

mr.sc. Mirta Kapural, dipl. iur.

RAZGRANIČENJE ZAJEDNIČKOG POTHVATA (*engl. Joint venture*) KAO KONCENTRACIJE I KAO SPORAZUMA U PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA EU**

SAŽETAK:

U suvremenom poslovanju poduzetnika na zajedničkom tržištu EU, kao i na nacionalnim tržištima zemalja članica, zajednički pothvat kao oblik udruživanja poduzetnika sve je rašireniji. Sa stajališta prava tržišnog natjecanja ključno pitanje koje se javlja jest učinak na tržišno natjecanje koje će imati takvo udruženje poduzetnika. Učinci djelovanja zajedničkog pothvata mogu biti pozitivni, kao primjerice, veća inovativnost, dostupnost novih tehnologija, novih proizvoda i sl., a mogu biti i negativni, kao primjerice, podjela tržišta, zatvaranje tržište za nove tržišne takmace. U europskom pravu tržišnog natjecanja smatra se da veća mogućnost nastanka negativnog učinka na tržišno natjecanje osobito postoji kada zajednički pothvat osnivaju stvarni ili potencijalni tržišni takmaci. Prvi korak tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u odgovarajućoj ocjeni navedenih učinaka zajedničkog pothvata jest utvrđivanje je li riječ o obliku zajedničkog pothvata koji se ocjenjuje kao koncentracija poduzetnika ili obliku zajedničkog pothvata koji se ocjenjuje kao sporazum. Ovaj rad bavit će se uspostavljenim kriterijima za utvrđivanje navednog razgraničenja zajedničkog pothvata polazeći od relevantnih EU propisa i prakse Europske komisije. Ujedno će predstaviti i način uređenja pitanja zajedničkog pothvata u važećem pravu tržišnog natjecanja RH uz primjer prakse iz hrvatske Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

1. UVOD

Prvi važan korak od strane Europske komisije i tijela za zaštitu tržišnog natjecanja zemalja članica EU za ocjenu ugovora kojim se osniva zajednički pothvat jest utvrđivanje o kojem je obliku zajedničkog pothvata riječ. Prema tome, potrebno je prije same analize predmetnog ugovora o osnivanju zajedničkog pothvata utvrditi jesu li ispunjeni uvjeti za pokretanje postupka ocjene koncentracije ili ocjene sporazuma.

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

Ovaj stručni članak objavljen je u časopisu **Pravo i porezi, RRF, broj 7, Zagreb, 2008. str. 64-75. Mišljenja i stavovi autorice izneseni u ovom radu strogo su osobna te stoga ne odražavaju i službena stajališta Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

Naime, u sustavu obvezne prijave na ocjenu koncentracije poduzetnika kakav je prihvaćen od strane Europske komisije, Republike Hrvatske i većine zemalja članica EU potrebno je da sudionici koncentracije pređu prag zakonom određene ekonomske veličine kako bi za njih nastala obveza prijave koncentracije¹. Uz to, rokovi za donošenje odluke znatno su kraći u postupcima ocjena koncentracije, a sporne su samo koncentracije sa značajnim negativnim učinkom. U praksi Europske komisije i Hrvatske agencije za zaštitu tržišnog natjecanja pokazalo se da značajan negativni učinak ima neznatan broj koncentracija. Ukoliko je pak riječ o zajedničkom pothvatu koji se ocjenjuje kao sporazum dolazi do primjene propisa o zabranjenim sporazumima, odnosno o utvrđivanju postoje li uvjeti za izuzeće sporazuma od odredbi o zabranjenim sporazumima. Potencijalni problem za tržišno natjecanje postoji utoliko što se najčešće zajednički pothvati osnivaju sklapanjem sporazuma o suradnji između poduzetnika koji djeluju na istoj razini proizvodnje ili distribucije (između tržišnih takmaca) pa je riječ o horizontalnim sporazumima. Horizontalni sporazumi po svojoj prirodi predstavljaju veću opasnost za ograničenje tržišnog natjecanja jer koordiniraju ponašanje poduzetnika na tržištu, i daju veću mogućnost dogovora o cijenama, podjeli tržišta što su teška ograničenja tržišnog natjecanja zabranjena člankom 81. Ugovora o osnivanju EZ. Ujedno ne postoji više obveza prijave sporazuma na ocjenu Europskoj komisiji (niti Agenciji u RH) već poduzetnici sami snose odgovornost i procjenjuju sadrži li sporazum teška ograničenja ili ostale zabranjene obveze, odnosno ispunjava li uvjete za skupno izuzeće sporazuma.² Dokazivanje u ocjeni sporazuma teže je nego kod postupka ocjene koncentracija gdje stranke samo moraju dokazati da koncentracija neće imati negativan učinak na tržišno natjecanje. Međutim, u oba slučaja ključno je koji će učinak na tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu imati zajednički pothvat.

Prema tome, ukoliko se u konkretnom predmetu u praksi tijela za zaštitu tržišnog natjecanja pojavi navedeno pitanje prvo je potrebno utvrditi jesu li ispunjeni uvjeti za pokretanje postupka ocjene koncentracije ili ocjene sporazuma. Navedeno se utvrđuje primjenom kriterija usvojenih u praksi i teoriji prava tržišnog natjecanja EU. No, prije navođenja navedenih kriterija potrebno je definirati pojam zajedničkog pothvata.

¹ Iznimka su samo Velika Britanija i Nizozemska koje imaju sustav dobrovoljne prijave ocjene koncentracija.

² U Europskoj komisiji uvođenjem tzv. «modernizacijskog paketa» 2004. godine ne postoji više obveza prijave svih sporazuma na ocjenu, kao niti u RH od početka primjene ZZTN iz listopada 2003.

