

Koncentracija poduzetnika: predmet Canon/Toshiba Medical Systems Corporations

Petrovčić, Zvonimir

Master's thesis / Diplomski rad

2023

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:199:502488>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-05-17**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)



Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Katedra za trgovačko pravo i pravo društava

Zvonimir Petrovčić
KONCENTRACIJE PODUZETNIKA:
PREDMET CANON/TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS CORPORATION
Diplomski rad

Mentor: prof. dr. sc. Siniša Petrović

U Zagrebu, siječanj 2023.

Izjava o izvornosti

Ja, Zvonimir Petrovčić pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću izjavljujem da sam isključivi autor diplomskog rada i da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade nisam koristio drugim izvorima osim navedenih u radu.

Sažetak

Pravo tržišnog natjecanja u stalnom je porastu. Nužni je instrument politike slobodnog tržišta i temeljni čimbenik ostvarenja blagostanja potrošača. Otvorenost i povezivanja različitih tržišta, inovacije i ekonomski rast stvaraju brojne izazove razvoju pravnog uređenja ove grane prava.

Koncentracije poduzetnika predstavljaju temeljno sredstvo poduzetnicima u nastojanju širenja tržišnih udjela, smanjenju konkurentskog pritiska i povećanja profita. Iako mogu rezultirati učinkovitostima i pozitivno se odraziti na krajnje potrošače, postoji bojazan suprotnog učinka, zbog čega zakonodavstva nastoje regulirati radnje koje bi dovodile do narušavanja tržišnog natjecanja te ujedno poticati pozitivno poduzetništvo.

SADRŽAJ

1. UVOD.....	3
2. POJAM, OBLICI i CILJ PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA.....	4
2.1. Pojam i oblici.....	4
2.2. Cilj prava tržišnog natjecanja.....	5
3. KONCENTRACIJE PODUZETNIKA	6
3.1. Općenito.....	6
3.2. Uredba 139/2004.....	9
3.2.1. Pojam koncentracije prema Uredbu.....	10
3.2.2. Samostalna kontrola.....	11
3.2.3. Zajednička kontrola.....	11
3.2.4. Iznimke.....	12
3.3. Koncentracije s dimenzijom Zajednice.....	13
3.3.1. One-stop shop i upućivanje.....	14
3.3.2. Upućivanje predmeta iz nadležnosti Komisije državama članicama prema čl. 4. st. 4.....	15
3.3.3. Upućivanje predmeta iz nadležnosti država članica Komisiji prema čl. 4. st. 5.....	15
3.3.4. Upućivanje predmeta iz nadležnosti Komisije državama članicama prema članku 9.....	16
3.3.5. Upućivanje od strane država članica prema Komisiji u skladu s člankom 22.....	16
3.3.6. Članak 21. stavak 4. Zaštita legitimnih interesa.....	17
3.4. Postupak pred Komisijom.....	17
3.5. Materijalna analiza.....	18
3.5.1. Mjerodavno tržište.....	19
3.5.2. Horizontalne koncentracije.....	19
3.5.3. Tržišni udjeli i stupnjevi koncentriranosti.....	20
3.5.4. Mogući protutržišni učinci horizontalnih koncentracija.....	20
3.5.5. Prevladavajuća snaga potrošača.....	22
3.5.6. Ulazak na tržište.....	22
3.5.7. Učinkovitosti.....	23
3.6. Propadajući poduzetnik.....	23
3.7. Mjere i uvjeti.....	24
4. PREDMET CANON/TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS CORPORATION.....	25
4.1. Općenito.....	25
4.2. Sudionici koncentracije i dimenzija Zajednice.....	26

4.3. Mjerodavno tržište u proizvodnom smislu.....	27
4.4. Tržišni udjeli.....	27
4.5. Odluka Komisije o izricanju novčane kazne.....	28
4.5.1. Općenito.....	28
4.5.2 Transakcijska struktura.....	29
4.5.3 Odluka Komisije.....	32
4.6. Odluka Općeg Suda.....	32
5. Zaključak.....	34
LITERATURA.....	36

UVOD

Ovaj diplomski rad podijeljen je na pet poglavlja. Prvim poglavljem daje se uvod u materiju prava tržišnog natjecanja.

