

## ČLANCI I RASPRAVE

Dr Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ\*

UDK 347.733: 061.1 EC  
str. 9 - 24.  
izvorni naučni rad

### RAZLIKOVANJE KARTELNIH SPORAZUMA I KONCENTRACIJA PREDUZEĆA U PRAVU KONKURENCIJE EU

#### ABSTRACT

*The article deals with the problem of distinction between cartel agreements and concentrations of undertakings in the competition law of the EU, which became actual after the separate legal regime for the control of concentrations of undertakings was established in the Council Regulation 4064/89. The Regulation 4064 and Commission notices which were brought for the implementation of the Regulation define the criteria for the named distinction but, by author's opinion, rather unsuccessfully. The author concludes that the unified legal regime for cartel agreements and concentrations of undertakings would be much appropriate solution.*

**Key words:** *competition law of the European Union, cartel agreement, concentration between undertakings, joint ventures.*

---

\* Dr Dijana Marković-Bajalović, istraživač - saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd.

## I Uvodne napomene

Antimonopolsko pravo tradicionalno pravi podelu izmedju kartelnih sporazuma, kao labavijeg (tzv. *loose knit confederations*) i koncentracija preduzeća, kao čvršćeg oblika povezivanja tržišnih subjekata (tzv. *close knit combinations*).<sup>1</sup> Jedan od razloga za to leži u različitim ekonomskim uzrocima navedenih oblika povezivanja. Kartelni sporazumi imaju za predmet regulisanje ponašanja preduzeća na tržištu.<sup>2</sup> Zaključenjem kartelnog sporazuma samostalno, individualno donošenje odluka biva zamenjeno zajedničkim planom svih preduzeća učesnika, čime svaka neizvesnost u pogledu ishoda tržišne utakmice, kao bitne pretpostavke njenog pravilnog odvijanja, izostaje. Oni se zbog toga očigledno suprotstavljaju cilju očuvanja konkurencije na tržištu, kao osnovnom cilju antimonopolskog prava. Za razliku od njih, razlozi čvršćeg povezivanja preduzeća, kada dolazi do izmena u vlasničkoj ili upravljačkoj strukturi preduzeća, mogu biti višestruki. Ranije preovladjujući stav evropske teorije, koji su nekoliko decenija prihvatili i organi tadašnje EEZ, je bio da je osnovni razlog koncentracija preduzeća smanjenje troškova privredjivanja, odnosno povećanje ekonomske efikasnosti, zbog čega im ne treba stajati na putu. Tek kasnije se primećuje da koncentracije preduzeća mogu, u istoj meri kao i kartelni sporazumi, ugroziti konkurenciju na tržištu, a da je cilj ekonomske efikasnosti moguće ostvariti i na drugi način, tzv. internim rastom, odnosno ulaganjem u nove proizvodne kapacitete.<sup>3</sup> Ovo su bili razlozi zbog čega su mere kontrole povezivanja naknadno, nakon višegodišnjeg insistiranja Komisije uz podršku Suda pravde,<sup>4</sup> uvedene u pravo konkurencije EU.

Gore navedena distinkcija izmedju kartelnih sporazuma i koncentracija preduzeća nije, međjutim, dovoljna da bi pomoću nje bilo moguće izvršiti kategorizaciju svih oblika veza izmedju preduzeća koji se u praksi na tržištu mogu javiti. Naprotiv, pre bi se moglo reći da većina uobičajenih oblika saradnje i grupisanja preduzeća leži negde izmedju dva suprotna pola: ugovora o utvrđivanju cena i podeli tržišta, kao kartelnih ugovora *par excellence*, i statusnopravnih fuzija,

---

<sup>1</sup> Vidi za pregled najrazvijenijih sistema antimonopolskog prava: F. D. Raybould, "Law of Monopolies, Competition Law and Practice in the USA, EEC, Germany and the UK", London, 1991.

<sup>2</sup> W. Hefermehl, "Beurteilung von Fusionen und Konzernbildungen nach Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages", *Festschrift für H.C. Nipperdey*, Minhen, Berlin, 1965, str. 779

<sup>3</sup> E.- J. Mestmäcker, "Europäisches Wettbewerbsrecht", Minhen, 1974, S. 402

<sup>4</sup> Vidi: A. Winterfeld, "EG-Fusionskontrolle durch Richterrecht?", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, br. 12/1988, S. 958

kod kojih preduzeća učesnici gube ne samo ekonomsku, već i pravnu samostalnost.<sup>5</sup> Takodje, vreme je pokazalo da različit pravni tretman kartelnih sporazuma, kao apsolutno nedopuštenih, s jedne strane, i koncentracija preduzeća, čiji uticaj na odvijanje konkurencije na tržištu ali i na ostvarivanje ostalih pravno-političkih ciljeva, kao npr. povećanje ekonomske efikasnosti, doprinos privrednom i tehničkom progresu, itd., nije sasvim opravdan. I u oblasti kartelnih sporazuma područje primene *rule of reason* principa, koji nalaže procenu pravne dopuštenosti kartelnih sporazuma u svakom konkretnom slučaju, analizom njihove uskladenosti sa različitim utvrdjenim ciljevima, sve više se širi na račun područja *per se* zabrane.<sup>6</sup>

Navedeno teorijsko razlikovanje je u pravu EU uslovalo i značajne praktične posledice, budući da je pravni režim predviđen za koncentracije preduzeća blaži u odnosu na režim kartelnih sporazuma.<sup>7</sup> Jedna od mogućih pravnih posledica zaključenja kartelnih sporazuma, pored njihove ništavosti, je i izricanje sankcija preduzećima učesnicima, u obliku novčanih kazni.<sup>8</sup> Suprotno tome, prilagodjavanje određenog povezivanja preduzeća kao inkopatibilnog sa zajedničkim tržištem, vodi jedino njegovoj zabrani, a izricanje sankcija preduzećima učesnicima postaje moguće tek ukoliko se ova ne povinuju odluci Komisije.<sup>9</sup> Drugo, izuzeće određenog sporazuma od ništavosti, po osnovu primene člana 85, stav 3. može biti samo privremenog karaktera. Komisija, naime, može trajanje izuzeća ograničiti na određeni rok. Suprotno, odluka Komisije kojom se određeno povezivanje proglašava dopuštenim je konačna. Komisija je može opozvati samo u slučaju da preduzeća učesnici ne poštuju obaveze preuzete prilikom preispitivanja povezivanja.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Vidi šire: V. Krulj, "Pravni režim i oblici koncentracija u privredi", Beograd, 1978.