2. DEFINICIJA ZAJEDNIČKOG POTHVATA

Zajednički pothvat (*engl. joint venture*) predstavlja ugovorno udruživanje dviju ili više fizičkih ili pravnih osoba (poduzetnika) u neki poslovni pothvat u koji svi ulažu sredstva i dijele dobitak.³ U ovom ugovornom odnosu riječ je o obliku ortaštva pri kojem ortaci ostaju neovisni pravni subjekti, a udružuju se samo u poslu u kojem imaju zajednički cilj i interes. Zajednički pothvat poduzetnici udruživanjem svojih sredstava i kapaciteta najčešće osnivaju radi ostvarenja neke zajedničke gospodarske svrhe, npr. zajedničke proizvodnje, distribucije, pružanja usluga, istraživanja i razvoja i sl.

2.1. Oblici zajedničkog pothvata

Postoji nekoliko vrsta zajedničkog pothvata:

- a) Horizontalni-poduzetnici koji osnivaju zajednički pothvat obavljaju jednaku vrstu djelatnosti (npr. proizvodnja ili distribucija nekog proizvoda).
- b) Vertikalni- za razliku od horizontalnih, poduzetnici u vertikalnom zajedničkom pothvatu ne obavljaju istu vrstu djelatnosti.
- c) Konglomeratni- zajednički pothvat kod kojega se poduzetnici bave djelatnostima koje nisu povezane.

Međutim, podjela koja je relevantna za ovaj rad jest ona koja dijeli zajednički pothvat na tzv. koncentrativni ili tzv. *full function* zajednički pothvat i tzv. koordinativni odnosno tzv. *non-full function* zajednički pothvat. Ovdje je potrebno jedno terminološko pojašnjenje. Naime, navedena podjela na tzv. koncentrativni i koordinativni zajednički pothvat koristila se do početka primjene Obavijesti Europske komisije o konceptu *full function* zajedničkog pothvata iz 1998.⁴ Primjenom navedene Obavijesti i provedbom tzv. modernizacije u pravu tržišnog natjecanja EU iz 2004. kojom se naglasak stavlja na učinak na tržišno natjecanje, a ne više na vladajući položaj (tzv. *merger substantive test*) obuhvaćen je i koncentrativni i koordinativni zajednički pothvat.⁵

³ Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja, Mladen Cerovac, TEB, Zagreb, 2004., str. 168-169.

⁴ Commission Notice on the concept of full function joint ventures under Council Regulation EEC No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings (1998) OJ C 66/1, 2.3.1998.

⁵ Više o modernizaciji prava tržišnog natjecanja vidi na web stranici DG Competition: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html> ili u članku Ryan Stephen, «Reform of

Konačno, nakon usvajanja nove Pravosudne Obavijesti Europske komisije iz 2007. kojom su utvrđeni dodatni elementi razgraničenja oblika zajedničkog pothvata napušta se koncept koncentrativnog i koordinativnog zajedničkog pothvata. Umjesto toga, u europskom pravu tržišnog natjecanja koristi se podjela na tzv. *full function joint venture* i *non-full function joint venture*. Slijedom toga, prateći aktualnu podjelu i terminologiju u skladu s onom iz prava tržišnog natjecanja EU i u ovom radu će se koristiti u nastavku teksta razlikovanje na tzv. *full function* zajednički pothvat i *non-full function* zajednički pothvat.

3. PRAVNI OKVIR UREĐENJA ZAJEDNIČKOG POTHVATA U PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA EU

3.1. Relevantni propisi i odluke Europske komisije

Kriteriji za razgraničenje između gore navedenih oblika zajedničkog pothvata, odnosno između tzv. *full function* zajedničkih pothvata koji se smatraju koncentracijom poduzetnika i tzv. *non-full function* zajedničkih pothvata koji imaju obilježja sporazuma u pravu tržišnog natjecanja EU utvrđeni su pretežno Obavijestima i odlukama Europske komisije, te u manjoj mjeri pravnim tumačenjem u presudama Suda prvoga stupnja EU i Suda Europskih zajednica (ECJ)⁶.

3.2. Razvoj kriterija za razlikovanje full function i non-full function zajedničkog pothvata u pravu tržišnog natjecanja EU

U ranijem razvitku kontrole koncentracija poduzetnika u EU (do Uredbe iz 1998.) zajednički pothvat se gotovo isključivo smatrao koncentrativnim zajedničkim pothvatom, a time i koncentracijom poduzetnika. Kriteriji za utvrđivanje vrste zajedničkog pothvata u razvoju prava tržišnog natjecanja EU bili su formirani kroz slijedeće pravne instrumente:

the EU Merger control system-a comprehensive package of proposals», Competition Policy Newsletter, br.1, 2003, str. 9-13.

⁶ Npr. Odluke Suda EZ u predmetima: 107/82 *Telefunken vs. European Commission* (1983), ECR 1351; C-309/99 *Wouters and others vs. Algene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten* (2002) ECR I-1577 ili odluke Suda prvoga stupnja u predmetima: Joint cases T-25, 26, 30-32, 34-39, 42-46, 48, 50-65, 68-71, 87,88, 103 and 104/95 *Cimenteries CBR vs. Commission* (2000) ECR II-491, Joint cases T-374, 375, 384 i 388/94 *European Night Services vs. Commission* (1998) ECR II-3141.

