Review* 2/1955, Vol. 104, 176-184.
- 172. Stirati Gabriele**, „The Appraisal of Collective Dominance and Efficiency Gains under the Substantive Test of the New EU Merger Regulation“, *Erasmus Law and Economics Review* 3/2004, Vol. 1, 249-286.
- 173. Svetlicinii Alexandr**, „Efficiency Defence in the Merger Control Regimes of EC and Republic of Serbia – A Comparative Perspective“, *Правни живот* 11/2007, 241-256.
- 174. Todorov Francisco, Valcke Anthony**, „Judicial review of merger control decisions in the European Union“, *Antitrust Bulletin* 2/2006, Vol. 51, 339-381.
- 175. Tratnik Matjaž, Ferčič Aleš**, *EU Competition Law*, Faculty of Law (etc.), Belgrade – Niš 2008.
- 176. Trautwein Friedrich**, „Merger Motives and Merger Prescriptions“, *Strategic Management Journal* 4/1990, Vol. 11, 283-295.
- 177. Turner Donald F.**, „Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act“, *Harvard Law Review* 7/1965, Vol. 78, 1313-1395.
- 178. Van Bael Ivo, Bellis Jean-Francois**, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, The Hague 2005.
- 179. Van den Bergh Roger J., Camesasca Peter D.**, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet and Maxwell, London 2006.
- 180. Van de Walle de Ghelcke Bernard**, „Minority Shareholdings in EU Merger Control: 'No, Thank You' or a Gap to be Filled?“, *Concurrences* 3-2011, 19-22.
- 181. Васиљевић Мирко**, „Маргиналије о неким општим питањима заштите права акционара у контексту Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената“, *Право и привреда* 1-4/2003, 3-17.
- 182. Васиљевић Мирко**, *Компанијско право – Право привредних друштава Србије и ЕУ*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2005.
- 183. Васиљевић Мирко**, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део)“, *Анали* 1/2009, 5-24.
- 184. Васиљевић Мирко**, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део)“, *Анали* 2/2009, 5-28.

- 185. Васиљевић Мирко**, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.
- 186. Vasiljević Mirko, Popović Dušan**, „Competition law enforcement in Serbia: Six years of staggering along“, *European Business Organization Law Review* 1/2012, Vol. 13, 141-158.
- 187. Venit James**, „The 'Merger' Control Regulation: Europe Comes of age ... or Caliban's Dinner“, *Common Market Law Review* 1/1990, Vol. 27, 7-50.
- 188. Venit James**, „The Evaluation of Concentrations under the Merger Control Regulation: the Nature of the Beast“, *Fordham International Law Journal* 2/1990-1991, Vol. 14, 412-454.
- 189. Verouden Vincent, Bengtsson Claes, Albaek Svend**, „The Draft EU Notice on horizontal mergers: a further step toward convergence“, *Antitrust Bulletin* 1-2/2004, Vol. 49, 243-285.
- 190. Водинелић Владимир В.**, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду/Службени гласник, Београд 2012.
- 191. Voigt Stefan, Schmidt André**, „The Commission's Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?“, *Common Market Law Review* 6/2004, Vol. 41, 1583-1594.
- 192. Völcker Sven B.**, „Mind The Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control“, *European Competition Law Review* 7/2004, Vol. 25, 395-409.
- 193. Вујаклија Милан**, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд 1966.
- 194. Вукадиновић Радован Д.**, *Право Европске уније*, Центар за право Европске уније Правног факултета у Крагујевцу/Канцеларија Србије и Црне Горе за придруживање Европској унији, Крагујевац 2006.
- 195. Вукадиновић Радован Д.**, *Закон о заштити конкуренције* (Предговор), Службени гласник, Београд 2006, 7-36.
- 196. Вукадиновић Радован Д.**, „Some Critical Remarks Concerning the Act on the Protection of Competition of the Republic of Serbia“, *Ревизија за европско право* 1-3/2009, 65-90.

