

dr.sc. Mirta Kapural, dipl. iur.*

„MANJINSKI UDJELI U OCJENI KONCENTRACIJA PODUZETNIKA“

Sažetak

Kod ocjena koncentracija poduzetnika u pravilu se ne uzima u obzir stjecanje manjinskih udjela jer njihovim preuzimanjem ne dolazi do promjene kontrole i načelno nisu problematični za tržišno natjecanje. Međutim, ponekad i stjecanje manjinskih udjela može imati značajan učinak na tržišno natjecanje. Cilj je ovoga rada predstaviti problematiku manjinskih udjela s osvrtom na specifične situacije u kojima oni mogu imati negativan učinak na tržišno natjecanje. Ovaj rad će najprije dati kratak pregled kontrole koncentracija u EU i primjene Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija. Radi boljeg razumijevanja manjinskih udjela i njihovog učinka na tržišno natjecanje razmotrit će se relevantni predmeti iz EU prava tržišnog natjecanja, prije svega odluka o zabranjenoj koncentraciji Europske komisije u predmetu Ryanair/Aer Lingues i obrazložiti razlozi zabrane iz odluka Europske komisije. U nastavku će se predstaviti neka rješenja koja je Europska komisija pokušala pronaći za otvorena pitanja manjinskih udjela kroz dokument Bijela knjiga o reformi sustava ocjena koncentracija u EU.

*dr.sc. Mirta Kapural, dipl. iur; Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja.

Ovaj stručni članak objavljen je u časopisu Pravo i porezi, RRIF, broj 1, siječanj 2018, Zagreb, str. 100-105. Mišljenja i stavovi autorice izneseni u ovom radu strogo su osobna te stoga ne odražavaju i službena stajališta Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

1. UVOD

Manjinski udjeli u pravu tržišnog natjecanja i ocjenama koncentracija načelno nisu problematični, stjecanje manjinskih udjela u drugom poduzetniku je raširena praksa. U pravilu manjinski udjeli ispod 50 posto u kapitalu ili glasačkim pravima ne daju prava na kontrolu u poduzetniku u kojem se stječu manjinski udjeli već se samo slijede financijski interesi. Ipak, i ovi udjeli mogu predstavljati problem za tržišno natjecanje osobito kada se manjinski udjeli stječu u konkurentskom poduzetniku ili vertikalno povezanim društvima. Na ovakvu situaciju naišla je EU praksa prava tržišnog natjecanja u nekoliko predmeta od kojih se posebno izdvaja zabranjena koncentracija u sektoru zračnog prometa (Ryanair/Aer Lingus). Prije detaljnijeg razmatranja situacija kada manjinski udjeli mogu biti potencijalno problematični za tržišno natjecanje daje se pregled sustava ocjene koncentracija u EU. Središnji dio ovoga rada bavit će se analizom manjinskih udjela kojima se ne stječe pravo kontrole, razlozima zbog kojih je važno uspostaviti kriterije za njihovo ispitivanje kao i negativne učinke koje ti manjinski udjeli mogu donijeti učinkovitim tržišnom natjecanju.

2. OCJENA KONCENTRACIJA PODUZETNIKA U EU PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Pravni temelj ocjene koncentracija u EU predstavlja Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika.¹

Koncentracija nastaje kada dođe do trajne promjene kontrole uslijed:

- a) spajanja dvaju ili više poduzetnika ili dijelova poduzetnika koji su prije bili nezavisni; ili
- b) stjecanja izravne ili neizravne kontrole nad cijelim ili nad dijelovima jednog ili više drugih poduzetnika od strane jedne ili više osoba koje već kontroliraju najmanje jednog poduzetnika ili od strane jednog ili više poduzetnika, bilo kupnjom vrijednosnih papira ili imovine na temelju ugovora ili na bilo koji drugi način.²

Kontrola koncentracija u EU zasniva se na sustavu obvezne prijave koji znači da nije svaka koncentracija predmet ocjene već samo zakonom određene koncentracije koje podliježu obvezi prijave prema zakonu i samo ako sudionici prelaze određenu ekonomsku veličinu.³ Smatra se da koncentracije

¹ Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL L/24, 29.1.2004.

² Članak 3. Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija.

³ Nasuprot tome sustav dobrovoljne prijave koncentracija primjenjuje se u Nizozemskoj, Norveškoj i Ujedinjenom kraljevstvu.

poduzetnika ispod određene ekonomske veličine nemaju značajan učinak na tržišno natjecanje što je prevladavajući stav u EU državama članicama. Prema tome, obveza prijave namjere provedbe koncentracije na razini EU nastupa kada su prema Uredbi 139/2004 o ocjeni koncentracija kumulativno ispunjeni slijedeći uvjeti:

- a) Dimenzija Zajednice (da je riječ barem o tržištu jedne EU države članice) i
- b) Visina ukupnog prihoda sudionika koncentracije na svjetskoj razini i na razini EU i to, zajednički konsolidirani prihod svih sudionika koncentracije na svjetskoj razini iznosi preko 5 milijardi EUR i ukupan prihod svakog pojedinog od najmanje dva sudionika koncentracije na razini EU premašuje 250 milijuna EUR.

