

*Др Сандра С. Фишер Шобот, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

КОНЦЕНТРАЦИЈЕ СПАЈАЊЕМ УЧЕСНИКА НА ТРЖИШТУ И КОНЦЕНТРАЦИЈЕ СТИЦАЊЕМ КОНТРОЛЕ У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ СРБИЈЕ И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак: Релевантни извори права конкуренције Србије и Европске уније не дефинишу шта се сматра концентracијом, него одређују које пословне операције воде концентracији учесника на тржиштју. Према томе да ли утичу на промену правног положаја учесника у концентracији, све концентracије могу да се поделе на следећи начин. Прву групу чине концентracије које доводе до стaтусних промена учесника на тржиштју, односно у којима један или оба учесника на тржиштју губе правни субјективитет. То су концентracије спајањем. Другу групу представљају концентracије стицањем контроле над циљним друштвом. У овом случају учесници у концентracији повезују се уговором, а између њих се успоставља однос надређености и подређености. Коначно, заједничко улагање два или више учесника на тржиштју за трајно обављање свих функција самосталног привредног субјекта сматра се концентracијом, а основ му је уговорно повезивање јер се њиме не мења правни положај учесника на тржиштју.

Предмет рада је појмовно одређење и анализа концентracија спајањем учесника на тржиштју и концентracија стицањем контроле у праву конкуренције Србије и Европске уније.

Кључне речи: право конкуренције, концентracије, спајања, контрола, одлучујући утицај.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Концентracије учесника на тржишту, поред рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја, представљају трећи институт већине

модерних права конкуренције. Концентрације су забрањене ако се њима ствара и/или јача доминантан положај на тржишту или ако је њихова последица слабљење конкуренције. Утврђивање утицаја концентрације на тржишну утакмицу врши се у поступку њихове контроле, јер се тада врши се разграничење између штетних и оних трансакција које подстичу конкуренцију.¹ Контролом концентрација обезбеђује се да процеси промене тржишне структуре путем спајања или повезивања тржишних учесника не узрокују трајну штету конкуренцији. Појмовно одређење концентрација је од суштинског значаја за поступак њихове контроле.

Правно регулисање концентрација у ЕУ резултат је вишегодишњег развоја правних правила.² Данас је на снази *Уредба Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 од 20. јануара 2004. године о контроли концентрација између предузећа*³ (даље у тексту: Уредба 2004). Поред тога, Комисија ЕУ усвојила је 2008. године *Пречишћени текст Обавештења о надлежностима на основу Уредбе о контроли концентрација између предузећа*⁴ (даље у тексту: Обавештење ЕК) чија је сврха пружање смерница у вези са најважнијим питањима у праву концентрација. Ради се о свеобухватним и обавезујућим упутствима на основу којих учесник на тржишту може брзо да утврди да ли је и у којој мери његова намера обухваћена нормама о контроли концентрација, чак и пре него што се обрати Комисији ЕУ. У Обавештењу је одређен појам концен-

¹ О значају конкуренције вид. Јована Ђуричић, „Усаглашена пракса и/или свесни паралелизам на олигополистичком тржишту”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 1/2011, 550.

² Будући да оснивачки уговори нису садржали одредбе о концентрацијама, сходно су примењивани чл. 81 и 82 *Уговора о Европској заједници* (даље у тексту: УЕЗ). Комисија ЕУ и Суд правде покушавали су да постојећу правну празнину попуне тумачењем чл. 81 и 82 УЕЗ тако да се њима обухвате и неке концентрације. Вид. пресуду у предмету *Continental Can (Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, Case 6-72, 21 February 1973)*. Вид. више код Н. Gamerith, М. Winner, *Wettbewerbsrecht II KartG – Kartellrecht*, Wien, 2014⁸, 97; Р. Д. Вукадиновић, *Увод у индустријске и право Европске уније*, Крагујевац 2011, 415.

Наведене одредбе нису могле да буду основ превентивне свеобухватне контроле концентрација, па је Савет министара 1989. године усвојио *Уредбу Савета (ЕЕЗ) бр. 4064/89 од 21. децембра 1989 о контроли концентрација између предузећа (Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings*, Official Journal L 395, 30.12.1989, 1-12). Уредба из 1989. године измењена је *Уредбом Савета (ЕЗ) бр. 1310/97 од 30. јуна 1997. о измени Уредбе (ЕЕЗ) бр. 4064/89 о контроли концентрација између предузећа (Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997 amending Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings*, Official Journal L 180, 09.07.1997, 1-6.) којом су уведене значајне измене у право концентрација.

³ Уредба 2004. је усвојена 20. јануара 2004. године, а ступила је на снагу 1. маја 2004. године. *Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings*, Official Journal L 24, 29.1.2004.

⁴ *Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*, OJ C95, 16.04.2008.