Obavijest Europske komisije o kooperativnom i koncentrativnom zajedničkom pothvatu iz 1990⁷;

Obavijest Europske komisije o razlikovanju između koncentrativnog i kooperativnog zajedničkog pothvata iz 1994⁸; te

Obavijest Europske komisije o konceptu tzv. *full function* zajedničkog pothvata iz 1998.⁹

Najveći dio kriterija za utvrđivanje oblika zajedničkog pothvata u svakom pojedinom slučaju uspostavljen je upravo donošenjem navedene Obavijesti Europske komisije iz 1998. Uvođenjem tzv. modernizacijskog paketa u pravne institute tržišnog natjecanja EU, pa tako i u dijelu koji se odnosi na koncentracije poduzetnika pojavila se potreba za dodatnim tumačenjem nove Uredbe Vijeća EZ 139/2004 o kontroli koncentracija poduzetnika. To je učinjeno novom pravosudnom Obavijesti o tumačenju Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija koju je Europska komisija usvojila u srpnju 2007. i koja je zamijenila prethodno spomenutu Obavijest iz 1998.¹⁰

4. ZAJEDNIČKI POTHVAT KAO KONCENTRACIJA PODUZETNIKA (tzv. *full function joint venture*)

4.1. Kriteriji za razlikovanje *full function* (koncentracija) i *non-full function* zajedničkog pothvata (sporazum) prema relevantnim propisima EU prava tržišnog natjecanja.

Sukladno članku 3. stavku 1. točki b) Uredbe o kontroli koncentracija poduzetnika EK koncentracija nastaje kada jedan ili više poduzetnika stječe kontrolu na cijelim ili dijelom drugog poduzetnika.¹¹ Navedeno ostvarivanje zajedničke kontrole dovodi do strukturnih promjena na tržištu čak i u slučaju kada se preuzeti poduzetnik ne bi više smatrao *full function* nakon preuzimanja (npr. nakon preuzimanja će isključivo roditeljima prodavati proizvode). Nadalje, prema članku 3. stavku 4. Uredbe o kontroli koncentracija poduzetnika EK, zajednički pothvat koji na trajnoj osnovi obavlja sve funkcije samostalnog gospodarskog subjekta smatra se koncentracijom poduzetnika. Kako bi

⁷ Commission Notice on Cooperative and Concentrative Joint Venture (1990), OJ C 203/6.

⁸ Commission Notice on the distinction between concentrative and cooperative joint ventures (1994) OJ C 385/1.

⁹ *Ibidem* fusnota 4.

¹⁰ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings usvojena od Europske komisije 10.7.2007., dostupna na:

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_jn.html

¹¹ Council Regulation EC No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.1.2003.

zajednički pothvat ispunjavao kriterij *full function* i time se smatrao koncentracijom poduzetnika, dovoljno je da je zajednički pothvat samostalan u operativnom smislu.¹²

Kriteriji za *full function* zajednički pothvat precizno su određeni i dodatno pojašnjeni u već navedenoj Pravosudnoj Obavijesti Europske komisije iz 2007. koji se u nastavku obrazlažu.

1. Samostalno nastupanje na tržištu i vlastita financijska sredstva

U prvom redu, novosnovani poduzetnik mora djelovati kao neovisan gospodarski subjekt kako bi se moglo smatrati da je došlo do osnivanja *full function* zajedničkog pothvata. Naime, kako bi se smatralo da zajednički pothvat samostalno djeluje na tržištu mora obavljati sve funkcije koje obavljaju i drugi poduzetnici koji sudjeluju na tom tržištu. Stoga, zajednički pothvat mora imati vlastite poslovne prostorije, imovinu, vlastiti *management* i zaposlenike za svakodnevno obavljanje poslova na dugotrajnijoj osnovi u u sektoru određenom ugovorom o osnivanju zajedničkog pothvata¹³. Pri tome zaposlenici u zajedničkom pothvatu mogu ili biti direktno zaposleni od strane zajedničkog pothvata ili putem trećih osoba, npr. agencije za zapošljavanje. Nije zapreka da i društva roditelji osiguraju neophodno osoblje ali samo za početak rada zajedničkog pothvata ili u slučaju kada zajednički pothvat obavlja posao sa roditeljima na isti način kao i sa ostalim sudionicima na predmetnom tržištu.¹⁴

2. Aktivnosti izvan jedne specifične djelatnosti društva osnivača

Kod ovog kriterija polazi se od pitanja: prodaje li zajednički pothvat proizvode i tržišnih takmaca društva roditelja? Obavlja li samo distribuciju ili i proizvodnju ili obuhvaća svojom aktivnošću sve funkcije društva osnivača? Kod navedenog kriterija osnovno pravilo jest da ako zajednički pothvat obavlja samo jednu specifičnu funkciju, djelatnost iz poslovne aktivnosti društva roditelja, bez vlastite prisutnosti na tržištu, neće se smatrati *full function* zajedničkim pothvatom. Primjerice, ako je zajednički pothvat osnovan samo za istraživanje, proizvodnju ili distribuciju pri čemu djeluje kao

¹² Presuda Suda europskih zajednica (ECJ) u predmetu T 282/02 Cementbouw v. Commission, paragraf 62 (2006) ECR II-319.

¹³ Detaljnije o samostalnosti *full function* zajedničkog pothvata vidi u knjizi: E. Navarro, A. Font, J. Folguera i J. Briones «Merger Control in the EU», 2005, Oxford University Press, Second edition, str. 40-63.

¹⁴ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, str. 35.

komercijalni agent za društva roditelje. Stoga je riječ o tzv. strukturalnom i djelomično funkcionirajućem zajedničkom pothvatu koji je određen da obavlja samo jednu funkciju iz postojeće djelatnosti.¹⁵ Međutim, ako zajednički pothvat obavlja sve funkcije osnivača, npr. prodaje proizvode tržišnih takmaca ako je riječ o prodajnom zajedničkom pothvatu, isti je samostalni gospodarski subjekt. Razvijanje novih proizvoda u okviru zajedničkog pothvata dodatni je element koji upućuje na obavljanje više aktivnosti osim jedne specifične aktivnosti društva osnivača, a time i na *full function* karakter.