<sup>6</sup> B. Sangmeister, "Die Rule of reason und das Per se-Konzept", Keln, 1975.

<sup>7</sup> Tako, npr, V. Korah, "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice", London, 1994, p. 244.

<sup>8</sup> Vidi član 15. Pravila Saveta br. 17/62.

<sup>9</sup> Član 14, stav 2. Pravila 4064/89.

<sup>10</sup> Član 8, stav 5. Pravila 4064/89.

## II Razlikovanje kartelnih sporazuma i koncentracija preduzeća do donošenja Pravila o koncentracijama

Do donošenja Pravila o kontroli koncentracija preduzeća,<sup>11</sup> pitanje razlikovanja kartelnih sporazuma od koncentracija preduzeća je bilo od značaja za utvrđivanje opsega primene člana 85. Ugovora o osnivanju EZ.<sup>12</sup> Postavljalo se pitanje, naime, da li se član 85. može primenjivati i na koncentracije preduzeća. Zastupnici šireg shvatanja, među kojima je u početku bila i Komisija, su bili mišljenja da sistematsko tumačenje člana 85. nalaže njegovu primenu i na koncentracije preduzeća, primećujući s pravom da nije bitno sredstvo kojim se ograničavanje konkurencije vrši, već izazvana posledica. Pravni osnov za primenu člana 85. i na koncentracije preduzeća postoji, jer svakom povezivanju po pravilu prethodi sporazumevanje među preduzećima učesnicima. U slučajevima kada se koncentracija vrši kupovinom akcija preduzeća na berzi, došla bi u obzir primena

---

<sup>11</sup> Pravilo Saveta br. 4064/89 od 21. 12. 1989. o kontroli koncentracija preduzeća, *O. J. L* 395/1, i Pravilo Saveta br. 1310/97 od 30. 06. 1997. kojim se menja Pravilo br. 4064/89, *O. J. L* 180.

<sup>12</sup> Član 85. glasi: "Nespojivi su sa zajedničkim tržištem i zabranjeni svi sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i usaglašena ponašanja koji su pogodni da nanese štetu trgovini između država članica i koji imaju za cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije unutar zajedničkog tržišta, a naročito:

- neposredno ili posredno utvrđivanje kupovnih ili prodajnih cena ili drugih uslova prometa;
- ograničavanje ili kontrolu proizvodnje, ponude, tehničkog razvoja ili investicija;
- podelu tržišta ili izvora snabdevanja;
- primenu različitih uslova na iste poslove sa različitim poslovnim partnerima, stavljajući ih na taj način u nejednak konkurentski položaj i
- uslovljavanje zaključenja ugovora prihvatanjem dodatnih obaveza, koje po svojoj prirodi i trgovačkim običajima nisu u vezi sa predmetom ugovora.

Svi sporazumi ili odluke zabranjeni ovim članom ništavni su.

Određbe stava 1. mogu se, međutim, izuzeti od primene na:

- sporazume ili grupe sporazuma između preduzeća;
- odluke ili grupe odluka udruženja preduzeća, i
- usaglašena ponašanja,

koji doprinose unapredjenju proizvodnje ili raspodele robe ili unapredjenju tehničkog ili privrednog razvoja, uz srazmerno učešće potrošača u tako ostvarenoj dobiti i koji:

- ne nameću preduzećima ograničenja koja nisu neophodna za ostvarenje tih ciljeva;
- ne daju mogućnosti tim preduzećima da bitan deo proizvodnje isključe iz konkurencije.

trećeg navedenog oblika kartelnih sporazuma, t.j. usaglašene prakse.<sup>13</sup> I oni, pak, primećuju da je sankcija ništavosti, predviđena stavom 2. člana 85. neadekvatna mera u slučajevima povezivanja kod kojih je došlo do izmena u vlasničkoj strukturi preduzeća.<sup>14</sup> Teorijsku raspravu prekinula je sama Komisija, kada je u Memorandumu o koncentracijama preduzeća izjavila da se član 85. neće primenjivati na sporazume koji imaju za cilj sticanje potpunog ili delimičnog vlasništva nad preduzećem ili izmenu vlasničke strukture u preduzeću.<sup>15</sup>

Kasnije je, ipak, navedeni stav napušten. Dugotrajno odlaganje usvajanja predloženog Pravila o koncentracijama prouzrokovalo je ekstenzivnije tumačenje sadržine članova 85. i 86. od strane Komisije i Suda pravde. Tako je odlukom u slučaju *Philip Morris/Rothmans International*<sup>16</sup> Sud pravde dozvolio primenu člana 85. i na ugovore između preduzeća o sticanju učešća u obimu koje daje mogućnost vršenja odlučujućeg uticaja na ponašanje preduzeća - dotadašnjeg konkurenta, dok je odlukom u slučaju *Continental Can*<sup>17</sup> omogućio primenu odredbe o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja sadržane u članu 86. na situacije kada se preduzeće sa dominantnom tržišnom pozicijom povezuje sa drugim preduzećem.