Europska komisija ocjenjuje učinke koncentracije na tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu prije i nakon provedbe koncentracije, gleda prednosti i učinke koji bi nastupili provedbom koncentracije i moguće zapreke za pristup tržištu. Pritom Europska komisija primjenjuje ekonomski pristup i test značajnog učinka, zabrana koncentracije odredit će se samo ako je moguć značajan negativan učinak na tržišno natjecanje, osobito kao posljedica jačanja postojećeg ili stvaranja novog vladajućeg položaja. Kada se promatraju odluke Europske komisije u ocjeni koncentracija uočava se da prevladavaju dopuštene koncentracije, potom uvjetno dopuštene koncentracije uz strukturne mjere za uklanjanje negativnih učinaka, npr. prodaja dijela poduzetnika, branda, poslovnih prostora, ostavljanje prostora za konkurentne proizvode ili mjere praćenja poslovanja poduzetnika. Naposljetku, postoji najmanji broj odluka kojima se zabranjuju koncentracije u EU.⁴

3. RYANAIR/AER LINGUS I DRUGI RELEVANTNI PREDMETI

Obrazložena problematika negativnog učinka stjecanja manjinskih udjela na tržišno natjecanje došla je najviše do izražaja u predmetu ocjene koncentracije Ryanair/Aer Lingus koju je Europska komisija čak dva puta zabranila zbog čega je ovo jedinstven predmet ocjene koncentracije u EU pravu tržišnog natjecanja. Usprkos svim naporima Ryanaira da preuzme svog glavnog konkurenta Aer Lingus na letovima u Irsku predlaganjem različitih mjera za uklanjanje negativnih učinaka na tržišno natjecanje, Europska komisija je zauzela čvrst stav kako ova koncentracija ne može biti odobrena. Ryanair prijavio je planiranu koncentraciju Europskoj komisiji čak tri puta, 2006., 2009. i 2012. godine s time da je 2009. godine povukao svoju prijavu. U ostala dva slučaja, odlukama iz 2007. i 2013. godine, Europska komisija

⁴ U praksi hrvatske agencije za zaštitu tržišnog natjecanja također ima samo jedan slučaj zabranjene koncentracije.

utvrdila je kako je navedena koncentracija zabranjena odnosno protivna propisima o tržišnom natjecanju.

Odluka EK o zabranjenoj koncentraciji iz 2007. godine⁵

U rujnu 2006. godine Ryanair započinje stjecati dionice od Aer Lingus, a u listopadu iste godine podnosi prijavu namjere provedbe koncentracije Europskoj komisiji. Pravni oblik stjecanja bilo je stjecanje samostalne kontrole na trajnoj osnovi između sudionika koncentracije, Ryanair d.d., avioprijevoznik izravnih niskobudžetnih kratkolinijevskih letova i Air Lingus, avioprijevoznik izravnih niskobudžetnih kratkolinijevskih letova, dugolinijevskih letova i prijevoza tereta. Sudionici koncentracije najveći su irski zračni prijevoznici kratkolinijevskih letova iz Irske i prema Irskoj, te međusobno najveći tržišni takmaci. U trenutku podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije EK, Ryanair je raspolagao sa **25,17 posto** udjela u temeljnom kapitalu Aer Lingusa. Javna ponuda za stjecanje objavljena je 23. listopada 2006., a 27. lipnja 2007. EK je usvojila odluku o nespojivosti koncentracije sa zajedničkim tržištem, drugim riječima, koncentracija nije dopuštena jer je ocijenjena kao zabranjena.

Razlozi odluke EK o zabranjenoj koncentraciji 2007.

U ovom predmetu je Europska komisija prvi put razmatrala koncentraciju između dvije zračne kompanije koje imaju značajan dio aktivnosti na istom aerodromu. Uglavnom, ako bi ova koncentracija bila odobrena dovela bi do monopola dvaju najvećih konkurenata u Irskoj sa oko 80 posto europskog zračnog prometa u zračnoj luci Dublin na preko 35 ruta.⁶ Posljedično, bio bi otežan ulazak novih poduzetnika, te bi ova koncentracija dovela do smanjenog izbora za potrošače uz slabiju kvalitetu i više cijene usluga. Drugim riječima, ukoliko bi se ova koncentracija odobrila ne bi uopće bilo ili bi bilo vrlo malo drugih avio kompanija koje bi bile spremne pokušati ući na tržište i natjecati se sa zajednički udruženima Ryanairom i Aer Lingusom na njihovom domaćem tržištu. Koncentracija bi imala značajne negativne učinke na tržišno natjecanje jer bi eliminirala najsnažnijeg konkurenta poduzetnika Ryanaira. Mjere koje je Ryanair predložio, kao što su dezinvestiranje poslovanja u kojima se dvije avio kompanije preklapaju, iznajmljivanje slotova od Ryanaira ocijenjene su kao nedostatne za uklanjanje problema za tržišno natjecanje.⁷

⁵ Ryanair/Aer Lingus, COMP/M.4439;

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4439_20070627_20610_en.pdf

⁶ Od toga bi na 22 rute bio monopol, a na 13 ruta tržišni udjel sa preko 60 posto.