трације и заједничког подухвата са потпуним функцијама, на које учеснике на тржишту се примењује и начин рачунања годишњег прихода.⁵

У Србији донет је 2009. године *Закон о заштити конкуренције*⁶ (даље у тексту: ЗЗК). Њиме је регулисана и област концентрација и њихове контроле. ЗЗК у основи следи решења Уредбе из 2004.

У домаћем праву конкуренције користи се појам концентрације.⁷ У праву ЕУ и Србије концентрације представљају општи појам којим су обухваћени случајеви спајања учесника на тржишту, стицања контроле над циљним друштвом и заједнички пословни подухват (*joint venture*), односно заједничко улагање.⁸

У погледу терминологије, у европском праву конкуренције постоји аутономан појам *undertaking* (нем. *das Unternehmen*, хрв. *јодузетник*), чије стварање је било нужно да би се превазишле разлике између правних правила држава чланица. У српском језику *undertaking* се уобичајено преводи као предузеће. Иако превод није у потпуности адекватан, у раду ће бити коришћен у оном значењу које му даје комунитарно право. Предузеће у европском праву конкуренције представља посебну категорију правних субјеката на које се примењују правила конкуренције. У изворима права ЕУ не одређује се појам предузећа. Дефиниције се налазе у одлукама Комисије и пресудама судова, које појам тумаче широко. Наиме, у појмовном одређењу Комисија и судови полазе од тзв. функционалног приступа при чему се у обзир узима делатност и функција субјекта, док је потпуно ирелевантан његов правни облик или форма.⁹

У домаћем праву користи се општи појам *учесник на тржишту*, који је настао по угледу на *undertaking*, али они нису садржински идентични.¹⁰

⁵ Вид. Обавештење ЕК, 4, пара 3.

⁶ *Службени Гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013.

⁷ Чл. 17 ЗЗК.

⁸ У енглеској терминологији постоји дуалитет и користе се термини *merger* и *concentration*. Појам *merger* у ужем смислу користи се у праву привредних друштава и односи се на статусну промену спајања, док се у ширем смислу поклапа са термином *concentration*. Притом је *concentration* термин карактеристичан за европско право конкуренције, док је *merger* својствен енглеском праву.

⁹ О појму предузећа вид. више код А. Пошћих, „Појам подузетника у европском праву тржишног натјечања”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци (Зборник ПФСР)*, 2/2008, 921-933.

Предузеће у комунитарном праву конкуренције је „сваки субјекат који обавља привредну делатност независно од његове форме и финансирања”. Вид. обимну судску праксу код J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht – Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle*, Band I, München 2015², 2620 фн. 11.

¹⁰ Вид. више код И. Ракић, *Концентрације привредних субјеката у Републици Србији са освртом на право Европске уније*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 2014, 13-14.

Учесником на тржишту сматра се свако правно и физичко лице које непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествује у промету робе, односно услуга, независно од њиховог правног статуса, облика својине или држављанства, односно државне припадности.¹¹

2. ПОЈАМ КОНЦЕНТРАЦИЈА

Појмовно одређење концентрација је суштински важно за транспарентност поступка њихове контроле. Учесници на тржишту треба да знају да ли су њихове трансакције обухваћене правилима о контроли концентрација из најмање два разлога. Први разлог, ако одређено понашање може да се сматра концентрацијом тржишни учесници треба своје поступање да ускладе са правилима којима су регулисане концентрације и њихова контрола. Други, ако трансакција не представља концентрацију, а нарушава конкуренцију она ће бити обухваћена одредбама о забрани злоупотребе доминантног положаја или забрани рестриктивних споразума. Управо појам концентрације представља основ за разграничење да ли се на нпр. споразум учесника на тржишту примењују правила о контроли концентрација или правила којима се контролише понашање учесника на тржишту. Наиме, на споразуме који представљају концентрацију искључиво се примењују правила о контроли концентрација, док се на све остале споразуме учесника на тржишту примењују правила из чл. 101 ФЕУ¹², односно чл. 10 ЗЗК.

Концентрације можемо појмовно одредити као различите облике трајног повезивања учесника на тржишту на статусној и/или уговорној основи којима се ствара правно и/или фактичко (економско) заједништво између учесника концентрације, при чему су учесници концентрације пре спроведене концентрације били правно и економски независни.¹³

¹¹ Вид. чл. 3(1) ЗЗК.

¹² Вид. J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2618.

¹³ Спајања су такве пословне трансакције у којима су два или више претходно економски независних предузећа комбинована на такав начин који укључује трајну промену у структури или власништву једног или више односних предузећа. Вид. *Defining „Merger” Transactions for Purposes of Merger Review* доступно на www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf. (јул 2015).

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. И. Ракић, 9.

Вид. сличну дефиницију код Д. Акшамовић, „Правни режим за концентрације подузетника у праву тржишног натјечања ЕЗ и Хрватске с посебним освртом на мјере реструкту-

Концентрацијама се сматрају само оне операције код којих постоји промена у контроли над учесником на тржишту и код којих је промена контроле трајна.¹⁴ Трајне промене у контроли над учесником на тржишту воде променама тржишне структуре¹⁵ и, сходно томе, за њих је заинтересовано право конкуренције.