### **III Razlikovanje kartelnih sporazuma i koncentracija preduzeća nakon donošenja Pravila 4064/89**

Problem razlikovanja kartelnih sporazuma od koncentracija preduzeća u pravu EU ponovo dobija na aktuelnosti usvajanjem Pravila o kontroli koncentracija, ovaj put zbog potrebe razgraničenja njegovog polja primene od polja primene člana 85, a najviše se prelama na pitanju statusa zajedničkih ulaganja, što je razumljivo ukoliko se zna da su aktivnosti u formi zajedničkih ulaganja najčešći oblik saradnje

---

<sup>13</sup> Mestmäcker, *op. cit.*, S. 403. Suprotno Hefermehl, koji ukazuje na katalog primera zabranjenih kartelnih sporazuma navedenih u članu 85, stav 1, lit. a) do e). *op. cit.*, S. 780

<sup>14</sup> Mestmäcker, *op. cit.*, S. 404, takodje i Hefermehl, *op. cit.*, S. 780.

<sup>15</sup> Le probleme de la concentration dans le marché commun, *Études CEE*, Serie Concurrence, br. 3, 1966.

<sup>16</sup> British and American Tobacco and R J Reynolds Industries Inc. v. Commission (Philip Morris/Rothmans International), sjedinjeni slučajevi 142 i 156/84, 1987, 2 *C.M.L.R.* 551, 1988, 25 *C.M.L.R.* 333.

<sup>17</sup> Europemballage Corp. & Continental Can Inc. v. Commission, slučaj 6/72, 1973, *C.M.L.R.* 199.

preduzeća na zajedničkom tržištu.<sup>18</sup> Osim zajedničkih ulaganja, pitanje razgraničenja domena primena člana 85. i Pravila 4064/89 od značaja je i za druge oblike povezivanja preduzeća na tržištu koji čine mešavinu različitih ugovornih i svojinskih odnosa.

### ***1. Pojam koncentracije preduzeća prema Pravilu 4064/89***

Svesni mogućnosti preklapanja u delokrugu primene Pravila 4064/89 i članova 85. i 86. Ugovora o osnivanju EZ, sastavljači Pravila su nastojali da bliže definišu pojam koncentracije preduzeća. Tako se u tački 23. Pravila ističe namera sastavljača da se pojam koncentracije definiše "*...na takav način da obuhvati samo operacije koje dovode do trajne izmene strukture preduzeća u pitanju*", a da se iz opsega primene Pravila isključe operacije čiji je cilj ili posledica koordinacija kompetitivnog ponašanja preduzeća koja ostaju nezavisna. Takve operacije biće preispitivane u postupcima vodjenim na osnovu članova 85. i 86.

U članu 3. Pravila data je definicija pojma koncentracije. On obuhvata, najpre, statusnopravne fuzije, kao oblik koncentracije koji izaziva najmanje sporova ali se u praksi i najredje sreće,<sup>19</sup> a zatim i sve druge radnje, kao što su kupovina hartija od vrednosti ili imovine preduzeća, zaključivanje ugovora i dr., koje imaju za posledicu sticanje neposredne ili posredne kontrole na celini ili delu preduzeća. Pod sticanjem kontrole podrazumeva se mogućnost vršenja odlučujućeg uticaja na preduzeće, što se ceni prema okolnostima konkretnog slučaja. Po pravilu, radi se o situacijama sticanja vlasništva ili prava na upotrebu celokupne ili dela imovine preduzeća, kao i situacijama sticanja prava vršenja odlučujućeg uticaja na sastav i donošenje odluka organa preduzeća u pitanju.<sup>20</sup> Iz navedenog se dá zaključiti da je intencija sastavljača bila da Pravilom obuhvate one oblike povezivanja preduzeća kod

---

<sup>18</sup> Samo u prvoj godini primene Pravila o kontroli povezivanja više od polovine prijavljenih povezivanja bila su zajednička preduzeća. Navedeno prema: D. Einsele, "Auswirkungen der europäischen Fusionskontrollverordnung auf Gemeinschaftsunternehmen," *Recht der Internationalen Wirtschaft*, br. 8/1992, Beilage 2, S. 3, takodje i A. Brown, "Distinguishing between Concentrative and Co-operative Joint Ventures: Is it Getting any Easier?", *European Competition Law Review*, 4/1996, p. 242.

<sup>19</sup> Razlog tome leži u činjenici da statusnopravna fuzija predstavlja takav oblik povezivanja čije su posledice po preduzeća učesnika konačne. Sjedinjena preduzeća gube u potpunosti svoju ekonomsku i pravnu samostalnost. U slučaju da žele da je ponovo povrate postupak je dugotrajan i složen, za razliku od drugih oblika povezivanja, na bazi kapitalnog učešća ili ugovornog, gde se uspostavljanje kao i raskidanje međusobnih veza odvija i brže i jednostavnije.

<sup>20</sup> Član 3, stav 3, lit. a) i b) Pravila 4064/89.

kojih ona, bilo iz pravnih, bilo iz faktičkih razloga, gube samostalnost u donošenju poslovnih odluka.

Kada se radi o zajedničkim ulaganjima, smatraće se koncentracijom oblici zajedničkih preduzeća kojima osnivači poveravaju obavljanje na trajnoj bazi svih funkcija autonomnog privrednog subjekta.<sup>21</sup>

I pored nastojanja sastavljača da što iscrpnije odrede pojam koncentracije, i dalje je dosta toga ostalo nejasno, a pre svega pitanje podvodjenja konkretnih oblika zajedničkih ulaganja pod pojam koncentracije, odn. kartelnog sporazuma, i kao drugo, ne manje značajno, pitanje kada će se smatrati da stečeni obim kontrole nad drugim preduzećem daje mogućnost vršenja odlučujućeg uticaja na preduzeće.