197. Вукадиновић Радован Д., *Међународно пословно право*, Удружење за европско право-Центар за право ЕУ, Крагујевац 2012.
198. Wait Amanda L., „Surviving the Shipwreck: A Proposal to Revive the Failing Division Defense”, *William and Mary Law Review* 1/2003, Vol. 45, 429-468.
199. Whish Richard, *Competition Law*, Oxford University Press, New York 2009.
200. Williamson Oliver E., „Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs“, *American Economic Review* 1/1968, Vol. 58, 18-36.
201. Winckler Antoine, „La théorie de l’entreprise défaillante ’Failing Firm Defense’: une renaissance dans la crise?“, *Revue Lamy de la concurrence* 20(Juillet/Septembre)/2009, 9-17.
202. Зечевић Слободан, *Право конкуренције Европске уније*, Факултет за интернационални менаџмент, Београд, 1998.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

1. Правни извори у Републици Србији

- Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 95/2013)
- Закон о заштити конкуренције (*Сл. гл. РС*, бр. 79/2005)
- Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге (*Сл. гл. РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008)
- Уредба о садржини и начину подношења пријаве концентрације (*Сл. гл. РС* бр. 89/2009)
- Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта (*Сл. гл. РС* бр. 89/2009)
- Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта (*Сл. гл. РС*, бр. 94/2005)
- Уредба о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, којом се ближе прописују критеријуми за одређивање висине новчане казне и услови за одређивање наведених мера (*Сл. гл. РС*, бр. 50/2010)
- Смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера (<http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/NOVE-SMERNICE-MAJ-2011.pdf>, 11. јануар 2014)
- Упутство о начину израчунавања укупног прихода учесника у концентрацији у случајевима када се контрола стиче над делом предузећа (<http://www.kzk.org.rs/uputstva>, 23. март 2014)
- Правилник о садржини и форми образаца финансијских извештаја за привредна друштва, задруге, друга правна лица и предузетнике (*Сл. гл. РС* бр. 114/2006, 5/2007, 119/2008, 2/2010, 101/2012 и 118/2012)

- Правилник о Контном оквиру и садржини рачуна у Контном оквиру за привредна друштва, задруге, друга правна лица и предузетнике (*Сл. гл. РС* бр. 114/2006, 119/2008, 9/2009, 4/2010, 3/2011, 101/2012)
- Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/1997, 31/2001, *Сл. гл. РС*, бр. 30/2010)
- Закон о управним споровима (*Сл. гл. РС*, бр. 111/2009)
- Закон о привредним друштвима (*Сл. гл. РС*, бр. 36/2011, 99/2011)
- Закон о преузимању акционарских друштава (*Сл. гл. РС*, бр. 46/2006, 107/2009, 99/2011)
- Закон о банкама (*Сл. гл. РС*, бр. 107/2005, 91/2010)
- Закон о осигурању (*Сл. гл. РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 101/2007, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013)
- Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима (*Сл. гл. РС*, бр. 85/2005, 31/2011)
- Закон о инвестиционим фондовима (*Сл. гл. РС*, бр. 46/2006, 51/2009, 31/2011)
- Закон о радиодифузији (*Сл. гл. РС*, бр. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 62/2006, 85/2006, 86/2006, 41/2009)
- Закон о електронским комуникацијама (*Сл. гл. РС*, бр. 44/2010)
- Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Сл. гл. РС*, бр. 88/2011)
- Антимонополски закон (*Сл. л. СРЈ*, бр. 29/96)
- Пресуда Управног суда III-2 У, бр. 1861/12 од 03.08.2012.

2. Правни извори у ЕУ

- 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, *Official Journal*, бр. L 24/2004)
- Уредба Савета (ЕЕЗ) бр. 4064/89 о контроли концентрација између учесника на тржишту (Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December

- 1989 on the control of concentrations between undertakings), *O.J.*, бр. L. 395/1989 (исправка у *O.J.*, бр. L. 257/1990), измењена Уредбом (ЕЗ) бр. 1310/97 (Regulation (EC) No 1310/97), *O.J.* бр. L. 180/1997 (исправка у *O.J.*, бр. L. 40/1998)
- Уредба Европске комисије бр. 802/2004 о примени Уредбе 139/2004 о контроли концентрација (Commission Regulation No 802/2004 of 7 april 2004 implementing Council Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *O.J.*, L. 133/2004, as amended by Commission Regulation (EC) No 1792/2006 of 23 October 2006 (*O.J.*, L. 362/2006), Commission Regulation (EC) No 1033/2008 of 20 October 2008 (*O.J.*, L. 279/2008), Commission Implementing Regulation (EU) No 1269/2013 of 5 December 2013 (*O.J.*, L. 336/2013)
 - Обавештење 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), *O.J.*, бр. C. 95/2008)
 - Обавештење Европске комисије о поједностављеном поступку у погледу одређених концентрација према Уредби 139/2004 (Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004, *O.J.*, бр. C. 366/2013)
 - Обавештење Европске комисије о упућивању случаја у вези са концентрацијама (Commission Notice on Case Referral in respect of concentrations, *O.J.*, бр. C. 56/2005)
 - Обавештење Европске комисије о корективним мерама у складу са Уредбом 139/2004 и Уредбом 802/2004 (Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, *O.J.*, бр. C. 267/2008)
 - Обавештење о правилима о увиду у списе Европске комисије (Commission Notice on the rules for access to the Commission file in case pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, *O.J.*, бр. C. 325/2005)