⁷ O tome govori i tadašnja povjerenica za tržišno natjecanje Europske komisije: Neelie Kroes, „Introductory remarks at press conference on Ryanair/Aer Lingus decision“, 27.6.2007. Speech/07/431.

Vrlo brzo nakon donošenja odluke EK, u rujnu 2007. Ryanair podnosi tužbu Općem sudu EU kojom traži poništenje odluke EK. Neki od navoda iz tužbe Ryanaira uključuju:

1. pogrešnu procjenu konkurentnog odnosa Ryanair i Aer Lingus i davanje pretjerane težine visini njihovih tržišnih udjela,
2. propust EK da uzme u obzir fundamentalne razlike između Ryanaira i Aer Lingusa (operativni troškovi, cijene koje naplaćuju i razine usluge),
3. konkurentna prednost zajedničke baze u zračnoj luci Dublin kao osnova za utvrđenje da su najbliži konkurenti. Na podnesenu tužbu 6. srpnja 2010. Opći sud EU donio je presudu kojom je odbijen tužbeni zahtjev Ryanaira i potvrđena odluka EK.⁸

Zanimljivo je da je u listopadu 2007. i Aer Lingus uputio podnesak EK u kojem je istaknuo nekoliko zahtjeva:

- a) Zahtjev za postupanjem sukladno članku 8. stavku 4. Uredbe 139/2004
- b) Zahtjev za poduzimanjem privremenih mjera sukladno članku 8. stavku 5. točki (c) Uredbe 139/2004
- c) Zahtjev za interpretacijom članka 21. Uredbe 139/2004.

a) Zahtjev za postupanjem sukladno članku 8. stavku 4. Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija

Članak 8. Uredbe 139/2004 uređuje pravnu snagu odluke EK, stavak 4. uređuje slučaj da kada EK utvrdi da je pojedina koncentracija:

(a) već bila provedena, a ocijenjena je nesukladnom sa zajedničkim tržištem; ili

(b) bila provedena protivno uvjetu iz odluke, koja je donesena, prema kojoj bi, da tog uvjeta nema, dotična koncentracija ispunjavala kriterij propisan za stjecanja kontrole u članku 2. stavku 3, EK može:

— zahtijevati od predmetnih poduzetnika da ponište koncentraciju, posebno poništavanjem spajanja ili prodaje svih stečenih udjela ili imovine, kako bi ponovo uspostavili stanje prije provedbe predmetne koncentracije; u slučajevima kada ponovna uspostava stanja prije provedbe koncentracije nije moguća poništavanjem koncentracije, EK može poduzeti druge prikladne mjere za što skorije uspostavljanje takvog prethodnog stanja,

⁸ Odluka Općeg suda EU od 6. srpnja 2010., T-342/07; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d62c4e6cfe15094c54983dc0f6fdd1bc1f.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbxv0?text=&docid=83126&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1152212>

— narediti bilo koju drugu odgovarajuću mjeru, kako bi predmetni poduzetnici poništili koncentraciju ili poduzeti druge mjere za uspostavljanje prethodnog stanja, u skladu sa svojom odlukom.⁹

Aer Lingus ističe da je došlo do djelomične provedbe koncentracije i upućuje na potrebu za dezinvestiranjem. Međutim, EK je utvrdila da do provedbe koncentracije nije došlo jer se transakcije koje su provedene neposredno prije i tijekom ocjene koncentracije ne mogu smatrati dijelom provedene koncentracije.

b) Zahtjev za poduzimanjem privremenih mjera sukladno članku 8. stavku 5. točki (c) Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija

Članak 8. stavak 5. točka c) Uredbe 139/2004 propisuje da EK može poduzeti odgovarajuće privremene mjere za ponovno uspostavljanje ili očuvanje uvjeta učinkovitog tržišnog natjecanja, ako je koncentracija već provedena i ocijenjena nesukladnom sa zajedničkim tržištem. Aer Lingus je u ovom dijelu zahtjeva istaknuo kako bi EK trebala naložiti privremene mjere kojima bi se spriječilo da Ryanair ostvaruje svoja prava koja ima na temelju manjinskog udjela u Aer Lingusu. EK i ovaj zahtjev odbija jer EK ima ovlasti nalagati mjere vraćanja tržišta u prethodno stanje u slučajevima kada je koncentracija već provedena i ocijenjena nesukladnom sa zajedničkim tržištem. U ovom predmetu koncentracija nije već bila provedena već je utvrđena zabranjenom prije provedbe koncentracije po zaprimljenoj prijavi za namjeru provedbe koncentracije.

c) Zahtjev za interpretacijom članka 21. Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija

Aer Lingus je također zatražio od EK tumačenje odredbe članka 21. Uredbe 139/2004 o primjeni nacionalnog zakona o zaštiti tržišnog natjecanja država članica u odnosu na Ryanairovo stjecanje manjinskog udjela u Aer Lingusu. Na ovaj zahtjev EK ističe da nema ovlasti dati obvezujuću interpretaciju članka 21. Uredbe 139/2004 jer samo sud može dati pravno obvezujuće tumačenje propisa. Stoga EK upućuje Aer Lingus kako ovo pitanje može uputiti pred nacionalni sud koji onda može zatražiti pravno tumačenje u obliku prethodnog tumačenja od Suda EU.