Zajednički pothvat vezan je uz društvo roditelje u tehničkom, pravnom i gospodarskom smislu. Primjerice, društvo roditelj nabavlja i prodaje proizvode isključivo zajedničkom pothvatu. U koncentrativnom zajedničkom pothvatu novo osnovani poduzetnik (*joint venture*) obavlja sve funkcije poduzetnika-roditelja, odnosno zajednički pothvat obavlja djelatnost i proizvodnje i distribucije. Slijedom navedenog, u poredbenoj praksi Europske komisije, postoje dva glavna elementa prema kojima se može utvrditi je li riječ o *full function* zajedničkom pothvatu:

1. zajednički pothvat će investirati u infrastrukturu, odnosno u dućane, skladišta, prodajna mjesta, zaposlenike u transportu i komercijali (1. kriterij)
2. zajednički pothvat će značajan dio proizvoda koje će prodavati nabavljati i od drugih poduzetnika, a ne samo od poduzetnika roditelja (2. kriterij).

3. Komercijalni/trgovački odnos s roditeljima-uobičajeni trgovinski uvjeti poslovanja sa roditeljima kao i sa ostalim sudionicima na tržištu.

Razgranata poslovna aktivnost i prisustvo društva roditelja na uzlaznom ili silaznom tržištu bitan je element pri ocjeni *full-function* karaktera zajedničkog pothvata, posebno kada navedeno rezultira u značajnoj prodaji ili kupnji između roditelja i zajedničkog pothvata. Međutim, ovdje je bitno napomenuti da je uobičajeno da u početnom razdoblju obavljanja djelatnosti zajedničkog pothvata postoji određena ovisnost o prodaji i/ili kupnji proizvoda od društva roditelja ali ne duže od tri godine.¹⁶

¹⁵ Case *Exon/Shell*, OJ 1994, L 144/20 u kojem je zajednički pothvat na tržištu proizvodnje obavljao samo djelatnost opskrbe za društva osnivače zajedničkog pothvata.

¹⁶ Obavijest Europske komisije za tumačenje Uredbe 139/2004 od 10. srpnja 2007., str.36-37 i npr. Odluka Europske komisije u predmetu IV/M.560-EDS/Lufthansa od 11.5.1995.

Smatrat će se *full function* zajedničkim pothvatom ukoliko:

1. zajednički pothvat koristi distribucijsku mrežu jednog ili oba poduzetnika roditelja koji djeluju kao agenti zajedničkog pothvata, pri čemu je zajednički pothvat taj koji snosi komercijalni rizik posla,
2. zajednički pothvat djeluje na tržištu distribucije, te izvršava sve uobičajene funkcije komercijalnog poduzetnika na takvome tržištu.

Ujedno se u obzir uzima i količina prodanih odnos kupljenih proizvoda između društva roditelja i zajedničkog pothvata. Ukoliko je ovaj postotak kupljenih ili prodanih proizvoda od društva roditelja visok, veća je vjerojatnost da neće biti riječ o *full function* zajedničkom pothvatu. Odlukom Europske komisije u predmetu *Philips/Thomson/Sagen* (1993) utvrđeno je da je zajednički pothvat sa 30 posto svoje proizvodnje opskrbljivao društva roditelje, te se stoga nije smatrao kao *full function*¹⁷. S druge strane, u predmetu *Schneider/AEG* (1994) zajednički pothvat je s 15 posto svoje proizvodnje opskrbljivao društva roditelje koji su bili slobodni kupovati proizvode i od tržišnih takmaca zajedničkog pothvata ukoliko proizvodi nisu bili tehnički konkurenti ili ukoliko su kupci zahtijevali druge proizvode. Temeljem toga, Europska komisija je zaključila da je predmetni zajednički pothvat samostalan i da prema tome, ispunjava uvjete za *full function* zajednički pothvat¹⁸. Navedene odluke Europske komisije pokazuju da je vrlo važno i ovaj kriterij ocjenjivati na pojedinačnoj osnovi (case by case).

4. Obavljanje djelatnosti na trajnoj osnovi

Ukoliko je zajednički pothvat osnovan na kraće i unaprijed utvrđeno vremensko razdoblje ne može se smatrati *full function*. Međutim, ukoliko ugovor o osnivanju zajedničkog pothvata predviđa dulje trajanje zajedničkog pothvata za vrijeme kojega nastaju strukturne promjene u poduzetnicima ili predviđa nastavak djelovanja zajedničkog pothvata nakon tog razdoblja, takav će se zajednički pothvata smatrati kao *full function*¹⁹. Prema tome, *full function* zajednički pothvat predstavlja neovisan

¹⁷ Case *Philips/Thomson/Sagen* IV/M 293 (1993)

¹⁸ Case *Schneider/AEG* IV/M 447 (1994)

¹⁹ Vidi npr. predmet COMP/M.2903-*Daimler Chrysler/Deutsche Telekom*/JV od 30.4.2003. u kojem je Europska komisija smatrala da je 12 godina dovoljno razdoblje za *full function* zajednički pothvat ili predmet COMP/M. 3858 *Lehman Brothers/Starwood/Le Meridian* od 20.7.2005. u kojem je Europska komisija za dovoljno vremensko razdoblje utvrdila minimum 10-15 godina .

gospodarski subjekt sa zajedničkom kontrolom poduzetnika osnivača koji djeluje na trajnoj osnovi.