Уредба 2004. и ЗЗК не дефинишу шта се сматра концентрацијом, него одређују које пословне операције и трансакције воде концентрацији учесника на тржишту. Неодређивање појма концентрација условљено је приликама које постоје у савременом пословању. Привредни субјекти се повезују на најразличитије начине па би постојање дефиниције представљало опасност да неке концентрације буду изузете из правног регулисања.

Према Уредби 2004 концентрација настаје када дође до трајне промене контроле услед спајања двају или више предузећа или делова предузећа који су пре били независни (чл. 3(1)(а) Уредбе 2004.) или стицања непосредне или посредне контроле над целим или над деловима једног или више других предузећа од стране једног или више лица који већ контролишу најмање једно предузеће или од стране једног или више предузећа, било куповином хартија од вредности или имовине на основу уговора или на било који други начин (чл. 3(1)(б) Уредбе 2004.). Такође, концентрацијом у смислу чл. 3(1)(б) Уредбе 2004. сматра се и стварање заједничког подухвата, за трајно обављање свих функција самосталног привредног субјекта.¹⁶

Према чл. 17(1) ЗЗК концентрација учесника на тржишту настаје у 3 случаја. Прво, концентрација настаје услед спајања и других статусних промена у којима долази до припајања учесника на тржишту у смислу закона којим се уређује положај привредних друштава. Друго, концентрацијом се сматра стицање од стране једног или више учесника на тржишту, непосредне или посредне контроле у смислу чл. 5(2) ЗЗК над другим учесником на тржишту или више учесника на тржишту, или делом, односно деловима других учесника на тржишту, који могу представљати самосталну послову целину. Треће, заједничко улагање од стране два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту или стицања заједничке контроле у смислу чл. 5(2) ЗЗК над постојећим учесником на тржишту,

рирања концентрација и мјере праћења понашања судионика концентрације”, *Зборник ПФСР*, 2/2008, 1035.

Под концентрацијама се у праву конкуренције подразумевају све промене које доводе до спајања, припајања, преузимања привредних друштава или остваривања контроле над одређеним учесником на тржишту од стране другог учесника на неки други начин. Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд 2012, 94.

¹⁴ Обавештење ЕК, пара. 7.

¹⁵ Вид. пара 20 Уредбе 2004.

¹⁶ Чл. 3(4) Уредбе 2004.

који послује на дугорочној основи и има све функције независног учесника на тржишту такође представља концентрацију.

Иако постоје одређене разлике између регулативе ЕУ и Србије, које ће бити предмет даљих разматрања, све концентрације могу да се поделе према томе да ли утичу на промену правног положаја (статуса) учесника у концентрацији. Прву групу чине концентрације које доводе до статусних промена учесника на тржишту, односно у којима један или оба учесника на тржишту губе правни субјективитет. Можемо их назвати концентрације спајањем (фузије). Другу групу представљају концентрације стицањем контроле, односно таква повезивања учесника на тржишту којима се успоставља непосредна или посредна контрола над учесником на тржишту или његовим деловима, који могу да представљају пословну целину. У овом случају постоји повезивање на уговорној основи, а између учесника концентрације успоставља се однос надређености и подређености.¹⁷ Учесници на тржишту задржавају правни субјективитет и формално-правно су независни, али *de facto* то нису. Коначно, заједнички подухват, односно заједничко улагање за трајно обављање свих функција самосталног привредног субјекта сматра се концентрацијом, а основ му је уговорно повезивање јер се њиме не мења правни положај учесника на тржишту.

С обзиром на сложеност и обимност предмета анализе, у даљем тексту биће разматране концентрација спајањем учесника на тржишту и концентрација стицањем контроле над циљним друштвом, док ће питање заједничког улагања бити предмет разматрања у посебном раду.

3. КОНЦЕНТРАЦИЈА СПАЈАЊЕМ УЧЕСНИКА НА ТРЖИШТУ

Спајања учесника на тржишту су у правном смислу једноставнија од других облика концентрација, али нису толико честа у пракси.¹⁸

Уредба 2004. најпре регулише случајеве трајне промене контроле настале услед спајања два или више предузећа или делова предузећа који су раније били независни.¹⁹ Уредба 2004. не дефинише појам спајање, што је разумљиво ако се има у виду постојање значајних разлика у правном регулисању статусних промена привредних друштава у земљама чланицама ЕУ. У Обавештењу ЕК наводи се да спајање у смислу чл. 3(1)(а) Уредбе 2004. настаје када се два или више независних предузећа сједине у ново предузеће

¹⁷ Вид. J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2621.