- Обавештење Европске комисије о ограничењима директно везаним и неопходним за концентрацију (Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, *O.J.*, бр. С. 56/2005)
- Обавештење Европске комисије о релевантном тржишту (Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, *O.J.*, бр. С. 372/1997)
- Смернице за оцену хоризонталних концентрација (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, *O.J.*, бр. С. 31/2004)
- Смернице за оцену нехоризонталних концентрација (Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, *O.J.*, бр. С. 265/2008)
- Notice on the concept of concentration (*O.J.*, бр. С. 66/1998)
- Notice on the concept of fullfunction joint ventures (*O.J.*, бр. С. 66/1998)
- Notice on the concept of undertakings concerned (*O.J.*, бр. С. 66/1998)
- Notice on calculation of turnover (*O.J.*, бр. С. 66/1998)
- Уговор о оснивању Европске економске заједнице (The Treaty establishing the European Economic Community)
- Уговор о ЕУ (Treaty on European Union, *O.J.*, бр. С. 191/1992)
- Уговор из Амстердама (Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts, *O.J.*, бр. С. 340/1997)
- Уговор из Лисабона (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *O.J.*, бр. С. 306/2007)
- Уговор о функционисању ЕУ (Treaty on the Functioning of the European Union, *O.J.*, бр. С. 83/2010 – consolidated version)
- Споразум о Европском економском подручју (Agreement on the European Economic Area, *O.J.*, бр. L. 1/1994)
- Четврта директива компанијског права (Fourth Council Directive 78/660/ЕЕС of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies, *O.J.*, бр. L. 222/1978)

- Статут Суда правде ЕУ (Statute of the Court of Justice of the European Union, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_en.pdf, 16. јануар 2014)
- Правила поступка пред Општим судом (Rules Of Procedure of the General Court, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt7_2008-09-25_14-08-6_431.pdf, 16. јануар 2014)

3. Остали страни правни извори

- Одлука америчког суда у случају *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190 (D.D.C. 2000), revised, 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001)
- Одлука Врховног суда САД у случају *International Shoe Co. v. FTC* (vol. 280 U.S. Supreme Court, 291, 1930)
- Одлука Врховног суда САД у случају *United States v. General Dynamics Corp.* (vol. 415 (1974) U.S. Supreme Court, 486)
- Закон о заштити тржишног натјечања Републике Хрватске (Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, *Narodne novine*, бр. 79/09, 80/2013)
- Одлука Уставног суда Републике Хрватске бр. У-III-1410/2007, од 13. фебруара 2008 (*Narodne novine*, бр. 25/2008)
- Одлука Уставног суда Републике Хрватске бр. У-III-4082/2010, од 17. фебруара 2011 (*Narodne novine*, бр. 28/2011)
- Закон о заштити конкуренције Републике Македоније (Закон за заштита на конкуренцијата, *Службен весник на РМ*, бр. 145/2010, 136/11)
- ICN, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, 6. април 2014.
- ICN, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, 2008, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc326.pdf>, 6. април 2014.