5. Promjena aktivnosti u zajedničkom pothvatu

Obrazložena Obavijest Europske komisije iz 2007. utvrđuje uvjete pod kojima se promjena poslovne aktivnosti zajedničkog pothvata smatra koncentracijom poduzetnika. Riječ je o slijedećim uvjetima:

- a) zajednički pothvat stječe dodatne prednosti ili imovinu preuzimajući time posao društva roditelja;
- b) društva roditelji prenesu na zajednički pothvat značajna dodatna sredstva, ugovore *know-how* ili neka druga prava i time stvore osnovu za proširenje poslovanja zajedničkog pothvata na drugo proizvodno ili geografsko mjerodavno tržište koje nije bilo objekt prvobitnog zajedničkog pothvata i to ukoliko zajednički pothvat obavlja navedene aktivnosti na *full function* osnovi. U tom slučaju proširenje aktivnosti zajedničkog pothvata može se smatrati kao osnivanje novog zajedničkog pothvata, a ugovor o prijenosu sredstava ili *know-how* predstavljat će pravnu osnovu za prijavu koncentracije.²⁰
- c) koncentracija poduzetnika nastaje ukoliko dođe do promjene poslovne aktivnosti zajedničkog pothvata uslijed koje isti postaje *full function*.²¹

5. ZAJEDNIČKI POTHVAT KAO SPORAZUM IZMEĐU PODUZETNIKA (tzv. non-full function joint venture)

Ukoliko prethodno opisani kriteriji za *full function* zajednički pothvat nisu ispunjeni, može se zaključiti da je riječ o sporazumu.

5.1. Neke specifičnosti utvrđivanja tzv. non-full function zajedničkog pothvata

Specifičnost je zajedničkog pothvata kao sporazuma što je vrlo često riječ o obliku aktivnosti zajedničkog pothvata koji je većim dijelom «limitiran» na distribuciju ili prodaju proizvoda poduzetnika osnivača. Kako je već pojašnjeno, u pravilu se smatra da,

²⁰ Commission Consolidated Jurisdictional Notice 2007, str. 40.

²¹ Dodatni komentari o Obavijesti iz 2007. nalaze se u članku autora Johannes Lübkinga pod nazivom: «Commission adopts Jurisdictional Notice under the Merger Regulation», Competition Policy Newsletter, 2007. Number 3, str.1-5

ukoliko je aktivnost zajedničkog pothvata ograničena na distribuciju ili prodaju proizvoda poduzetnika osnivača nije riječ o koncentrativnom zajedničkom pothvatu.

Neki autori smatraju da za utvrđivanje koordinativnog zajedničkog pothvata postoje dva elementa: a) Ostaju li društva roditelji na istom ili susjednom tržištu,

b) Koordinacija kao direktna posljedica osnivanja zajedničkog pothvata koja može dovesti do ograničavanja tržišnog natjecanja.²²

Primjerice, u predmetu *RSB/Tenex Fuel Logistic*²³ zajednički pothvat nije imao samostalnost čak niti u odnosu na tehničko osoblje koje je bilo zaduženo da provede aktivnosti, te se stoga nije smatrao koncentracijom. Nadalje, u predmetu *Dupont/Hitachi*²⁴ osoblje potrebno za obavljanje djelatnosti zajedničkog pothvata i dalje je ugovorno bilo vezano za društva roditelje-osnivače zajedničkog pothvata, u okviru kontrole upravljačkog tijela zajedničkog pothvata (*managementa*), te se stoga ne smatra koncentracijom.

I, konačno, kao što je već obrazloženo, ukoliko je zajednički pothvat osnovan na kraće i unaprijed utvrđeno vremensko razdoblje ne može se smatrati *full function* zajedničkim pothvatom odnosno koncentracijom poduzetnika.

5.2. Daljnje postupanje u ocjeni sporazuma o osnivanju zajedničkog pothvata

Ovisno o obliku zajedničkog pothvata, tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ocjenjivat će zajednički pothvat kao sporazum poduzetnika. Ukoliko se utvrdi da je u konkretnom slučaju riječ o zajedničkom pothvatu koji ima obilježja sporazuma poduzetnika (*non full function joint venture*) isti se ocjenjuje primjenom odredbi članka 81. Ugovora o Europskoj zajednici. Primjenom rečenog članka ocjenjuje se sadržaj sporazuma i utvrđuje sadrži li neke odrebe koje predstavljaju teška ograničenja tržišnog natjecanja, te time postaje zabranjeni sporazum. Ujedno se pri ocjeni utvrđuje jesu li ispunjeni uvjeti iz članka 81. stavka 3. Ugovora o EZ o skupnom izuzeću sporazuma o osnivanju zajedničkog pothvata.²⁵ Prema vrsti sporazuma kod sporazuma o osnivanju

²² Van Bael & Bellis, «Competition law of the European Community», Kluwer law International, 2007., str. 832

²³ Case IV/M 904 (1997)

²⁴ Case IV/M 994 (1997)

²⁵ U praksi EK napušten je sustav pojedinačnog izuzeća sporazuma, dok je u propisima RH o zaštiti tržišnog natjecanja navedeni institut još u primjeni, ponajviše zbog omogućavanja prilagodbe poduzetnicima novim propisima i praksi sukladno onoj EK koja će nastupiti pristupanjem RH u EU.

zajedničkog pothvata najčešće je riječ o horizontalnim sporazumima pa dolazi do primjene i Smjernica EK o ocjeni horizontalnih sporazuma.²⁶