¹⁸ Према годишњим извештајима о раду Комисије за заштиту конкуренције (КЗК) за 2013 и 2014. годину пред КЗК одобрено је 2 концентрације по основу спајања или других статусних промена од укупно 182 предмета. Подаци доступни на <http://www.kzk.gov.rs/izvestaji>.

¹⁹ Чл. 3(1) Уредбе 2004.

и престану да постоје као самостални правни субјекти.²⁰ Дакле, спајање постоји када до тада два или више правно и економски независних учесника на тржишту изгубе сопствени правни субјективитет, односно престану да постоје као независна правна лица док се с друге стране ствара нови правни субјекат. Такође, спајањем се сматра случај када је предузеће абсорбовано од стране другог предузећа, где касније предузеће задржава свој правни субјективитет.²¹ Такав случај постоји код припајања привредних друштава.

Основна карактеристика спајања је да на крају остаје да постоји само један носилац права, који представља самосталну привредну целину. За тзв. *јавно сјајање* потребна је промена структуре на нивоу предузећа, односно носиоца права.²² Промена у структури предузећа без промене на нивоу имаоца права не сматра се концентрацијом.²³

Према доминантном ставу у теорији и пракси ЕУ, поред правног могуће је и тзв. *јавно (фактичко) сјајање*. Привредно спајање постоји када претходно независна предузећа, уз задржавање сопственог правног субјективитета, комбинују своје активности тако да то резултира стварањем сталног и самосталног економског управљања,²⁴ односно када претходно независна предузећа уговоре успостављање трајног заједничког привредног управљања²⁵ или формирају тзв. двоструко листирано друштво (енг. *dual listed company* – *DLC*, нем. *zweifach börsennotiertes Unternehmen*)²⁶. Другим речима, уколико раније независна предузећа тако организују своје пословање

²⁰ Обавештење ЕК, 5, пара. 9.

²¹ Обавештење ЕК, 5, пара. 9. У теорији вид. С. Koenig, К. Schreiber, *Europäisches Wettbewerbsrecht – Kartell- und Missbrauchsverbot, Fusionskontrolle, Beihilfen- und Vergaberecht*, Tübingen 2010, 190.

²² Вид. одлуку КЗК у предмету *Actavis PLC Irska – Forest Laboratories INC Delaver, SAD*, Решење бр. 6/0-02-169/2014-8 од 25.03.2014.

²³ Вид. више код С. Koenig, К. Schreiber, 190.

²⁴ Обавештење ЕК, 5, пара. 10. С. Koenig, К. Schreiber, 191. Вид. одлуку у предмету *IV/M.1016 – Price Waterhouse/Coopers&Lybrand* у којој је ЕК одобрила ову концентрацију. *Price Waterhouse* и *Coopers&Lybrand* су две велике организације за пружање професионалних услуга (ревизорске услуге, пореске услуге...), које су се састојале од мреже аутономних националних предузећа. Појединачна предузећа су наступала под заједничким именом и поштовала су заједничке етичке норме и стандарде пружања услуга. *Price Waterhouse* и *Coopers & Lybrand* су закључили споразум о спајању њихових глобалних мрежа.

²⁵ У немачком праву привредних друштава пример би био оснивање *Gleichordnungskonzern*, који означава групу друштава која су правно одвојене целине, али су под јединственом контролом без постојања матичног друштва; у енглеском праву то је *amalgamation of partnerships*. Вид. више код Е. Ј. Mestmäcker, Н. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München 2014³, 651.

²⁶ Двоструко листирано друштво настаје као резултат прекограничног фактичког спајања учесника на тржишту. На основу уговора долази до обједињавања пословања друштва, док она задржавају правни субјективитет, седиште и постојеће листирање на берзи. Вид. више код И. Ракић, 124, фус. 253. Такође, вид. Ј. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2622.

да заједно чине привредну целину постоји фактичко спајање. Код привредног спајања предузеће не губи правни субјективитет. При процени да ли постоји *de facto* спајање, поред трајног заједничког управљања као основног предуслова, узимају се у обзир и расподела добити и сношење губитака или постојање споразума о подели прихода између различитих предузећа у унутрашњем односу и солидарна одговорност предузећа у спољњем односу.²⁷ У сваком случају, фактичко спајање мора да води трајној промени тржишне структуре. Уколико овај услов није испуњен нема концентрације.