4. Одлуке и други акти Комисије за заштиту конкуренције

- *Deutsche Lufthansa AG/Austrian Airlines AG* (решење бр. 6/0-02-114/09 од 17.07.2009)
- *Victoria Group/Soja Protein* (решење од 26.02.2010)
- *Fresenius Medical Care/Incentive Aktiebolag (Gambro)* (решење од 30.12.2010)
- *Суноко/Hellenic Sugar Industry* (решење бр. 6/10-02-18/2012-3 од 19.01.2012)
- *Суноко/Hellenic Sugar Industry* (решење бр. 6/0-02-3/2013-15, од 13.02.2013)
- *Autoritas Investments/Импел* (решење бр. 6/0-03-313/2013-37, од 12.07.2013)
- *Slovenia Broadband/Jet TV* (решење бр. 6/0-03-84/2014-12, од 20.02.2014)
- *Slovenia Broadband/Cinemanija* (решење бр. 6/0-03-85/2014-9, од 20.02.2014)
- *Slovenia Broadband/United Media Production* (решење бр. 6/0-03-93/2014-10, од 20.02.2014)
- Закључак Комисије за заштиту конкуренције, бр. 6/0-03-313/2013-1, од 29.04.2013 (случај *Autoritas Investments/ИМПЕЛ*)
- Закључак Комисије за заштиту конкуренције бр. 6/0-03-84/2014-1, од 30.01.2014 (случај *Slovenia Broadband/Jet TV*)
- Закључак Комисије за заштиту конкуренције бр. 6/0-03-85/2014-1, од 30.01.2014 (случај *Slovenia Broadband/Cinemanija*)
- Закључак Комисије бр. 6/0-03-93/2014-1, од 30.01.2014 (случај *Slovenia Broadband/United Media Production*)
- Мишљење Комисије за заштиту конкуренције од 11.11.2009, бр. 1/0-06-409/09-2.
- Мишљење о примени чл. 63. у вези чл. 65. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 51/09), од 01.12.2009, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/07/Misljenje-cl.-63-u-vezi-cl.pdf>, 29. децембар 2009.
- Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2008. годину, Београд, Комисија за заштиту конкуренције, 2009,

<http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Izvestaj-KZK-2008.pdf>,
23. септембар 2011.

- Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2009. годину, Комисија за заштиту конкуренције, Београд 2010, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Izvestaj-KZK-2009.pdf>, 27. јул 2013.
- Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2011. годину, Комисија за заштиту конкуренције, Београд 2012, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/04/Godisnji-izvestaj-o-radu-KZK-2011.pdf>, 27. јул 2013.
- Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2012. годину, Комисија за заштиту конкуренције, Београд 2013, <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2013/05/GODISNJI-IZVESTAJ-O-RADU-KZK-za-2012-godinu.pdf>, 5. новембар 2013.

5. Одлуке Европске комисије

- *Aérospatiale/MBB* (бр. IV/M.17, одлука од 25.02.1992)
- *Arjomari-Prioux SA/Wiggins Teape Appleton plc* (бр. IV/M.025, одлука од 10.12.1990)
- *Alcatel/Telettra* (бр. IV/M.42, одлука од 12.04.1991, *O.J.*, бр. L. 122/1991)
- *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (бр. IV/M.53, одлука од 2.10.1991, *O.J.*, бр. L. 334/1991)
- *Tetra Pak/Alfa-Laval* (бр. IV/M.68, одлука од 19.07.1991, *O.J.*, бр. L. 290/1991)
- *Banesto/Totta* (бр. IV/M.192, одлука од 14.04.1992)
- *CCIE/GTE* (бр. IV/M.258, одлука од 25.09.1992)
- *Kali und Salz/MdK/Treuhand* (бр. IV/M. 308, одлука од 14.12.1993, *O. J.*, бр. L. 186/1994)
- *Kali und Salz II* (*O.J.*, бр. C. 275/1998)
- *Societe Generale de Belgique/Generale de Banque* (бр. IV/M.343, одлука од 3.08.1993)