Navedena pitanja Komisija je pokušala da razjasni Mišljenjem o koncentrativnim i kooperativnim operacijama na osnovu Pravila br. 4064/89 koje je izdala 1990. godine.<sup>22</sup>

#### a) *Zajednička ulaganja*

Pojam zajedničkih ulaganja u uporednom pravu obuhvata različite oblike saradnje preduzeća, čija zajednička karakteristika je formiranje novog privrednog subjekta, na koga osnivači prenose obavljanje određenih privrednih aktivnosti, po pravilu ravnopravno snoseći rizik, ali i učestvuju i u upravljanju i raspodeli dobiti.<sup>23</sup> U pravu EU zajednička ulaganja se određuju kao preduzeća koja nekoliko drugih preduzeća (roditeljskih preduzeća) zajedno kontrolišu.<sup>24</sup> Budući da se zajedničkim ulaganjem pojedine aktivnosti ulaganja objedinjuju u novoosnovanom (ili već postojećem) privrednom subjektu opravdano bi bilo smatrati da se radi o

---

<sup>21</sup> Član 3, stav 2.

<sup>22</sup> Mišljenje Komisije o koncentrativnim i kooperativnim operacijama prema Pravilu br. 4064/89, O. J. 90 C 203/06

<sup>23</sup> U američkom pravu, odakle vodi poreklo, pojam zajedničko ulaganje (*joint venture*) označava ortakluk formiran od strane fizičkih ili pravnih lica radi obavljanja jednog određenog posla ili poduhvata koji prestaje da postoji kada se ostvari cilj radi koga je osnovan. Njegovi osnivači odgovaraju solidarno i neograničeno i, ukoliko se drugačije ne dogovore, ravnopravno učestvuju u upravljanju i podeli dobiti. Zajedničko ulaganje ima pravnu sposobnost. P. Treumann, "US Business Law", Keln, 1978, p. 165, takodje i V. Krulj, "Pravni režim i oblici koncentracija u privredi", Beograd, 1978, str. 197. Vidi i Z. Stefanović, "Posao uz zajednički rizik - Joint Venture", *Pravni život*, br. 11/1998, str. 515-525

Ali, termin zajedničko ulaganje se može odnositi i na situaciju kada ulagači zajedno poseduju akcije neke korporacije. U tom slučaju, odgovornost ulagača za obaveze je ograničena do visine učešća u kapitalu korporacije. Treumann, *op.cit.* p. 165.

<sup>24</sup> Tačka 7. Saopštenja 203/06.

koncentraciji preduzeća koje se reguliše prema odredbama Pravila o kontroli koncentracija. S druge strane, česte su situacije da preduzeća ulagači zadržavaju samostalne funkcije u obavljanju privrednih aktivnosti, a zajedničko preduzeće im omogućuje saradnju, pa samim tim i eliminisanje međusobne konkurencije, zbog čega bi primena odredaba člana 85. Ugovora o osnivanju bila takodje osnovana.

Navedena dilema pokušala se razrešiti distinkcijom između tzv. koncentrativnih i kooperativnih zajedničkih ulaganja, koja je u pravo konkurencije EU preneti iz nemačkog kartelnog prava.<sup>25</sup> Osnov razlikovanja predstavlja odnos na tržištu koji se nakon formiranja zajedničkog preduzeća uspostavlja između preduzeća osnivača, kao i između njih i zajedničkog preduzeća. Ukoliko zajedničko preduzeće preuzima kompletne funkcije samostalnog privrednog subjekta u određenoj vrsti delatnosti, a preduzeća osnivači prestaju da i sama obavljaju istu delatnost, ili se povlače sa geografskog tržišta na kome se zajedničko preduzeće pojavljuje kao konkurent, radi se o koncentrativnim ulaganjima. Preduzeća osnivači prestaju da budu međusobni konkurenti na određenom tržištu, već se njihova delatnost objedinjuje u zajedničkom preduzeću. Naprotiv, ukoliko preduzeća osnivači prenose na zajedničko preduzeće samo pojedine privredne funkcije, ili ona nastavljaju da obavljaju delatnost na istom tržištu na kom je prisutno i zajedničko preduzeće, smatra se da se radi o kooperativnom zajedničkom ulaganju - formi koja omogućuje saradnju više preduzeća prisutnih na istom tržištu. Preduzeća ulagači nastavljaju da budu konkurenti među sobom ili u odnosu prema zajedničkom preduzeću, ali ih interesi objedinjeni u zajedničkom preduzeću navode da usaglasе svoje ponašanje na tržištu. Zajedničko preduzeće je sredstvo koordinacije njihovog tržišnog ponašanja i stoga podleže pravilima predviđenim za kartelne sporazume.

U skladu sa pomenutim Mišljenjem Komisije, da bi se određeno zajedničko ulaganje moglo smatrati koncentrativnim nužno da je da kumulativno budu ispunjena dva uslova, jedan pozitivni i drugi negativni: da zajedničko preduzeće na trajnoj bazi obavlja sve funkcije autonomnog privrednog subjekta i da se njime ne stvara mogućnost koordinacije kompetitivnog ponašanja preduzeća učesnika.

Ključno pitanje u pogledu ispunjenosti pozitivnog uslova je da li je zajedničko preduzeće u mogućnosti da samostalno sprovodi svoju poslovnu politiku, jer samo u tom slučaju ono zadobija status samostalnog konkurenta na tržištu.<sup>26</sup> Odgovor na navedeno pitanje zavisi od više faktora.