⁹ Članak 8. stavak 4. i 5. Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija.

U studenom 2007. Aer Lingus podnio je tužbu Općem sudu EU kojom zahtjeva poništenje odluke EK na podnesak Aer Lingusa. Opći sud EU donio je presudu kojom je odbijen tužbeni zahtjev Aer Lingusa i u svojoj odluci istaknuo da u slučaju kada koncentracija nije od značaja za EU, zemlje članice su slobodne primjenjivati svoje nacionalno pravo tržišnog natjecanja na predmete od interesa.¹⁰

Odluka EK o zabranjenoj koncentraciji iz 2013. godine

U 2008. Godini Ryanair stječe dodatnih **4,65 posto** udjela u Aer Lingusu i ukupno raspolaže s **29,82 posto** udjela u temeljnom kapitalu Aer Lingusa. U srpnju 2012. Ryanair podnosi novu prijavu provedbe koncentracije, a 27. veljače 2013. EK je u predmetu ocjene koncentracije donijela odluku kojom je po drugi put zabranila provedbu koncentracije što je bio prvi takav slučaj u dosadašnjoj praksi ocjene koncentracija EK.¹¹ Razloge za ponovnu zabranu koncentracije EK obrazlaže na slijedeći način. Ryanair i Aer Lingus izravni su konkurenti na još većem broju ruta, sada na 46 ruta (35 u vrijeme prve odluke EK), a pritom na 28 ruta nastaje monopol provedbom koncentracije i zajednički tržišni udjel bio bi povećan na **87%** (2007. bio je 80%). Nadalje, rute obuhvaćaju letove u i iz gradova Dublin, Cork, Knock, Shannon sa preko 11 milijuna putnika godišnje. Koncentracija bi imala značajne negativne učinke na tržišno natjecanje jer bi eliminirala najsnažnijeg konkurenta Ryanairu uz otežan ulazak novih poduzetnika. Naposljetku bi koncentracija dovela do smanjenog izbora za potrošače za letove u Irsku i više cijene usluga. I u ovoj koncentraciji Ryanair je predložio mjere: dezinvestiranje samostalnog poslovanja Aer Lingusa na 43 rute u kojima se preklapaju sa Ryanairom od poduzetnika Flybe. Međutim, EK je zaključila da je poduzetnik Flybe slab konkurent Ryanairu koji ne bi bio u stanju sa svojim kapacitetima i dosadašnjim iskustvom razviti dovoljno snažno poslovanje za konkurenciju Ryanairu. Stoga su predložene mjere ocijenjene kao nedovoljne za otklanjanje negativnih učinaka koncentracije na tržište.¹²

Osim primjera predmeta Ryanair/Aer Lingus, u EU praksi, EK je u većem broju predmeta ustanovila potencijalno negativan učinak na tržišno natjecanje od strane stjecanja ne-kontrolirajućih manjinskih udjela.

¹⁰ Tužba Air Lingus protiv Europske komisije od 19.11.2007., T-411/2004.

¹¹ Odluka EK Ryanair/Aer Lingus COMP/M.6663;

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6663_20130227_20610_3904642_EN.pdf

¹² Joaquin Almunia, bivši povjerenik za tržišno natjecanje Europske komisije, govor „Introductory remarks on merger Ryanair/Aer Lingus“, 27.2.2013; Speech/13/164.

SIEMENS/VA TECH predmet u kojem je EK ustanovila da utjecaj, glasačka prava u konkurentu, financijski poticaji i prava na dostupnost informacija iz manjinskih udjela predstavljaju značajno smanjenje tržišnog natjecanja.¹³

U **TOSHIBA/WESTINGHOUSE** predmetu utvrđena je upotreba manjinskih udjela i prava veta u konkurentu od Westinghouse kako bi se spriječilo da proširi poslovanje na segmente u kojima bi se natjecao sa Toshiba/Westinghouse.¹⁴