Према чл. 17(1) ЗЗК концентрација настаје у случају спајања и других статусних промена у којима долази до припајања учесника на тржишту у смислу закона којим се уређује положај привредних друштава, односно *Закона о њивредним друштвима*²⁸ (даље у тексту: ЗПД) из 2011. године. Појам спајања и припајања произлази из одредби ЗПД којима су регулисане статусне промене у нашем праву.²⁹ Под *спајањем* у смислу чл. 487 ЗПД подразумева се када два или више друштава оснују ново друштво и на то друштво пренесу целокупну имовину и обавезе, чиме друштва која се спајају престају да постоје без спровођења ликвидације. Статусна промена *приврајања* постоји када се једно или више друштава припоји другом друштву преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза, чиме друштво које се припаја престаје да постоји без спровођења поступка ликвидације.³⁰ Могућа је и *подела уз приврајање*, када се друштво дели а целокупну имовину и обавезе преноси на два или више постојећих друштава.³¹ У том случају друштво преносилац престаје да постоји. Коначно, статусна промена *издвајање уз приврајање* подразумева да се друштво дели и део своје имовине и обавеза

„DLSs су привредни ентитети чијим акцијама се не тргује као акцијама јединствене групе, него као две посебне јавно листиране компаније. Структура задржава RTZ и CRA као одвојене јавно листиране правне ентитете који задржавају свој корпоративни идентитет. Структура не укључује било какву промену у праву својине или праву коришћења било које имовине RTZ или CRA... RTZ и CRA ће деловати као јединствени учесник на тржишту.” Одлука у предмету *IV/M.660 – RTZ / CRA* од 7.12.1995, пара. 5.

„...транзакција неће довести до спајања или преноса средстава између Carnival и POPC; уместо тога двома компанијама ће бити управљано као да су јединствени учесник на тржишту у складу са уговорима и изменама оснивачких докумената оба друштва. Иако ће свака компанија наставити да самостално постоји, менаџмент обе компаније биће идентичан.” Одлука у предмету *COMP/M.3071 – CARNIVAL CORPORATION / P&O PRINCESS (II)* од 10.02.2003, пара. 5.

²⁷ Обавештење ЕК, 5, пара. 10. Вид. више код Е. Ј. Mestmäcker, Н. Schweitzer, 651; Ј. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2622.

²⁸ *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014.- др. закон и 5/2015.

²⁹ Статусне промене регулисане су чл. 483-514 ЗПД.

³⁰ Чл. 486 ЗПД. Вид. одлуку у предмету *Delhaize Group NV SA Белџија – Koninklijke Ahold NV Холандија*, Решење КЗК 6/0-02-537/2015-6 од 31.07.2015.

³¹ Чл. 488(2) ЗПД.

преноси на једно или више постојећих друштава.³² Друштво преносилац и након спроведене статусне промене наставља да постоји.

С друге стране, концентрација не настаје ако дође до припајања између два учесника на тржишту који су и пре припајања били повезани као друштва унутар групе (нпр. зависно друштво се припаја матичном друштву). У овом случају, иако су у формалном смислу испуњени услови за постојање концентрације, јер се једно друштво припаја другом, концентрација у смислу права конкуренције не настаје јер нема промене контроле него се врши измена постојеће економске структуре у оквиру одређене економске целине.

Чл. 3(1)(а) Уредбе 2004. не дефинише појам спајање, а из ставова изнетих у теорији и пракси произлази да је шири од правила садржаног у ЗЗК јер обухвата и *de facto* спајање. Међутим, то не значи да фактичко спајање, без спајања у правном смислу није регулисано ЗЗК, само би тај случај био обухваћен чл. 17(2) ЗЗК. По правилу ако су испуњени услови за постојање привредног спајања, истовремено су испуњени и захтеви за стицање контроле из чл. 3(1)(б) Уредбе 2004, односно чл. 17(2) ЗЗК. Међутим, између спајања и стицања контроле постоји разлика у процесноправном смислу. Наиме, у случају спајања и стицања заједничке контроле пријаву концентрације подносе заједно оба учесника у концентрацији. С друге стране, код стицања појединачне контроле пријаву подноси онај учесник на тржишту који стиче контролу.³³

4. КОНЦЕНТРАЦИЈА СТИЦАЊЕМ КОНТРОЛЕ

Концентрација настаје услед трајне промене контроле над учесником на тржишту и уколико на тај начин настане промена у тржишној структури. Концентрацијом се сматра стицање од стране једног или више учесника на тржишту, непосредне или посредне контроле над другим учесником на тржишту или више учесника на тржишту, или делом, односно деловима других учесника на тржишту, који могу представљати самосталну послову целину.³⁴

Појам и значење контроле одређено је Уредбом 2004. и ЗЗК. Контрола се заснива на правима, уговорима или било каквом другом средству, које посебно или у комбинацији, водећи рачуна о свим чињеничним и правним околностима, омогућава *одлучујући утицај* на предузеће.³⁵ У српском праву, контрола над учесником на тржишту у смислу ЗЗК представља могућност *одлучујуће утицаја* на вођење послова другог или других учесника на

³² Чл. 489(2) ЗПД.

³³ Чл. 4(2) Уредбе 2004, чл. 63(3) ЗЗК.

³⁴ Вид. чл. 17(2) ЗЗК и чл. 3(1)(б) Уредбе 2004.

³⁵ Чл. 3(2) Уредбе 2004.