5.3. Zajednički pothvat osnovan između tržišnih takmaca

Prilikom ocjene zajedničkog pothvata sa stajališta prava tržišnog natjecanja posebno je značajan zajednički pothvat kojeg sklapaju tržišni takmaci jer u tom slučaju postoji veća vjerojatnost usklađenog djelovanja i mogućeg štetnog učinka odnosno ograničavanja tržišnog natjecanja. U pravilu, svaki zajednički pothvat koji u skladu sa ugovorom kao svrhu predviđa prodaju ugovornih proizvoda društva osnivača sadrži horizontalna ograničenja tržišnog natjecanja. Navedeno horizontalno ograničenje proizlazi iz činjenice da zajednički pothvat usklađuje postupanje na tržištu prema svojim društvima osnivačima. Na primjer, zajednički pothvat prodaje proizvode koje proizvode društva roditelji što znači da navedeni poduzetnici svoje proizvode ne prodaju više samostalno jedan od drugoga i zasebno na tržištu na kojem ih prodaje zajednički pothvat. Time zajednički pothvat stvara tzv. «učinak grupe» za društva osnivače, a podrazumijeva zajedničke interese između poduzetnika društva osnivača. Upravo, navedeni zajednički interesi mogu sprječiti tržišno natjecanje koje bi inače postojalo između poduzetnika osnivača da nema učinka grupe.

Problem koordinacije između tržišnih takmaca koji osnivaju zajednički pothvat nalazimo u komparativnoj praksi Europske komisije i država članica EU. Primjerice, Europska komisija u predmetu *Vodafone/Vivendi/Canal Plus* iz 2000. godine utvrdila je da postoji mogućnost koordinacije između poduzetnika Vodafone i Vivendi koja proizlazi iz njihovog osnivanja zajedničkog pothvata na silaznom tržištu.²⁷ S druge strane, u predmetu *Bertelsman/Mondadori* Europska komisija odlučila je da ne postoji opasnost od koordinacije između društva roditelja jer iako je poduzetnik Mondadori bio vodeći poduzetnik na talijanskom tržištu izdavanja knjiga, poduzetnik Bertelsman nije imao gotovo nikakve aktivnosti na tom tržištu.²⁸ Dakle, ukoliko barem dva društva roditelja ne zadrže u značajnoj mjeri aktivnosti na tržištu na kojem djeluje zajednički pothvat ili na susjednom tržištu ili silaznom ili uzlaznom tržištu zajedničkom pothvatu neće biti koordinacije između društva osnivača. Uz navedeno za koordinaciju tržišnog natjecanja

²⁶ Commission Notice Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, OJ (2001) C 3/2.

²⁷ Case *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*, JV.48, 2000.

²⁸ Case *Bertelsman/Mondadori/Bol Italia*, JV. 51, 2000.

između društva roditelja potrebno je da postoji uzročna veza između te koordinacije i zajedničkog pothvata. Naznaka za nedostatak takve uzročne veze za postojanje koordinacije proizlazi i iz činjenice da prije osnivanja zajedničkog pothvata nije postojalo snažno tržišno natjecanje između društva roditelja.²⁹ U predmetu *ENEL/FT/DT* iz 1999. godine, Europska komisija zaključila je da je nedostatak tržišnog natjecanja između društva roditelja bio rezultat njihove slobodne poslovne odluke. Stoga se u navedenom predmetu ne bi moglo sa sigurnošću tvrditi da je nedostatak tržišnog natjecanja rezultat stvaranja zajedničkog pothvata.³⁰

Nadalje, sukladno komparativnoj praksi zemalja EU, posebice Njemačke, smatra se da ukoliko dva poduzetnika koji djeluju na istom tržištu osnuju zajednički pothvat u pravilu je riječ o *non-full function* zajedničkom pothvatu koji se ocjenjuje kao sporazum. Međutim, za utvrđivanje predstavlja li takav zajednički pothvat instrument koordinacije ponašanja društva-roditelja na istom tržištu potrebno je utvrditi u svakom pojedinom slučaju. Iz njemačke prakse potvrđene presudom Vrhovnog suda Njemačke od 25. listopada 2006. kod osnivanja zajedničkog pothvata pri čemu društvo-majka i dalje ostaje aktivno na predmetnom tržištu, kao i zajednički pothvat, redovito dolazi do ograničavanja tržišnog natjecanja između društva osnivača³¹. Pri tome je dovoljno da društva osnivači svoje djelovanje na tržištu usklađuju s interesima zajedničkog pothvata i obratno što rezultira ograničavanjem tržišnog natjecanja. Navedeno je potvrđeno i u odluci Njemačkog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (*Bundeskartellamt*) u predmetu *Moksel/Südfleisch*³². U rečenom predmetu suradnja u zajedničkom pothvatu *OstFleisch* rezultirala bi ograničavanjem tržišnog natjecanja između društva osnivača kao popratna mjera zaštite od pada cijena. Navedni zaključak temeljio se na rezultatima cjelokupnog promatranja gospodarskih učinaka i gospodarske povezanosti između poduzetnika koji su bili tržišni takmaci i djelovali na istoj razini proizvodnje.

²⁹ Npr. Odluke Europske komisije u predmetima: *BskayB/Kirch Pay TV*, JV. 37, 2000. i *Telefonica/Portugal Telecom/Medi Telecom*, JV. 23, 1999.

³⁰ Case *Enel/FT/DT*, Case No.IV/JV.2 (1999) OJ C 178/15.