- *British Telecom/Banco Santander* (бр. IV/M.425, одлука од 28.03.1994)
- *RTL/Veronica/Endemol* (бр. IV/M.553, одлука од 20.09.1995)
- *EDS/Lufthansa* (бр. IV/M.560, одлука од 11.05.1995)
- *Albacom* (бр. IV/M.604, одлука од 15.09.1995)
- *Jefferson Smurfit Group plc/Munksjo AB* (бр. IV/M.613, одлука од 31.07.1995)
- *Charterhouse/Porterbrook* (бр. IV/M.669, одлука од 11.12.1995)
- *Nokia/Autoliv* (бр. IV/M.686, одлука од 5.02.1996)
- *Lockheed Martin/Loral Corporation* (бр. IV/M.697, одлука од 27.03.1996)
- *Teneo/Merrill Lynch/Bankers Trust* (бр. IV/M.722, одлука од 15.04.1996)
- *Kværner/Trafalgar* (бр. IV/M.731, одлука од 15.04.1996)
- *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* (бр. IV/M.794, одлука од 22.01.1997, *O.J.*, бр. L. 218/1997)
- *Coca-Cola Company/Carlsberg A/S* (бр. IV/M.833, одлука од 11.9.1997, *O.J.*, бр. L. 145/1998)
- *RSB/TENEX/Fuel Logistic* (бр. IV/M.904, одлука од 2.04.1997)
- *Guinness/Grand Metropolitan* (бр. IV/M.938, одлука од 15.10.1997, *O.J.*, бр. L. 288/1998)
- *Bertlesmann/Kirch/Premiere* (бр. IV/M993, одлука од 27.05.1998, *O.J.*, бр. L. 53/1999)
- *Rewe/Meinl* (бр. IV/M1221, одлука од 3.02.1999, *O.J.*, бр. L. 274/1999)
- *Enso/Stora* (бр. IV/M.1225, одлука од 25.11.1998, *O.J.*, бр. L. 254/1999)
- *General Electric/Honeywell* (бр. COMP/M. 2220, одлука од 3.7.2001, *O.J.*, бр. L. 48/2004)
- *BASF/Eurodiol/Pantochim* (бр. COMP/M. 2314, одлука од 11.07.2001, *O.J.*, бр. L. 132/2002)
- *Tetra Laval/Sidel* (бр. COMP/M. 2416, одлука од 30.10.2001, *O.J.*, бр. L. 43/2004)
- *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia* (бр. COMP/M.2574, одлука од 20.09.2001)
- *Deloitte & Touche/Andersen UK* (бр. COMP/M.2810, одлука од 1.07.2002)

- *Ernst & Young France/Andersen France* (бр. COMP/M.2816, одлука од 5.09.2002)
- *Ernst & Young/Andersen Germany* (бр. COMP/M.2824, одлука од 27.08.2002)
- *Newscorp/Telepiù* (бр. COMP/M.2876, одлука од 2.04.2003, *O.J.*, бр. L. 110/2004)
- *JCI/BOSCH/VB JV* (бр. COMP/M.2939, одлука од 18.10.2002)
- *Cendant/Galileo* (бр. COMP/M.2510, одлука од 24.09.2001)
- *Gees/Unison* (бр. COMP/M.2738, одлука од 17.04.2002)
- *Charterhouse/CDC/Telediffusion de France* (бр. COMP/M.2925, одлука од 15.11.2002)
- *T-Mobile/tele.ring* (бр. COMP/M.3916, одлука од 26.04.2007, *O.J.*, бр. L. 88/2007)
- *Pernod Ricard/Allied Domecq* (бр. COMP/M.3779, одлука од 24.06.2005)
- *Fortune Brands/Allied Domecq* (бр. COMP/M.3813, одлука од 10.06.2005)
- *Inco/Falconbridge* (бр. COMP/M. 4000, одлука од 4.07.2006, *O.J.*, бр. L. 72/2007)
- *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard* (бр. COMP/M. 4057, одлука од 12.05.2006)
- *Ryanair/Aer Lingus* (бр. COMP/M.4439, одлука од 27.06.2007)
- *TomTom/Tele Atlas* (бр. COMP/M.4854, одлука од 14.05.2008)
- *Nokia/NAVTEQ* (бр. COMP/M.4942, одлука од 02.07.2008)
- *Ryanair/Aer Lingus II* (бр. COMP/M.5434, одлука од 23.01.2009)
- *Olympic/ Aegean Airlines* (бр. COMP/M.5830, одлука од 26.01.2011)
- *UPS/TNT Express* (бр. COMP/M. 6570, одлука од 30.01.2013)
- *Ryanair/Aer Lingus III* (бр. COMP/M.6663, одлука од 27.02.2013)
- European Commission – Press Release, *Mergers: Commission approves acquisition of Shell's Harburg refinery assets by Nynas AB of Sweden*, бр. IP/13/804, 2.09.2013 (случај *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, бр. COMP/M.6360, одлука од 2.09.2013)
- European Commission – Press Release, *Mergers: Commission approves acquisition of Greek airline Olympic Air by Aegean Airlines*, бр. IP/13/927,

- 9.10.2013 (случај *Aegean/Olympic II*, бр. COMP/M.6796, одлука од 9.10.2013)
- *Continental Can Company* (бр. IV/26.811, одлука од 9.12.1971, *O.J.*, бр. L. 7/1972)
- *Polypropylene* (бр. IV/31.149, одлука од 23. априла 1986, *O.J.*, бр. L. 230/1986)