тржишту.³⁶ Наведене норме представљају опште клаузуле, чија конкретизација се врши узимајући у обзир циљ контроле концентрација. На тај начин је појам концентрација остављен отвореним. Другим речима, свако понашање, сваки уговор или споразум између учесника на тржишту који води успостављању одлучујућег утицаја над другим учесником на тржишту може да представља концентрацију у смислу чл. 3 Уредбе 2004., односно чл. 17(2) ЗЗК.

Појам контроле из Уредбе 2004. није нужно идентичан са појмовима контроле који постоје у националним правима, али им је у одређеним деловима близак.³⁷ Исто тако, у српском праву појам контроле из чл. 5(2) ЗЗК разликује се нпр. од појма контроле из чл. 62(5) ЗПД. Управо због наведеног појам контроле треба тумачити аутономно у смислу права конкуренције.

Контрола може да се стекне преносом имовине друштва, стицањем удела у друштву у складу са статусним правилима или на било који други начин. У првом случају, друштво стиче контролу на основу права својине или права коришћења целе или дела имовине предузећа.³⁸ С друге стране, контролу је могуће остварити стицањем удела у друштву путем права или уговора, који омогућавају одлучујући утицај на састав, гласање³⁹ и одлучивање органа предузећа.⁴⁰ Коначно, извори права регулишу и стицање контроле на било који други начин.⁴¹ Овакво правило било је неопходно да би се њиме обухватили сви случајеви стицања одлучујућег утицаја који могу да настану у пракси.

За постојање одлучујућег утицаја није нужно да се он заиста и врши, него је довољна *могућност* вршења одлучујућег утицаја.⁴² Одлучујући утицај претпоставља могућност стицаоца да одреди пословну стратегију циљног предузећа на начин који искључује аутономно формирање воље циљног

³⁶ Чл. 5(1) ЗЗК.

³⁷ Вид. више J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2623.

³⁸ Вид. чл. 3(2)(а) Уредбе 2004, чл. 5(2) ЗЗК.

³⁹ Вид. нпр. Зоран Арсић, „Право гласа акционара – основни принципи”, *Зборник радова ПФНС*, 2/2009, 55-31.

⁴⁰ Вид. чл. 3(2)(б) Уредбе 2004, чл. 5(1) ЗЗК.

⁴¹ Контрола на други начин може да се стекне нпр. када на основу уговора о зајму који је један учесник на тржишту дао другом настане однос зависности и када зајмодавац због те зависности може да остварује садржајну контролу над одлукама зајмопримца. Вид. још примера код V. Butorac Malner, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013, 294-295.

⁴² Вид. чл. 3(2) Уредбе 2004 и чл. 5(2) ЗЗК. Обавештење ЕК, 7, пара. 16. У теорији вид. С. Koenig, K. Schreiber, 192; R. Whish, *Competition Law*, New York, 2005⁵, 804.

„Док одлучујући утицај да би постојао, у смислу чл. 3(3) Уредбе бр. 4064/89 не мора нужно да се врши, постојање контроле у смислу чл. 3 те Уредбе захтева да могућност вршења тог утицаја стварно постоји.” Пресуда Суда прве инстанце у предмету T 282/02 *Cementbouw v Commission* од 23.02.2006, пара. 58.

предузећа.⁴³ Процена да ли је дошло до стицања контроле врши се према критеријуму могућности вршења одлучујућег утицаја на пословање циљног предузећа, односно да ли ће стичалац контроле у будућности моћи да врши одлучујући утицај на пословање циљног друштва.

Могућност одлучујућег утицаја може да настане на основу права или чињеница. Вршење утицаја не мора да се односи на вођење свакодневних послова учесника на тржишту. Довољно је да постоји могућност утицаја на доношење стратешки важних одлука. Из Обавештења ЕК закључујемо да стратешким могу да се сматрају одлуке о именовању управе предузећа, о финансијском плану (буџету), о пословном плану (енг. *business plan*), о већим инвестицијама, као и одлуке тзв. тржишно специфичним правима (нпр. одлука о увођењу нове технологије или развоју новог производа).⁴⁴ Став је Комисије ЕК да типична права мањинских чланова у привредном друштву сама по себи не представљају контролу.⁴⁵

4.1. Врсте контроле

Уредба 2004. и ЗЗК праве разлику између неколико облика контроле. Прво, на основу овлашћења за вршење контроле разликујемо непосредну (директну) и посредну (индиректну) контролу.⁴⁶ Код непосредне контроле стичалац контроле је имаалац права или може да се користи правима из предметних уговора.⁴⁷ Дакле, стичалац непосредно врши одлучујући утицај на пословање циљног друштва (нпр. стицањем 51% удела у друштву⁴⁸). Посредно стицање контроле постоји када стичалац контроле, иако није имаалац права нити може да се користи правима из таквих уговора, има овлашћење за остваривање права која из њих произлазе.⁴⁹ Посредна контрола карактеристична је за повезана друштва, код којих стичалац контроле има могућност вршења контроле преко другог учесника на тржишту или лица, који је стичалац у формалном смислу (нпр. када матично друштво преко свог зависног друштва врши контролу у циљном друштву⁵⁰). Другим речима, стичалац

⁴³ С. Koenig, К. Schreiber, 192.