Drugim poglavljem rada prolazi se kroz osnovne pojmove prava tržišnog natjecanja i pojavne oblike u kojima se ono javlja te glavne oblike kojima se tržišna utakmica može narušiti.

U Trećem poglavlju pobliže se analizira pojam koncentracije poduzetnika kao jednog od pojava oblika tržišnog natjecanja. Obrađuje se u cijelosti kroz europsko zakonodavstvo putem Uredbe o kontroli koncentracija i popratnih akata te se prikazuje njegov doseg u Zajednici.

Četvrto poglavlje obrađuje odluke Europske Komisije kao regulatornog tijela za područje Europske unije u predmetu koncentracije poduzetnika Canon i Toshiba. Predmetna koncentracija otvara pitanja u pogledu granice između dopuštenih pripremnih radnji i onih koje doprinose promjeni kontrole te potvrđuje stajalište Komisije da se transakcijske strukture u više koraka ne mogu koristiti za zaobilaženje odredaba Uredbe o kontroli koncentracija.

Peto poglavlje sadrži zaključak rada.

2. POJAM, OBLICI I CILJ PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA

2.1. Pojam i oblici

Pravo tržišnog natjecanja čine pravila cilj kojih je zaštita procesa poduzetničkog nadmetanja u svrhu maksimiziranja “blagostanja potrošača” (*consumer welfare*).¹ Natjecanje podrazumijeva borbu, rivalstvo za nadmoć. U kontekstu tržišta, natjecanje je opisano kao suparništvo između poduzetnika nastojeći ponuditi bolju ponudu i time pridobiti potrošače na svoju stranu.² Tržišno natjecanje okosnica je slobode tržišta kao instrumenta gospodarske politike. Pravo konkurencije daje učinak gospodarskoj politici temeljenoj na slobodi tržišta gdje se poduzetnici međusobno natječu za kupce s toga zabrinutost prava konkurencije jest mogućnost poduzetnika naštetiti konkurenciji, a time posljedično nanijeti štetu kupcima i konačno krajnjim potrošačima. Pravo konkurencije, s druge strane, daje mogućnost poduzetniku da naštetiti konkurenciji, a time posljedično može štetiti kupcima i konačno krajnjim potrošačima.³ Kako bi se izbjegli takvi postupci i posljedice na poduzetnika i potrošače, postoje niz pravnih pravila kojima se nastoji ograničiti ili pak zabraniti ponašanje poduzetnika koje ide na štetu konkurencije kroz razne mehanizme zaštite. Svaka suvremena država ima vlastita pravila tržišnog natjecanja koja se mogu uvelike razlikovati jedna od drugih, no određena harmonizacija postoji posebice na razini Europske Unije i država koje s EU-om imaju neki oblik institucionalne povezanosti. Jedan od najraširenijih mehanizama zaštite je uspostava samostalnih i neovisnih tijela s javnim ovlastima ovlaštenih za provedbu pravnih pravila. U Hrvatskoj je to Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja.⁴

Na razini Europske Unije nadzor provodi Europska komisija.

Sustavi prava tržišnog natjecanja bave se praksama koje su štetne za proces tržišnog natjecanja. Europsko pravo i prava proizašla iz njega bave se, posebice: zabranjenim sporazumima, zlouporabom vladajućeg položaja i koncentracijama poduzetnika.⁵

¹ Whish, R. Bailey, D., *Competition law* 7. izd., Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 1.

² *Ibidem*, str. 2.

³ *Ibidem*, str. 3.

⁴ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. Zagreb: Pravni fakultet, 2021. str. 7.

⁵ *Ibidem*, str. 7.