Tako, najpre, zajedničko preduzeće mora imati položaj samostalnog kupca ili prodavca na tržištu. Takav položaj prema Mišljenju nema zajedničko preduzeće koje obavlja određene aktivnosti kao pomoćne privrednim aktivnostima roditeljskih

---

<sup>25</sup> Vidi o tome, V. Emmerich, "Kartellrecht", Minhen, 1991, S. 369.

<sup>26</sup> Brown, *op.cit.*, p. 244.



preduzeća, ili se u bilo kom smislu nalazi u položaju zavisnosti u odnosu prema preduzećima osnivačima, kao npr. ukoliko veći deo potreba obezbeđuje preko osnivača, ili svojim proizvodima ili uslugama snabdeva isključivo njih, pa čak i ukoliko veći deo svog prometa obavlja sa trećim licima, ali ostaje u značajnoj meri zavisan od osnivača u pogledu održavanja i razvoja svog poslovanja.<sup>27</sup> Poslednja situacija postoji ukoliko zajedničko preduzeće prilikom obavljanja svoje delatnosti koristi proizvodne resurse preduzeća osnivača. Navedeni stav Komisije je kritikovan zbog toga što nije u skladu sa realitetom privrednog života, gde će se često naići na primere multifunkcionalnih proizvodnih postrojenja, koja proizvode sastavne delove za različite krajnje proizvode. Za samostalan tržišni status zajedničkog preduzeća nije od značaja, tvrdi se, da li u takvom slučaju ono svoje potrebe za poluproizvodima obezbeđuje kod svojih osnivača ili trećih preduzeća.<sup>28</sup> Po našem mišljenju, celokupan koncept ekonomske samostalnosti preduzeća, odn. ekonomske zavisnosti kao njegovog antipoda je ostao nedovoljno razjašnjen. Privredni život je pun primera gde se preduzeća nalaza u odnosu zavisnosti prema drugim preduzećima, npr. u pogledu snabdevanja sirovinama, poluproizvodima, energijom, korišćenja prava industrijske svojine, dostupnosti distributivnih i prodajnih mreža i sl., što nije dovoljno da bi se smatralo da na tržištu ne postoje kao samostalni konkurenti.<sup>29</sup>

Druga važna činjenica je da li je zajedničko preduzeće prilikom donošenja poslovnih odluka u stanju da sledi isključivo svoje ekonomske interese ili, naprotiv, predstavlja sredstvo za realizaciju ekonomskih interesa osnivača. U skladu sa stavovima Komisije, preduzeća osnivači mogu donositi odluke putem kojih realizuju svoju funkciju finansijera zajedničkog preduzeća, odn. ulagača. Oni, tako, mogu odlučivati o promeni ciljeva preduzeća, povećanju ili smanjenju osnivačkog kapitala, raspodeli profita i sl. Da bi se, dakle, zajedničko ulaganje smatralo koncentrativnim, potrebno je da se ulagači svedu na položaj investitora, odričući se svoje preduzetničke uloge. To znači da, u okviru granica postavljenih ciljevima preduzeća, ono mora biti potpuno slobodno u planiranju, donošenju odluka i njihovom

---

<sup>27</sup> Tačka 16. Mišljenja.

<sup>28</sup> W. Kleinmann, "Die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung auf Gemeinschaftsunternehmen", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 8/1990, S. 608.

<sup>29</sup> Naprotiv, pravo EU, kao uostalom i druga antimonopolska prava, izričito sankcioniše akt iskorištavanja položaja ekonomske zavisnosti, kao čin zloupotrebe dominantne pozicije. Vidi o tome: D. Maković-Bajalović, "Položaj dominantnih preduzeća u pravu Evropske Unije", *Pravni život*, 12/97, str. 717-730.

spровodjenju.<sup>30</sup> I u pogledu ovog uslova s pravom je primećeno da je u praksi često teško razlučiti investitorsku od preduzetničke uloge osnivača.<sup>31</sup>

Konačno, zajedničko preduzeće mora biti sposobno da obavlja svoje aktivnosti neograničeno, ili makar na duži rok. Za ispunjenost ovog uslova nije dovoljno da se ugovori duži rok trajanja zajedničkog preduzeća, već je potrebno da preduzeća osnivači obezbede ljudske i finansijske resurse u obimu dovoljnom da se omogući postojanje i nezavisnost zajedničkog preduzeća za duži vremenski period.<sup>32</sup>

Odsustvo negativnog uslova, odn. mogućnosti koordinacije tržišnog ponašanja kako preduzeća osnivača među sobom, tako i između preduzeća osnivača i zajedničkog preduzeća, takodje zavisi od više faktora. Komisija u Mišljenju ukazuje najpre da zajednička ulaganja po samoj svojoj prirodi predstavljaju sredstvo za ostvarivanje zajedničkih interesa preduzeća osnivača, te da stoga uvek pretpostavljaju izvesnu saradnju između njih. Linija razgraničenja između toga koje aktivnosti predstavljaju ostvarivanje zajedničkih interesa, a koje koordinaciju tržišnog ponašanja mora biti povučena u svakom konkretnom slučaju, pri čemu odlučujući faktor nije pravna forma odnosa između roditeljskih preduzeća i njih i zajedničkog preduzeća, već posledice koje osnivanje i rad zajedničkog preduzeća ima na tržišne odnose.<sup>33</sup>

Komisija je ipak pokušala da izdvoji nekoliko zamislivih tipova tržišnih odnosa koji mogu biti uspostavljeni osnivanjem zajedničkog preduzeća i da opredeli svoj stav u pogledu njih.