VEBA/VIAG još je jedan predmet ocjene koncentracije između njemačkog operatera električne energije Veba i Viag, a koji je EK ocjenjivala paralelno s ocjenom koncentracije između RWE i VEW.¹⁵ Obje koncentracije dovele bi do dominantnog duopola na njemačkom tržištu veleprodaje električne energije. U tom kontekstu EK je također istražila kompleksnu mrežu isprepletenih i povezanih (kontrolirajućih i ne-kontrolirajućih) manjinskih udjela koje su VEBA/VIAG i RWE/VEW držali u regionalnim i lokalnim dobavljačima električne energije. Takvi razni kontrolirajući i ne-kontrolirajući manjinski udjeli između duopola i praktično svih ostalih dobavljača na veliko bi mogli u kombinaciji sa visokim tržišnim udjelima povećati tržišnu snagu duopola i dovesti do koordinirajućih učinaka. Iz tog razloga, sudionici koncentracije su između ostaloga pristali prodati dio svojih kontrolirajućih i ne-kontrolirajućih manjinskih udjela.¹⁶

Osim odluka EK i u ranoj sudskoj praksi sudova EU nalazimo relevantne presude koje uzimaju u obzir i pitanje učinka manjinskih udjela. Tako je Sud EU u presudi u predmetu **PHILIP MORRIS** ukazao na moguće negativne učinke manjinskih udjela osobito kada oni predstavljaju instrument za komercijalnu, poslovnu suradnju između konkurenata.¹⁷

¹³ Predmet COMP/M.3653 *Siemens/Va Tech*, odluka EK od 26.6.1997.

¹⁴ Predmet COMP/M.4153 *Toshiba/Westinghouse*, odluka EK od 19.9.2006.

¹⁵ Ovu koncentraciju ocjenjivao je i njemački Bundeskartellamt.

¹⁶ Predmet M.1673 *VEBA/VIAG*, odluka EK od 13.6.2000.

¹⁷ Presuda Suda EU od 17.11.1987. u spojenim predmetima 142 i 156/84 *Philip Morris*. O presudi i u: Valentine Korah & Paul Lasok, „Philip Morris and its aftermath-merger control?“, *Common Market Law Review*, Kluwer Law, 1988, No. 25, str. 333.

4. PROBLEMATIKA UČINKA MANJINSKIH UDJELA

Kada manjinski udjeli mogu imati negativan učinak na tržišno natjecanje?

Teorija štete, ekonomska teorija i ekonomski dokazi, te primjeri iz prakse ukazuju na slijedeće situacije u kojima manjinski udjeli mogu imati negativne učinke na tržišno natjecanje.

1. Sudjelovanje manjinskih udjela može rezultirati višim cijenama i smanjenim outputom (serijskim izlazom), dionički udio može povećati poticaj i sposobnost stjecatelja da jednostrano podigne cijene ili ograniči proizvodnju, nastanak tzv. jednostranih učinaka. Naime, poduzetnik koji stječe manjinski udjel u konkurentu ima manje poticaja da se snažno natječe sa njime jer će financijski gubici koji bi nastali tim snažnim tržišnim natjecanjem utjecati i na investicije poduzetnika koji je stekao manjinske udjele.
2. Manjinski udjel može dovesti do olakšavanja koluzije, usklađenog djelovanja među povezanim poduzetnicima, sposobnost i poticaj tržišnih sudionika da se prešutno ili otvoreno koordiniraju radi ostvarivanja nad-tržišnih profita, izazvati nastanak koordinirajućih učinaka. Primjerice, u oligopolnom tržištu koje je već dosta koncentrirano i u kojem je transparentnost visoka, stjecanje manjinskog udjela u konkurentu povećava tu transparentnost još više jer daje privilegiran uvid u poslovno osjetljive informacije i komercijalne, poslovne aktivnosti poduzetnika u kojem su stečeni udjeli.
3. Stjecanje manjinskih udjela može omogućiti društvu stjecatelju da utječe na poslovne aktivnosti i komercijalno ponašanje poduzetnika u kojem je stekao manjinske udjele.¹⁸ Ako stjecatelj udjela može utjecati na ishod određenih odluka/dogovora ili ako može spriječiti poduzetnika u kojem je stekao manjinski udjel da uđe na neka tržišta na kojima bi bili konkurenti, poveća kapital, izmijeniti zemljopisni ili proizvodni opseg poslovanja. Veće su šanse za nastanak ovih negativnih učinaka ako je tržište u većoj mjeri koncentrirano i ako postoje više zapreke ulaska na tržište.

¹⁸ Takav primjer nalazimo u *Ryanair/Aer Lingus* predmetu. Analizu odluke EK u *Ryanair/Aer Lingus* daje i Oliver Koch, „Yes we can (prohibit) –the *Ryanair/Aer Lingus* merger before the Court“, *Competition Policy Newsletter*, No.3., 2010., str. 41; dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_3_9.pdf

4. Stjecatelj može iskorištavati svoj položaj za ograničavanje strategija za tržišno natjecanje dostupnih stjecanom poduzetniku.
5. Stjecatelj može imati mogućnost utjecaja na ishod posebnih odluka.
6. Nehorizontalna stjecanja koja ujedno imaju materijalne utjecaje mogu dovesti do uskraćivanja opskrbe.