³¹ Presuda njemačkog Prizivnog suda u Düsseldorfu, od 25. listopada 2006., B 1 116/04 u predmetu *Nord-KS GmbH&Co.KG, Kaltenkirchen, Xella Deutschland GmbH, Duisburg, Hansa Baustoffwerke GmbH&Co.KG, Baustoffwerke Buxtehunde GmbH&Co.KG, Industriebetriebe Heinrich Meyer-Werke Breloh GmbH&Co.KG und Holert Beteiligungen GmbH&Co.KG* (VI-Kart 14/06 V)

³² Odluka njemačkog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja - Bundeskartellamt, u predmetu *Moksel/Südfleisch*, od 21. kolovoza 1997., koja je potvrđena presudom njemačkog Prizivnog suda u Düsseldorfu, od 8. svibnja 2001. (BGH, Beschluss von 8. Mai 2001-KVR 12/99 Kammergericht),

6. UREĐENJE ZAJEDNIČKOG POTHVATA U PROPISIMA O ZAŠTITI TRŽIŠNOG NATJECANJA RH

6.1. Pravni okvir

U Republici Hrvatskoj područje zaštite tržišnog natjecanja uređeno je Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja („Narodne novine”, broj 122/03) i odgovarajućim podzakonskim propisima.³³

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) između Europske zajednice i njezinih država članica i Republike Hrvatske također predstavlja bitan pravni instrument kao osnovu za tumačenje i primjenu prava tržišnog natjecanja EU.³⁴

Člankom 70. stavkom 2. SSP određuje se da će se svako ponašanje suprotno pravilima tržišnog natjecanja ocjenjivati na temelju kriterija koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Zajednici, posebice članaka 81., 82. i 86. Ugovora o osnivanju EZ i instrumenata za tumačenje koje su usvojile njezine institucije.

Člankom 35. stavkom 3. ZZTN propisano je da Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja u ocjeni svih oblika sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja koji mogu utjecati na trgovinu između Republike Hrvatske i EZ, u skladu s člankom 70. SSP, primjenjuje na odgovarajući način kriterije koji proizlaze iz pravilne primjene pravila o tržišnom natjecanju u EZ. Slijedom toga, cjelokupna pravna stečevina EZ (*acquis communautaire*) koju čine primarno i sekundarno zakonodavstvo EZ, ali i sudska praksa Suda Europskih zajednica i Europskog Suda prvoga stupnja važan su interpretativni instrument za primjenu hrvatskih propisa, u slučaju pravnih praznina ili dvojbi u tumačenju tih propisa. Stoga Agencija, tijekom postupaka i prilikom izrade ekonomskih i pravnih analiza pored spomenutih hrvatskih propisa, podredno, na odgovarajući način, primjenjuje i kriterije poredbenog prava tržišnog natjecanja EU. Naime, ZZTN i ostali propisi o zaštiti tržišnog natjecanja, u većem dijelu usklađeni su s pravnom stečevinom ali su potrebne dodatne izmjene zakona kako bi u potpunosti bio usklađen u svim odredbama.³⁵

³³ Uredbe Vlade RH i pravna stečevina EU iz prava tržišnog natjecanja dostupni su na: http://www.aztn.hr/uredbe_vlade.htm

³⁴ Republika Hrvatska potpisala je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju s Europskom zajednicom i njezinim državama članicama 29. listopada 2001. koji je stupio na snagu 1. veljače 2005. («Narodne novine»- Međunarodni ugovori, broj 14/01)

³⁵ U vrijeme pisanja ovog članka korišten je tekst važećeg ZZTN iako je u pripremi i Nacrt novog ZZTN.

Kada je riječ o ocjenama koncentracija poduzetnika koristan izvor predstavljaju i Naputci Agencije (npr. Naputak u svezi s ocjenom dopuštenosti koncentracija poduzetnika).³⁶

6.2. Definicija zajedničkog pothvata sukladno ZZTN

Zajednički pothvat se, u smislu članka 19. stavak 2. ZZTN, smatra koncentracijom ukoliko zadovoljava slijedeće uvjete:

1. postojanje zajedničke kontrole nad poduzetnikom,
2. zajednički pothvat mora trajno izvršavati sve funkcije neovisnog gospodarskog subjekta.

Takav zajednički pothvat, pod uvjetom da su ispunjeni i drugi zakonom propisani uvjeti, podliježe obvezi podnošenja prijave Agenciji. Agencija će njegovu dopuštenost ocjenjivati primjenom odredaba kojima se uređuje postupak ocjene dopuštenosti koncentracija.

Međutim, sukladno članku 19. stavak 5. ZZTN stvaranje zajedničkog pothvata koji kao cilj ima koordinaciju tržišnog natjecanja između poduzetnika koji ostaju nezavisni, ne smatra se koncentracijom, već se ocjenjuje prema odredbama ZZTN kao sporazum. Takvi će se zajednički pothvati ocjenjivati temeljem odredbi kojima se uređuje postupak ocjene sporazuma poduzetnika.

6.3. Primjer iz prakse AZTN

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja u svojoj se praksi u nekoliko predmeta susretala s pitanjima zajedničkog pothvata. Međutim, pitanje utvrđivanja razgraničenja između *full function* zajedničkog pothvata i *non-full function* zajedničkog pothvata najviše je

³⁶ Mladen Cerovac: Naputak u svezi ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, Naputak u svezi ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika i Naputak u svezi ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika na tržištu elektroničkih medija, dostupni na: http://www.aztn.hr/uredbe_vlade.htm

obrađeno u predmetu VIRO Tvornica šećera d.d., zahtjev za ocjenu ugovora o suradnji, rješenje Agencije od 14. veljače 2008.³⁷

U rečenom predmetu zajednički pothvat su osnovali tržišni takmaci, proizvođači šećera, a namjeravani zajednički pothvat trebao je obavljati samo distribuciju odnosno prodaju šećera. U predmetnom slučaju nije nedvojbeno proizlazilo o kojem je obliku zajedničkog pothvata riječ pa su u navedenom rješenju Agencije detaljno obrađeni prethodno obrazloženi kriteriji za razgraničenje između *full function* i *non-full function* zajedničkog pothvata iz komparativnog prava tržišnog natjecanja EU. Primjenom tih kriterija Agencija je zaključila da je u konkretnom slučaju riječ o zajedničkom pothvatu koji se ocjenjuje kao sporazum, te je u tom smislu proveden postupak ocjene sporazuma ili doneseno rješenje o uvjetnom pojedinačnom izuzeću sporazuma.³⁸

Iz rješenja Agencije od 14. veljače 2008.: «...citat...»