Tako, najpre, ukoliko roditeljska preduzeća nisu prisutna na tržištu na kome zajedničko preduzeće obavlja delatnost, ili na nishodnim ili ushodnim tržištima, smatra se da nema rizika koordinacije tržišnog ponašanja. Takva situacija postojaće, na primer, kada preduzeća osnivači sve svoje privredne aktivnosti prenesu na zajedničko preduzeće, a ona preuzmu ulogu istog holdinga, ili kada zajedničko preduzeće otpočne obavljanje potpuno nove privredne delatnosti koja ne ulazi u krug delatnosti osnivača, ili kada preduzeća osnivači nastave da obavljaju istu ili srodnu privrednu aktivnost (nastave da obavljaju delatnost na istom stvarnom, odnosno tržištu proizvoda), ali to čine na različitim i udaljenim geografskim tržištima.

Suprotno, postoji pretpostavka koordinacije kompetitivnog ponašanja ukoliko oba ili jedno od preduzeća osnivača nastave obavljanje delatnosti na tržištu

---

<sup>30</sup> Tač. 18. Mišljenja.

<sup>31</sup> Kleinmann, *isto*.

<sup>32</sup> Tač. 17. Mišljenja.

<sup>33</sup> Tač. 23.

na kome je prisutno i zajedničko preduzeće, ili su preduzeća osnivači međusobni konkurenti na ushodnim i nishodnim tržištima.

U preostalim slučajevima, smatra se da rizik koordinacije ne postoji ukoliko preduzeća osnivači svedu uticaj na ostvarivanje svojih finansijskih, ali ne i tržišnih interesa.<sup>34</sup> Slično, dakle, kao i u pogledu pozitivnog uslova, preduzećima osnivačima je dopušteno isključivo da štite svoja ulagačka prava, ali ne i da realizuju upravljачku funkciju, pa se napred navedena kritika odnosi i na ovaj stav Komisije.<sup>35</sup>

Čini se da navedenim mišljenjem Komisija nije pomogla razjašnjenju pojmova koncentrativnih i kooperativnih zajedničkih ulaganja, već je samo uspela da predoči koliko je podvodjenje zajedničkih ulaganja alternativno pod pravni režim predviđen za kartelne sporazume, odnosno koncentracije preduzeća složen i, po našem mišljenju, teško rešiv problem.<sup>36</sup> U skladu sa Mišljenjem, pravni režim predviđen za koncentracije preduzeća bi trebalo da se primenjuje samo na potpuno čiste forme koncentrativnih zajedničkih ulaganja, dakle onih gde se zajedničkom preduzeću na trajnoj bazi poverava kompletno obavljanje privrednih funkcija, a pritom je eliminisana svaka mogućnost da se preduzeća osnivači pojave makar i kao potencijalni konkurenti zajedničkog preduzeća. Sve ostale prelazne forme, gde osim elemenata koncentracije ima i elemenata koordinacije ponašanja potpadale bi pod režim kartelnih sporazuma, iz čega bi proizilazilo da organi EU pripisuju veću težinu problemu moguće koordinacije ponašanja preduzeća na tržištu, koji primenom člana 85. treba da bude eliminisan, od problema trajnog pogoršanja kompetitivne strukture odredjenog tržišta, koji je u središtu pažnje Pravila 4064/89.

No, izmene Pravila 4064/89 izvršene 1997. godine kazuju upravo suprotno. U skladu sa sada važećom sadržinom Pravila, prisustvo elementa koncentrativnog u konkretnom obliku zajedničkog ulaganja ima veći značaj. Ukoliko odredjeno zajedničko ulaganje istovremeno poseduje elemente i koncentrativnog i kooperativnog, njegova dopuštenost se ceni u postupku koji se vodi na osnovu Pravila o kontroli koncentracija, ali će se elementi kooperativnog ceniti u skladu sa kriterijumima iz člana 85, stav 1. i 3. Ugovora o osnivanju.<sup>37</sup> Ovom izmenom se postiglo da sva ulaganja koja sadrže i element koncentracije, čime potencijalno ugrožavaju kompetitivnu strukturu zajedničkog tržišta budu podvrgnuta prethodnoj

---

<sup>34</sup> Tač. 22.

<sup>35</sup> Kleinmann, *op.cit.*, S. 608.

<sup>36</sup> Tako i Brown, *op. cit.*, p. 249, koji smatra da su principi razlikovanja koncentrativnih od kooperativnih zajedničkih ulaganja složeni, nesigurni i u velikoj meri veštački.

<sup>37</sup> Član 2. Pravila 1310/97.

kontroli, dakle pre nego što budu realizovana i eventualne negativne posledice po strukturu zajedničkog tržišta već ostvarene.<sup>38</sup>

### b) Ostali oblici povezivanja

Osim pitanja razlikovanja koncentrativnih i kooperativnih zajedničkih ulaganja, Komisija je u pomenutom Mišljenju pokušala da bliže odredi svoj stav u pogledu jednog niza situacija, čestih u praksi, gde nije moguće *a priori* reći da li se radi o sticanju kontrole nad drugim preduzećem, odnosno mogućnosti vršenja odlučujućeg uticaja nad njim. Radi se o situacijama sticanja manjinskog učešća, recipročnog učešća, predstavljanju u upravljačkim telima preduzeća, sticanju imovine preduzeća, i sl.

U pogledu sticanja manjinskog učešća, Mišljenje Komisije ne pomaže previše razjašnjenju sporne situacije, budući da ponavlja formulaciju sadržanu u članu 3, stav 1, lit. b) Pravila 4064. Sticanje manjinskog kapitalnog učešća će se smatrati koncentracijom, ukoliko novi akcionar stekne mogućnost vršenja odlučujućeg uticaja na aktivnosti preduzeća. U suprotnom, na povezivanje se primenjuju kriterijumi na osnovu članova 85. i 86. Manjinsko učešće, tako, može biti metod za koordinaciju ponašanja konkurentskih preduzeća, jer, iako ne omogućuje apsolutnu kontrolu nad preduzećem, obezbeđuje uticaj na njegovo poslovanje.<sup>39</sup> Kada će se smatrati da manjinsko učešće omogućuje vršenje odlučujućeg uticaja na preduzeće ima se ceniti prema okolnostima slučaja.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Postupak kontrole povezivanja u pravu EU ima izrazito preventivan karakter. On ima za cilj sprečavanje nastajanja nepovoljnih tržišnih struktura, zbog čega Pravilo 4064/89 nalaže obavezno prijavljivanje koncentracija određene veličine pre nego što one budu realizovane (član 4. Pravila).