U obrazloženom predmetu Ryanair/Aer Lingus postoji nekoliko značajnih elemenata ali jedno od ključnih pitanja koje valja naglasiti odnosi se na manjinske udjele u predmetima ocjena koncentracija. Trenutno na razini EU samo pojedina tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (Austrija, Njemačka, Ujedinjeno Kraljevstvo) uzimaju u obzir potencijalne probleme za tržišno natjecanje koje uzrokuju manjinski udjeli u koncentracijama.¹⁹ Međutim, trenutni pravni okvir ne daje tu mogućnost ispitivanja manjinskih udjela EK. Slijedom toga, EK nije imala ovlast za ocjenjivati manjinski udio od 29.3 posto Ryanaira u Air Lingusu jer nije bio ispunjen uvjet odlučujućeg utjecaja iz Uredbe o kontroli koncentracija. Nasuprot tome, Ujedinjeno Kraljevstvo u svojim propisima o kontroli koncentracija predviđa ocjenu manjinskih udjela pa je 29. listopada 2010. tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja Ujedinjenog Kraljevstva pokrenulo postupak istraživanja manjinskog udjela Ryanaira u Aer Lingusu. Ovo tijelo zaključuje kako manjinski udio može izazvati brojne negativne učinke na mjerodavnom tržištu i 28. kolovoza 2013. donosi odluku da Ryanair treba prodati **5 posto** svog udjela u Aer Lingusu te mu se zabranjuje stjecanje dodatnih udjela, osim ako prvo ne pribavi odobrenje EK za preuzimanje samostalne kontrole.

Budući da EK nema zasebne pravne instrumente za utvrđivanje potencijalnih negativnih učinaka uzrokovanih stjecanjem manjinskih udjela preostaje joj postojeći pravni okvir ispitivanja manjinskih udjela.

- a) Članak 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije
- b) Članak 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije
- c) Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 o kontroli koncentracija

Na primjeru Ryanair/Aer Lingus može se dati pravni osvrt i obrazložiti zašto niti jedan od navedenih postojećih instrumenata nije dovoljan ni primjeren za ocjenu manjinskih udjela u predmetima tržišnog natjecanja.

¹⁹ Detaljnije o sustavu ocjene manjinskih udjela u Austriji, Njemačkoj i Ujedinjenom Kraljevstvu pišu Fabian Badtke i Rea Diamantatou, „Should the acquisition of non-controlling minority shareholdings be treated as concentrations?“, *Journal of European Competition Law&Practice*, Volume 7, No.1., 2016, str. 3-9.

Članak 101. UFEU uređuje zabranjene sporazume između poduzetnika zahtjeva postojanje ugovora kao pravnog temelja transakcije. Navedeno nije uvijek slučaj kod stjecanja manjinskog udjela, često se manjinski udjeli stječu bez ugovora u smislu članka 101. UFEU ili se ugovor sklapa samo sa jednim držateljem udjela radi kupnje njegovih udjela. Također se članak 101. UFEU ne primjenjuje na neprijateljska preuzimanja. Dodatno, Predmet Ryanair / Aer Lingus uključuje javnu ponudu što onemogućuje primjenu članka 101. UFEU o zabranjenim sporazumima.

Nadalje, članak 102. UFEU uređuje zlouporabu vladajućeg položaja poduzetnika i zahtjeva da se stjecatelj nalazi u vladajućem položaju, a s obzirom da Ryanair nije u vladajućem položaju, primjena članka 102. UFEU nije moguća. Drugim riječima, ako poduzetnik koji stječe manjinske udjele ima samo značajnu tržišnu snagu ali ne i vladajući položaj ne može se primijeniti članak 102 UFEU.

Uredba 139/2004 o kontroli koncentracija daje okvir za ispitivanje manjinskih udjela ali samo u slučaju ocjene prijave koncentracije poduzetnika koji već prethodno ostvaruje manjinski udio u trećem poduzetniku. Međutim, slučajevi u kojima se stječe manjinski udio koji nije povezan sa stjecanjem kontrole u smislu koncentracija poduzetnika ne mogu se obuhvatiti Uredbom 139/2004.

Iz navedene analize razvidno je kako postoji pravna praznina u EU kontroli koncentracija kada je riječ o manjinskim udjelima. Slijedom toga, EK je nastojala usvojiti rješenje kojim će se popuniti navedena praznina.

5. MOGUĆA RJEŠENJA NA RAZINI EU

Slučajevi u kojima se stječe manjinski udio koji nije povezan sa stjecanjem kontrole u smislu koncentracija poduzetnika nisu obuhvaćeni Uredbom 139/2004 o kontroli koncentracija. Stoga, Europska komisija nastoji pronaći rješenje i odgovarajuće instrumente kojima bi se ispitivali manjinski udjeli u kontroli koncentracija odnosno na ocjenu manjinskih udjela koji stjecatelju ne daju pravo kontrole. Prijedlog rješenja pojavio se u okviru reforme sustava ocjene koncentracija kako bi se ocjena koncentracija u EU učinila još učinkovitijom i jednostavnijom za poduzetnike.²⁰ Reformi je EK pristupila u lipnju 2013. kada je objavila radni dokument pod nazivom-„Prema poboljšanju

²⁰ Osim rješavanja pitanja manjinskih udjela reforma sustava kontrole koncentracija bavi se i pitanjem načina kojim će se pojednostaviti sustav obavještanja i prosljeđivanja koncentracija između EK i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. „EU sets out proposed changes to its merger rules“, Mlex, 9.7.2014.