6. Судска пракса у ЕУ

- *Mannesmann AG v. High Authority of the European Coal and Steel Community* (случај бр. 19/61, пресуда Суда правде од 13.07.1962, *ECR 1962*)
- *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities* (случај бр. 6-72, пресуда Суда правде од 21.02.1973, *ECR 1973*)
- *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities* (случај бр. 27/76, пресуда Суда правде од 14.02.1978, *ECR 1978*)
- *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities* (случај бр. 85/76, пресуда Суда правде од 13.02.1979, *ECR 1979*)
- *Commission v. Italy* (случај бр. 118/85, пресуда Суда правде од 16.06.1987, *ECR 1987-2599*)
- *BAT and R.J. Reynolds v. Commission and Philip Morris* (спојени предмети бр. 142 и 156/84, пресуда Суда правде од 17.11.1987, *ECR 1987*)
- *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron* (случај бр. C-41/90, пресуда Суда правде од 23. 04.1991, *ECR -1991*)
- *French Republic and Société Commerciale des Potasses et de l'Azote and Entreprise Minière et Chimique v. Commission of the European Communities* (спојени предмети бр. C-68/94 и C-30/95, пресуда Суда правде од 31.03.1998, *ECR 1998, I-1375*)
- *Airtours v. Commission* (случај бр. T-342/99, пресуда Општег суда од 6.06.2002, *ECR 2005, II-2585*)

- *Tetra Laval v. Commission* (случај бр. T-5/02, пресуда Општег суда од 25.10.2002, *ECR 2002*, II-4381)
- *Commission v. Tetra Laval* (случај бр. C-12/03 P, пресуда Суда правде од 15.2.2005, *ECR 2005*, I-987)
- *General Electric v. Commission* (случај бр. T-210/01, пресуда Општег суда од 14.12.2005, *ECR 2005*, II-5575)
- *Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities* (случај бр. T-282/02, пресуда Општег суда од 23.02.2006, *ECR 2006*, II-319)

7. Интернет сајтови

- <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>; 8. јануар 2014.
- http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html, 7. децембар 2013.
- <http://www.efta.int>, 21. март 2014.
- <http://www.efta.int/eea>, 21. март 2014.
- <http://www.efta.int/legal-texts/eea>, 21. март 2014.
- http://eeas.europa.eu/eea/index_en.htm, 21. март 2014.

БИОГРАФИЈА

Ивана Ракић је рођена 1982. године у Лозници, где је завршила основну и средњу школу. Дипломирала је на Правном факултету Универзитета у Београду 2005. године. Добитник је награде Фонда *Др Драгољуб Атанацковић*, као најбољи студент на правосудном смеру. Била је стипендиста Министарства просвете и спорта.

Последипломске магистарске студије на Правном факултету Универзитета у Београду уписала је 2005. године, а магистарску тезу *Преузимање акционарских друштава у Србији са освртом на право Европске уније* одбранила је 2008. године. За време магистарских и докторских студија била је стипендиста Министарства за науку и технолошки развој, односно Министарства просвете и науке, и као стипендиста је била ангажована на пројектима у Институту за упоредно право.

У Институту за упоредно право ради од 2011. године, када се запослила као истраживач-приправник, а 2012. године стекла је звање истраживач-сарадник. Аутор је већег броја научних радова на српском и енглеском језику, из различитих области права, који су објављени у тематским зборницима и домаћим часописима. Учествовала је на различитим пројектима Института за упоредно право. Говори енглески језик и служи се француским језиком.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписана: мр Ивана Ракић

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом
*Концентрације привредних субјеката у Републици Србији са освртом на право
Европске уније*

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршила ауторска права и користила интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда



У Београду, 5. мај 2014. године

Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: мр Ивана Ракић

Наслов рада

*Концентрације привредних субјеката у Републици Србији са освртом на право
Европске уније*

Ментори: проф. др Борис Беговић, проф. др Владимир Павић

Потписана: мр Ивана Ракић

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предала за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

Ивана Ракић

У Београду, 5. мај 2014. године

Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Концентрације привредних субјеката у Републици Србији са освртом на право Европске уније

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предала сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (*Creative Commons*) за коју сам се одлучила.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

Потпис докторанда



У Београду, 5. мај 2014. године