<sup>39</sup> Philip Morris/Rothmans International, ranije navedeni slučaj.

<sup>40</sup> Po Brown-u, *op. cit.*, p. 242, Komisija će smatrati da odlučujući uticaj manjinskog akcionara postoji ukoliko raspolaže pravom veta na strateške odluke organa upravljanja preduzećem, kao npr. odluke koje se tiču poslovnog plana preduzeća, velikih investicija, postavljanje najviših organa uprave i sl.

Poredjenja radi, nemački Zakon protiv ograničavanja konkurencije od 26. 08. 1998. (B.G.B.I., br. 58/98) eksplicitno određuje procenat od 25% kapitalnog učešća, čijim sticanjem se smatra da je došlo do koncentracije preduzeća. Ovo pravilo se oslanja na odredbe Zakona o akcionarskim društvima, koji određena pravna dejstva, kao npr. određena prava manjinskih akcionara ili obavezu obaveštavanja akcionarskog društva o činjenici sticanja njegovih akcija, vezuje upravo za sticanje 25% kapitalnog učešća. Vidi o tome: R. Reinhardt, Schultz, D, "Gesellschaftsrecht", Tuebingen, 1981, takodje i P. Verloop, "Merger Control in the EC: A Survey of European Competition Laws", Brisel, 1993, p. 48.

Slično je i u britanskom pravu, gde se praksa usaglasila na stanovištu da je već sticanje kapitalnog učešća u procentu preko 20% dovoljno za izvodjenje zaključka o mogućnosti materijalnog

Kada se radi uspostavljanju veza među preduzećima metodom uzajamnog kapitalnog učešća, da bi se ove poistovetile sa koncentracijom u smislu Pravila 4064/89 nije dovoljno samo da je tim putem ostvareno jedinstveno upravljanje, već i da se jedinstvo ispoljava i u pogledu načina raspodele profita i snošenja gubitaka (da je predviđena kompenzacija gubitaka jednog preduzeća iz dobiti drugog preduzeća), kao i da postoji solidarna odgovornost povezanih preduzeća za obaveze prema trećim licima.<sup>41</sup> Potrebno je, dakle, da je došlo do potpunog ekonomskog, iako ne i pravnog, sjedinjavanja preduzeća učesnika, koje se ogleda u jedinstvenom vođenju poslovanja, zajedničkom ostvarivanju dobiti i snošenju gubitaka i zajedničkoj odgovornosti prema trećim licima. Recipročno učešće koje dopušta samo uticaj na donošenje poslovnih odluka smatra se sredstvom koordinacije tržišnog ponašanja samostalnih preduzeća. Na sličan način se tretiraju i veze među preduzećima ostvarene uzajamnim predstavljanjem u njihovim upravljačkim telima.<sup>42</sup>

### **Zaključak**

Primer prava konkurencije EU nam pokazuje da, iako teorijski opravdano, razlikovanje između kartelnih sporazuma i koncentracija preduzeća prilikom pretakanja u pozitivnopravnu normu i primene na konkretne oblike privredne saradnje i povezivanja preduzeća izaziva probleme. Načelno, kartelni sporazumi obuhvatali bi one oblike saradnje preduzeća kod kojih ova zadržavaju pravnu i ekonomsku samostalnost, ali slobodno i svesno saradjuju na ostvarivanju određenog zajedničkog interesa. Nasuprot tome, koncentracije preduzeća predstavljale bi takve oblike povezivanja kod kojih učesnici trajnije gube svoju ekonomsku samostalnost, odnosno gube sposobnost da samostalno donose poslovne odluke. Činom povezivanja preduzeća učesnici prestaju da postoje kao međusobni konkurenti, već se njihovo poslovanje, kao posledica različitih pravnih i/ili faktičkih okolnosti, dovodi pod jedinstveno upravljanje.

Jasnu graničnu liniju između kartelnih sporazuma i koncentracija preduzeća je, međutim, teško povući, jer privredni život obiluje prelaznim oblicima, kod kojih samostalnost preduzeća nije u potpunosti očuvana a, s druge strane, nije došlo ni do potpunog ekonomskog i pravnog sjedinjavanja preduzeća učesnika. Podvodjenje

---

uticaja na poslovnu politiku preduzeća. Tako J. Cunningham, "The Fair Trading Act 1973", London, 1974, p. 196.

<sup>41</sup> Tač. 41. Mišljenja.

<sup>42</sup> Tač. 42-45.

konkretnog oblika povezivanja pod određenu pravnu kategoriju stoga nije moguće vršiti unapred, na apstraktan način, već *ad hoc*, ceneći sve okolnosti slučaja.

Pokušaj organa EU da na generalan način definišu materijalnopravne kriterijume razgraničenja kartelnih sporazuma od koncentracija preduzeća nije u potpunosti urodio plodom. Neki elementi od značaja za određivanje pojma koncentracija su izdvojeni. To su: gubljenje pravne samostalnosti, kada od dva ili više pravna subjekta nastaje jedan, i gubljenje ekonomske samostalnosti kao posledica promena u svojinskoj ili upravljačkoj strukturi preduzeća, trajniji karakter promene u statusu preduzeća, kao i odsustvo mogućnosti uspostavljanja konkurentskog odnosa među preduzećima učesnicima. Ostala je, međutim, za materijalnopravno definisanje koncentracije izuzetno značajna, nedovoljno određena kritična granica gubljenja ekonomske samostalnosti, odnosno tačka prerastanja saradnje konkurentskih preduzeća u jedinstven privredni entitet.