EU sustava ocjene koncentracija“. Nakon toga je u srpnju 2014. uslijedilo donošenje dokumenta Bijela knjiga – “Prema učinkovitijoj kontroli koncentracija/*Towards more effective EU merger control*”.²¹

Bijela knjiga – “Prema učinkovitijoj kontroli koncentracija”

Jedan od predmeta rasprave u Bijeloj knjizi jest i proširivanje ovlasti EK na ocjenu stjecanja manjinskih udjela koji stjecatelju ne daju pravo kontrole, proširenje ovlasti EK da može istraživati i stjecanje manjinskih udjela. Sustav kontrole stjecanja manjinskih ne-kontrolirajućih udjela trebao bi se temeljiti na tri načela: 1. da obuhvati potencijalno negativna preuzimanja manjinskih udjela; 2. da izbjegne bilo kakva nepotrebna i nerazmjerna administrativna opterećenja za poduzetnike, EK i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i 3. da se uklopi u sustave kontrole koncentracija na EU i nacionalnoj razini država članica.²²

Problem stjecanja manjinskih udjela odražava se u reformi Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija kroz prijedlog EK da uvede sustav tzv. „usmjerene transparentnosti” kojim bi se omogućilo da se zamijete potencijalno problematične transakcije, i to utvrđivanjem transakcija kojima nastaje veza važna za tržišno natjecanje. EK je predložila kumulativne uvjete za utvrđivanje veze važne za tržišno natjecanje. Prvi predloženi uvjet je stjecanje manjinskog udjela u konkurentu ili vertikalno povezanom poduzetniku, mora postojati konkurentski odnos između stjecatelja i poduzetnika u kojem se stječu manjinski udjeli. Prema drugom uvjetu konkurentska veza smatrala bi se važnom ako je stečeni udio u temeljnom kapitalu oko 20 posto ili između 5 posto i 20 posto, ali uz prisutnost dodatnih elemenata poput prava kojima stjecatelj može ostvarivati pravo veta, imenovanja članova uprave ili pravo pristupa informacijama stjecanog poduzetnika koje su komercijalno osjetljive prirode.²³ U predloženom sustavu usmjerene transparentnosti postupak pred EK bio bi slijedeći.²⁴ Stranke su dužne same procijeniti ispunjava li njihova transakcija uvjete po kojima postoji veza važna za tržišno natjecanje. Ako EK utvrdi da transakcija ispunjava kriterije tada stjecatelj dostavlja EK kratku informativnu obavijest o strankama, razini manjinskih udjela i prava koja se njima stječu. Potom EK ima 15 radnih dana da odluči hoće li pokrenuti

²¹ Bijela knjiga EK “Prema učinkovitijoj kontroli koncentracija”/“Towards more effective EU merger control”, COM (2014) 449 final, Brussels, 9.7.2014.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0449&from=EN>

²² O reformi sustava kontrole koncentracija u EU i ocjeni manjinskih udjela, Johannes Luebking, „The EU Merger Regulation Ten Years after the 2004 Review“, *Journal of European Competition Law&Practice*, Volume 5, No.4., 2014, str.185-186.

²³ Analizu Bijele knjige i predloženih rješenja za ocjenu manjinskih udjela daje i Giorgio Motta, „White Paper for a more effective EU merger control: how to review the acquisition of non-controlling minority shareholding?“, *Journal of European Competition Law&Practice*, Volume 6, No.4., 2015, str.253-255.

²⁴ Bijela knjiga, Prema učinkovitijoj kontroli koncentracija, str. 13-15, 26-35.

postupak ocjene transakcije, a za to vrijeme sudionici ne smiju provesti transakciju. Ako EK odluči da neće ocjenjivati transakciju ili prođe rok od 15 dana stjecanje udjela može se provesti. Ako EK odluči da će pokrenuti postupak onda stranke trebaju podnijeti punu prijavu ocjene koncentracije. Osim navedenog, EK propisuje i određenu slobodu za naknadno odlučivanje kroz vremensko ograničenje, odnosno rok od 4-6 mjeseci od prijave transakcije koju nije istraživala i u kojem EK može započeti postupak temeljen na vlastitim informacijama o tržištu ili na tvrdnjama poslovne zajednice.