⁴⁴ Вид. Обавештење ЕК, 18-19, пара 68-73.

⁴⁵ Обавештење ЕК, 18, пара. 66.

⁴⁶ Вид. чл. 3(1)(б) Уредбе 2004, чл. 17(2) ЗЗК.

⁴⁷ Чл. 3(3)(а) Уредбе 2004.

⁴⁸ Вид. нпр. одлуку у предмету *Heineken International BV Holandija – Pivovarna Laško dd Slovenija*, Решење КЗК бр. 6/0-02-363/2015-6 од 28.05.2015.

⁴⁹ Вид. чл. 3(3)(б) Уредбе 2004.

⁵⁰ Вид. одлуку у предмету *BSH Hausgeräte GmbH Nemačka – BSH Wroclaw sp z oo Poljska – Fagor Mastercook SA Poljska*, Решење 6/0-02-350/2015-6 од 13.05.2015; *Robert Bosch GmbH Savezna Republika Nemačka – Robert Bosch BV Holandija – TTA International BV Holandija* Решење КЗК 6/0-02-457/2015-6 од 10.07.2015.

контроле разликује се од лица или учесника на тржишту који формално има права или може да се користи правима из уговора. У том случају, дакле, настаје ланац предузећа носилаца права од којих први врши контролу над следећим и тако редом до последњег предузећа у низу.⁵¹ Постојање посредне контроле је фактичко питање о коме се одлучује на основу околности сваког конкретнег случаја. При процени од нарочитог значаја су следећи фактори: удео у привредном друштву, уговорни односи, извор финансирања и породичне везе.⁵² Коначно могуће је да учесник на тржишту на основу једне концентрације стекне и непосредну и посредну контролу, односно да стицањем непосредне контроле над циљним друштвом истовремено стекне и посредну контролу над зависним друштвима циљног друштва.⁵³

Друго, контрола може да буде појединачна и заједничка. Појединачна контрола постоји када један учесник на тржишту може да врши одлучујући утицај на другог. Другим речима, контрола се врши преко појединачног субјекта права. Редовно се појединачна контрола остварује стицањем свих или већине удела у друштву⁵⁴ или путем стицања већине права гласа у циљном друштву. Стицалац појединачне контроле може самостално да доноси стратешке одлуке циљног предузећа без обзира на интересе свих осталих ималаца удела у том друштву. Заједничка контрола подразумева да два или више предузећа заједно имају одлучујући утицај у циљном друштву.⁵⁵

⁵¹ Вид. више С. Koenig, К. Schreiber, 191.

⁵² Обавештење ЕК, 6, пара. 13.

⁵³ Вид. одлуку у предмету *WESTON INVESTMENT COMPANY LIMITED Engleska – AD-RIS GRUPA d.d. Hrvatska – TDR d.o.o. Srbija* Решење КЗК 6/0-02-481/2015-6 од 09.07.2015; *Telemach BiH – Kablovska televizija HS BiH – HKB net BiH – M&H Company BiH – Vrbaska kablovska televizija-network BiH – KKR&Co. L.P. SAD* Решење КЗК 6/0-02-281/2015-12 од 2.07.2015.

⁵⁴ Вид. одлуку у предмету *Agrokor d.d. Hrvatska – Adriatica.Net d.o.o. Hrvatska*, Решење КЗК 6/0-02-405/2015-6 од 12.06.2015. (непосредна појединачна контрола на основу докapiтализације друштва „Adriatica.Net” d.o.o. од стране друштва „Agrokor” d.d., на који начин су потраживања „Agrokor-a” према „Adriatica.Net” d.o.o. претворена у основни капитал овог друштва, чиме „Agrokor” d.d успоставља контролу над „Adriatica.Net” d.o.o., кроз увећање својих удела у овом друштву са постојећих 23,54% на планираних /80-90/% удела); *Telekom Austria AG Austrija – Amisco NV Belgija* Решење КЗК 6/0-02-510/2015-6 од 21.07.2015. (непосредна појединачна контрола куповином 100% акција циљног друштва); *Telemach d.o.o. Bosna i Hercegovina – Velnet d.o.o. Bosna i Hercegovina – KKR&Co. L.P. SAD* Решење КЗК 6/0-02-485/2015-4 од 2.07.2015.(посредна појединачна контрола куповином укупних власничких удела у циљном друштву); *OTP Banka Srbija a.d. Novi Sad, Srbija – Findomestic Banka a.d. Beograd, Srbija* Решење КЗК 6/0-02-521/2015-6 од 15.07.2015. (појединачна контрола преузимањем целокупног акцијског капитала); *Delhaize Group NV SA Белџија – Koninklijke Ahold NV Холандија*, Решење КЗК 6/0-02-537/2015-6 од 31.07.2015. (појединачна контрола након статусне промене припајања).