Posledica navedenog je da se razlikovanje kartelnih sporazuma od koncentracija preduzeća u pravu EU od materijalnopravnog svelo na formalnopravno. Tako, u slučajevima mešanja koncentrativnih i kooperativnih elemenata povezivanje se uz pomoć formalnopravne snage norme, a ne i snagom materijalnopravnog obrazloženja definiše kao koncentracija. Isto tako, odsustvo nekih drugih formalnih kriterijuma, kao što je apsolutna veličina povezivanja, kod jednih povezivanja i njihovo prisustvo u povezivanjima sa potpuno identičnim materijalnim osobinama izazvaće njihovo podvođenje pod različite pravne režime.<sup>43</sup>

Opisani problemi u praktičnom razlikovanju kartelnih sporazuma od koncentracija preduzeća, uz već navedenu opasku da se, u celini uzev, procena pravne dopuštenosti kartelnih sporazuma i koncentracija preduzeća zasniva na sličnim kriterijumima, stoga navode da se zapitamo o opravdanosti postojanja različitih pravnih režima za navedene kategorije antimonopolskog prava. Primena člana 85. na koncentracije preduzeća pre donošenja Pravila o koncentracijama, kao i

---

<sup>43</sup> Pravilo 4064/89 se primenjuje na koncentracije preduzeća sa tzv. komunitarnom dimenzijom, odn. za koje se zbog njihove veličine smatra da mogu ugroziti konkurenciju na tržištu Zajednice. U skladu sa izmenama Pravila iz 1997. to su koncentracije čija preduzeća učesnici kumulativno ispunjavaju sledeće uslove: a) zajedno imaju ukupan svetski godišnji prihod koji iznosi više od 2 500 miliona ekija; b) zajedno imaju ukupan godišnji prihod u svakoj od najmanje tri države članice veći od 100 miliona ekija; c) u svakoj od najmanje tri države članice uzete u obzir za svrhe primene prethodne tačke ukupan godišnji prihod svakog od najmanje dva preduzeća učesnika iznosi više od 25 miliona ekija; d) ukupan godišnji prihod na teritoriji Zajednice svakog od najmanje dva preduzeća učesnika iznosi više od 100 miliona; osim ukoliko svako od preduzeća u pitanju ostvaruje više od dve trećine ukupnog godišnjeg prihoda na teritoriji Zajednice u okviru jedne iste države članice (član 3. Pravila 1310/97).

Koncentracije koje ne ispunjavaju navedene kriterijume mogu ipak potpasti pod jurisdikciju organa EU primenom pravila 85. i 86. Ugovora o osnivanju EZ, u skladu sa kriterijumima utvrđenim u praksi Suda pravde. Vidi o tome: Einsele, *navedeni članak*.

njegovo pozitivnopravno važenje za slučajeve koncentracija koje nemaju komunitarnu dimenziju, pokazuje da je pravnotehnički izvodljivo jednom istom normom obuhvatiti obe vrste povezivanja preduzeća, čime se dobija na pravnoj sigurnosti i transparentnosti, a eliminiše nepotrebno gubljenje energije i vremena izvršnih organa na vršenje klasifikacije čiji je značaj isključivo teorijski.

### *Rezime*

Predmet članka je razgraničenje kartelnih sporazuma od koncentracija preduzeća u pravu konkurencije EU. Pravo EU, naime, poznaje različite pravne režime za navedene oblike saradnje i povezivanja preduzeća, što izaziva potrebu njihovog pozitivnopravnog definisanja. Problem izaziva činjenica da su u praksi najmanje prisutne iste forme kartelnih ugovora, odnosno koncentracija preduzeća, a da se mnogo više koriste različiti prelazni oblici, kod kojih je teško bez dvoumljenja svrstati ih u jednu ili drugu pravnu kategoriju. Pravilom o koncentracijama preduzeća i aktima Komisije donetim u njegovom sprovođenju pokušano je da se izdvoje prelazni kriterijumi za razgraničenje kartelnih sporazuma od koncentracija preduzeća. Uprkos utvrđivanju nekih od njih, materijalnopravno razgraničenje nije do kraja izvršeno. Posebno je ostao nedorečen kriterijum ekonomske (ne)samostalnosti preduzeća učesnika, koji je po mišljenju autora ključan za razgraničenje kartelnih sporazuma od koncentracija preduzeća. Uzimajući negativno iskustvo EU kao primer, autor zastupa stav da bi jedinstven pozitivnopravni režim za kartelne sporazume i koncentracije preduzeća bio mnogo adekvatnije rešenje.

*Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, Ph. D.*

*Distinction between Cartel Agreements and Concentrations between  
Undertakings in the EU Completion Law*

SUMMARY

*The subject-matter of this article is the distinction between cartel agreements and concentrations between undertakings in the EU completion law. Namely, EU law applies separate legal regimes on acts of cooperation and concentrations between undertakings, which makes need for distinguishing between these two terms. In practice pure forms of cartel agreements and concentrations are rarely found, but some mixed forms (e. g. joint ventures) prevail. The criteria for distinguishing between cartel agreements and concentrations are established in Council Regulation 4064/89 and Commission notices, but distinction isn't completely defined. Especially uncertain are criteria for establishing the economic (in)dependence of undertakings which is the key element for distinguishing between cartel agreements and concentrations. The author suggests that the unified legal regime for cartel agreements and concentrations would be a much more adequate solution.*