Iako se predložena rješenja čine kao dobar korak prema popunjavanju pravne praznine u ocjenjivanju manjinskih udjela od EK, ipak uočavaju se određeni nedostaci predloženog sustava. Najprije, nema dovoljno informacija o tome što bi obavijest koju bi poduzetnici bili dužni podnijeti EK u slučaju utvrđivanja veze važne za tržišno natjecanje trebala sadržavati. Postoje samo naznake da bi trebala sadržavati barem neke informacije o transakciji i tržišnim udjelima. Poduzetnici su osim toga dužni sami provesti *prima facie* procjenu kako bi ocijenili raspon bilo koje horizontalne i vertikalne veze. Navedeno bi moglo biti jednostavno u nekim slučajevima, međutim u drugima, kompleksnijim sektorima kao što je primjerice, farmaceutski sektor, nije tako jednostavno jer se u ovakvom sektoru često pojavljuje više potencijalnih mjerodavnih tržišta u proizvodnoj i zemljopisnoj dimenziji.²⁵ Bijela knjiga ostavlja nejasnim da li se test odnosi samo na stvarne ili i na potencijalne konkurentske odnose. Također, prijedlog se odnosi samo na horizontalne i vertikalne veze između stranaka, a bilo bi korisno dodati i potencijalne konglomeratne učinke transakcije. Rok od 4-6 mjeseci u kojem EK ima pravo odlučiti hoće li naknadno ipak ocjenjivat manjinske udjele može dovesti do pravne nesigurnosti jer EK za tako dugo razdoblje zadržava pravo pokrenuti postupak ocjene stjecanja manjinskih udjela.

Zanimljiva je reakcija poslovne zajednice koja je dosta negativno ocijenila predložena rješenja o ocjeni manjinskih udjela iz Bijele knjige. Međunarodna trgovinska komora pripremila je dokument sa komentarima na Bijelu knjigu iz kojeg jasno proizlazi stav kako svako proširivanje kontrole koncentracija na ne-kontrolirajuće manjinske udjele znači dodatna odgađanja i troškove za poduzetnike koji sudjeluju u takvim transakcijama.²⁶ Međunarodna poslovna zajednica smatra da nije ispravno odjednom zahtijevati od poduzetnika da prijavljuju transakcije koje trenutno nisu predmet kontrole koncentracija. Osobito upozorava kako ekonomske teorije koja se obrazlažu u Bijeloj knjizi imaju vrlo malo za reći o tome pojavljuje li se teorija negativnog učinka učestalo u poslovnoj realnosti ili da li se primjenjuju na razinu učinka koji ne

²⁵ Op.cit., bilješka 23, Motta, str. 254.

²⁶ International Chamber of Commerce, ICC Comments on the EU White paper on merger control, discussion paper prepared by the ICC Commission on competition, October 2014., <https://iccwbo.org/publication/icc-comments-on-eu-white-paper-on-merger-control/>

obuhvaća odlučujući učinak. Slijedom navedenog, međunarodna trgovačka komora snažno se protivi proširenju kontrole koncentracija na razmatranje preuzimanja manjinskih udjela.

Možda je i to razlog zbog čega se za sada odustalo od provedbe Bijele knjige i njezinih rješenja. EK je nakon usvajanja Bijele knjige odlučila dalje proučiti ponuđena rješenja i kako bi primjerice, ocjena manjinskih udjela u pojedinim zemljama mogla biti primjenjiva na razini EU. Očito je da je EK postala svjesna nedostataka i kompleksnosti provedbe ocjene manjinskih udjela u praksi i stavila određenu rezervu na ovo pitanje koje ostaje i dalje otvoreno.²⁷

6. ZAKLJUČAK

Uredba Vijeća 139/2004 o kontroli koncentracija se primjenjuje na transakcije kod kojih nastaje strukturna promjena kontrole na trajnoj osnovi. Slučajevi u kojima stjecanje manjinskog udjela ne daje kontrolu ne mogu se obuhvatiti predmetnom Uredbom. Navedeno ukazuje na postojanje pravne praznine u EU propisima kontrole koncentracija. Kontrola manjinskih udjela u EU traži ravnotežu između potrebe da se zaštiti tržišno natjecanje od negativnih učinaka stjecanja manjinskih udjela i potrebe da se ne nameće poduzetnicima nepotreban, dodatni administrativni teret. Prijedlog rješenja EK iz Bijele knjige o učinkovitijoj kontroli koncentracija može predstavljati dobru osnovu za davanje EK potrebnog pravnog instrumenta za ocjenu stjecanja manjinskih udjela. Međutim, ta rješenja potrebno je dalje razraditi i pojasniti, te utvrditi jesu li predloženi uvjeti odgovarajući, zatim na koji način se ove uvjete može unaprijediti, istražiti postoje li neki drugi kriteriji i uvjeti koji bi bolje odgovarali za ispitivanje manjinskih udjela kod koncentracija na EU razini. Jedna od mogućnosti koju bi valjalo istražiti preuzimanje je dobrih rješenja iz propisa i prakse Austrije, Njemačke i Ujedinjenog Kraljevstva koje u svojim sustavima imaju pravne instrumente za ocjenu manjinskih udjela.

²⁷ Ovaj stav zamrzavanja rješavanja pravne praznine za ocjenu manjinskih udjela vrlo jasno je izrekla i povjerenica za tržišno natjecanje, Margaret Vestager: „Refining the EU merger control regime“, govor, 10.3.2016., http://europa.eu/commission/2014-2019/Vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en