⁵⁵ Вид. нпр. одлуку у предмету *Finedining (Cayman) Limited Kajmanska Ostrva – FIBA Beteiligungs-und Anlage GmbH Austrija – WMF Group GmbH Nemačka* Решење 6/0-02-389/2015-7 од 8.06.2015.

Имаоци заједничке контроле одлуке о пословној политици предузећа могу да донесу само заједно, односно уз сагласност свих ималаца заједничке контроле. По правилу, сваки појединачни ималац заједничке контроле има могућност да забрани или блокира доношење одлуке са којом није сагласан.⁵⁶

И коначно, иако у Уредби 2004. и ЗЗК не постоји изричито разликовање, контрола може да постоји у позитивној или негативној форми. Позитивна контрола постоји када стицалац својим одлукама утврђује стратешко тржишно понашање контролисаног предузећа, а негативна, када стицалац може да спречи доношење стратешких одлука путем вета.⁵⁷ Већинско учешће у основном капиталу, по правилу, представља претпоставку позитивне контроле. Међутим, уколико се за доношење стратешких одлука уговором о оснивању или статутом захтева једногласност, онда лице са већинским учешћем у основном капиталу свакако има негативну контролу.

4.2. Трајност контроле

Уредба 2004. и ЗЗК не регулишу трансакције које за последицу имају привремену промену контроле. Само трајна промена контроле и последично трајна промена тржишне структуре представљају концентрацију.⁵⁸ Када постоји трајна промена контроле је фактичко питање и процењује према релевантним правним и фактичким околностима. ЕК је трајном променом контроле, по правилу, сматрала уговоре који превазилазе уобичајено време у одређеној области пословања.⁵⁹ Трајним је редовно сматрала уговоре закључене на временски период од 10 година и дужи (нпр. искључива лиценца на 10 година,⁶⁰ менаџерски уговори у трајању од 10-15 година⁶¹).

⁵⁶ Вид. одлуку у предмету *Finedining (Cayman) Limited Kajmanska Ostrva – FIBA Beteiligungs-und Anlage GmbH Austrija – WMF Group GmbH Nemačka* Решење 6/0-02-389/2015-7 од 8.06.2015, стр. 4 (У Уговору о купопродаји удела регулисано је располагање правом вета у погледу стратешких одлука учесника на тржишту, као што су одлуке о буџету).

⁵⁷ Обавештење ЕК, 16, пара. 54.

⁵⁸ Према тач. 20 Преамбуле Уредбе 2004. концентрације обухватају деловања која узрокују трајне промене у контроли предметних учесника на тржишту, а тиме и у структури тржишта.

⁵⁹ Е. Ј. Mestmäcker, Н. Schweitzer, 660.

⁶⁰ Вид. одлуку у предмету *COMP/M.5727- MICROSOFT/ YAHOO! SEARCH BUSINESS* од 18.02.2010. Комисија ЕУ пошла је од претпоставке да је у области интернет претраживача период од 10 година изузетно дуг.

⁶¹ *COMP/M.3858 – LEHMAN BROTHERS / SCG / STARWOOD / LE MERIDIEN* од 20.07.2005, пара. 9.

5. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Концентрације су различити облици трајног повезивања учесника на тржишту на статусној и/или уговорној основи којима се ствара правно и/или фактичко (економско) заједништво између учесника концентрације, при чему су учесници концентрације пре спроведене концентрације били правно и економски независни. Концентрација настаје само у случају трајне промене контроле над учесником на тржишту и уколико на тај начин настаје промена у тржишној структури.

Концентрације спајањем иако једноставније, ретко се јављају у пракси. Спајање постоји када до тада два или више правно и економски независних учесника на тржишту престану да постоје као независна правна лица, док се с друге стране ствара нови правни субјекат. Такође, спајањем се сматра случај када се једно предузеће припоји другом, где касније предузеће задржава свој правни субјективитет.

Концентрације стицањем контроле настају уколико се промени контрола над учесником на тржишту. За ове концентрације одлучујућ је појам контроле. Појам контроле је *материјалне природе* и одређује се као могућност вршења одлучујућег утицаја на вођење послова учесника на тржишту.

*Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

Mergers and Concentrations Occurring on the Basis of Acquiring of Control in Serbian and EU Competition Law

Abstract: *Relevant Serbian and EU competition legislation does not define what is considered a concentration, but regulates which business transactions lead to concentrations of undertakings. Concentrations can be differentiated according to whether the concentration affects legal position of the merging undertakings. A concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings. Second type of concentrations occurs in the case of an acquisition of control. Finally, the concentration shall be deemed to arise in the case of creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity.*

This paper analyses mergers and concentrations occurring on the basis of acquiring of control in Serbian and EU competition law.

Keywords: *Competition law, concentrations, mergers, control, decisive influence.*

Датум пријема рада: 15.09.2016.