„ ..u konkretnom predmetu također postoji i specifičnost utoliko što je riječ o obliku aktivnosti zajedničkog pothvata koji je većim dijelom ograničen na distribuciju ili prodaju proizvoda poduzetnika osnivača. U pravilu se smatra da nije riječ o koncentrativnom zajedničkom pothvatu ako je aktivnost zajedničkog pothvata ograničena na distribuciju ili prodaju proizvoda poduzetnika osnivača.»

«U predmetnom slučaju, prodaja se ugovornih proizvoda vrši isključivo putem zajedničkog pothvata. U koncentrativnom zajedničkom pothvatu novoosnovani poduzetnik (*joint venture*) obavlja sve funkcije društava majki, odnosno zajednički pothvat obavlja djelatnost i proizvodnje i distribucije. Međutim, u konkretnom slučaju, zajednički pothvat obavlja samo jednu funkciju društava majki, samo djelatnost distribucije, a ne i proizvodnje. Navedeno znači da zajednički pothvat isključivo izvršava djelatnost distribucije za društva majke, bez obzira na činjenicu što ima mogućnost kupovati proizvode i od tržišnih takmaca društava majki. Prema tome, koordinativni zajednički pothvat koordinira distribuciju i ostale bitne tržišne aktivnosti društava majki koji proizvode iste proizvode. Slijedom navedenoga, razmatrajući dostavljene i prikupljene podatke, te uzimajući u obzir relevantnu poredbenu europsku praksu, u postupku je Agencija nesporno utvrdila da je u konkretnom slučaju ipak riječ o

³⁷ «Narodne novine», broj 43/08.

³⁸ Članak 12. stavak 5. ZZTN «Agencija može rješenjem odrediti mjere i uvjete neophodne za izuzeće sporazuma, rokove za njihovo ispunjenje, te u tom slučaju i dan stupanja na snagu izuzeća.»

koordinativnom zajedničkom pothvatu koji se, u smislu članka 19. stavka 5. ZZTN, ocjenjuje kao sporazum.»

7. ZAKLJUČAK

Sa stajališta prava tržišnog natjecanja pri ocjeni učinaka zajedničkog pothvata na tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu bitno je utvrditi o kojem je obliku zajedničkog pothvata riječ odnosno je li riječ o koncentraciji, i time podložno ocjeni prema propisima o kontroli koncentracija ili o sporazumu, i time podložno ocijeni primjenom propisa o ocjeni sporazuma. Navedeno je posebno značajno s jedne strane zbog pravne sigurnosti poduzetnicima i poticanja osnivanja zajedničkog pothvata kao oblika udruživanja poduzetnika osobito za male i srednje poduzetnike koje ima pozitivne učinke na tržišno natjecanje. S druge strane, ovo razlikovanje bitno je zbog odgovarajuće ocjene mogućih pozitivnih ili negativnih učinaka na tržišno natjecanje. Prema tome, Europska komisija i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u svojoj praksi određuju koje će propise primjeniti. Ukoliko se primjene propisi o ocjeni koncentracija, u većini europskih zemalja ne postoji obveza prijave svake koncentracije već samo one koja prelazi prag određene ekonomske veličine. Ako je pak riječ o sporazumu kojim se osniva zajednički pothvat i koji pruža određenu koordinaciju između sudionika sporazuma-osnivača, potrebno je također uzeti u obzir osnivaju li zajednički pothvat tržišni takmaci jer u tom slučaju postoji opasnost od koluzije i ograničenja tržišnog natjecanja. Budući da nema obveze prijave sporazuma nadležnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja u EU i RH poduzetnici moraju posebnu pozornost obratiti na sadržaj sporazuma koje sklapaju pa je rizik na samim poduzetnicima. Pri utvrđivanju pravne prirode zajedničkog pothvata posebno je važno da se ocjenjivanje provodi na individualnoj osnovi svakog slučaja (*case by case basis*). Ovo osobito s obzirom da stvaranje zajedničkog pothvata među poduzetnicima često ima i pozitivne učinke na tržištu.

Upravo iz tog razloga, i u razvoju same prakse EK u postupanju sa zajedničkim pothvatom vidimo preciznije definiranje i manje rigidan pristup kako bi se potaknuo razvoj pozitivnih učinaka koje zajednički pothvati mogu imati na tržišno natjecanje. Postojeći propisi o zaštiti tržišnog natjecanja kao i njihovo daljnje usklađivanje sa pravnom stečevinom EU također ide u istom smjeru. Navedeno je osobito značajno u RH zbog potrebe poticanja inovacija, novih proizvoda nužnih za razvoj tržišnog gospodarstva, a zajednički pothvat predstavlja povoljan način poslovnog udruživanja

manjih i srednjih poduzetnika u RH. Pravilna ocjena ovakvog načina povezivanja poduzetnika vrlo je bitna jer je za očekivati još veća investiranja i poslovne aktivnosti sa poduzetnicima iz EU i zemalja regije ulaskom RH na unutarnje tržište EU. Prema tome, ovakva udruživanja poduzetnika u okolnostima razvoja tržišnog gospodarstva i ulaska na jedinstveno tržište EU svakako je potrebno poticati. Međutim, u isto vrijeme neophodno je osigurati učinkovito tržišno natjecanje odgovarajućom pravnom regulativom i praksom nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. U tome kriteriji koje definiraju relevantni propisi i praksa EK predstavljaju korisno vodstvo.