Zabranjenim sporazumima smatraju se oni koji imaju za cilj ili učinak ograničavanje tržišnog natjecanja. Najznačajniji su kartelni sporazumi kojima se, primjerice poduzetnici dogovaraju o cijenama proizvoda, podjeli tržišta ili ograničenju proizvodnje.

Zlouporaba vladajućeg položaja odnosi se na situacije u kojima poduzetnik, koji se nalazi u vladajućem položaju, jer ima značajnu tržišnu snagu koju mu omogućava da se ponaša neovisno na tržištu bez obzira na konkurente, kupce i krajnje potrošače, iskorištava to tako da svojim ponašanjem narušava tržišnu utakmicu.

Koncentracije poduzetnika odnose se na različite oblike povezivanja poduzetnika s ciljem stvaranjem ekonomskog i/ili pravnog jedinstva do tada međusobno pravno i ekonomski neovisnih poduzetnika. Dođe li do povezivanja dvaju glavnih konkurenata na tržištu postoji vjerojatnost da bi time tržište postalo u manjoj mjeri konkurentno čime bi potrošači bili lišeni izbora i zbog toga morali platiti višu cijenu. Pravom tržišnog natjecanja uvjetuje se da određene koncentracije ne mogu biti izvršene bez prethodnog odobrenja nadležnog tijela. Koncentracije poduzetnika nisu zabranjene same po sebi, već onda kada se njima znatno narušava tržišno natjecanje stvaranjem novog ili jačanjem postojećeg vladajućeg položaja na tržištu.⁶

2.2. Cilj prava tržišnog natjecanja

U fokusu tržišnog natjecanja uvijek su potrošači. Konačni cilj ili svrha pravila usmjerenih na sprječavanje narušavanja tržišne utakmice svodi se na standard blagostanja potrošača (*consumer welfare*) i njihova dobrobit. Blagostanje potrošača ekonomski je termin koji doduše nije jasno definiran od strane europskih sudova već se koriste pojedini elementi tog pojma, a to su cijena, mogućnost izbora, kvaliteta i inovacije kao referenca na skupni pojam.⁷ Polazeći od *Glossary of Statistical Terms* Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj blagostanje potrošača definirano je vlastitom procjenom zadovoljstva pojedinca s obzirom na cijene i prihode stoga točno mjerenje blagostanja potrošača zahtijeva informacije o individualnim preferencijama. Pojam blagostanja povezuje se s još jednim ekonomskim terminom, potrošačevim viškom. Rječnikom OECD-a potrošački višak je pak mjerilo blagostanja potrošača i definira se kao višak vrijednosti proizvoda ili

⁶ *Ibidem*, str. 7.

⁷ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. Zagreb. *Op. cit.* str. 21.

usluge za potrošača nad stvarno plaćenom cijenom.⁸ Problem je blagostanja njegova subjektivnost. Ono je povezano s dobrobiti pojedinca stoga se vrlo teško može precizirati općenito blagostanje i dobrobit koju proizvod ili usluga donosi određenom pojedincu. U praksi se te poteškoće prevladavaju razmatranjem koliko bi različiti pojedinci bili spremni platiti za određeno dobro ili uslugu.⁹

Provedbom pravila tržišnog natjecanja, a u svrhu ostvarenja blagostanja i dobrobiti potrošača, nastoji se osigurati pošteno natjecanje jer se time potiče poduzetništvo. Otvaraju se mogućnosti za veći izbor proizvoda i usluga zato što će poduzetnici biti primorani razlikovati svoj proizvod od ostalih, ponuditi nešto drugačije. Povećanjem ponude dolazi do smanjenja cijena, a time i povećane potrošnje. Povećana potrošnja pak poduzeticama pruža mogućnosti razvoja i inovativnosti u pogledu samog proizvoda. Inovacije će ponuditi i bolju kvalitetu proizvoda i usluga, a ispunjenjem prethodnih okolnosti dolazi i do bolje konkurentnosti poduzetnika ne samo na nacionalnom odnosno europskom nego i na globalnom tržištu.¹⁰

3. KONCENTRACIJE PODUZETNIKA

3.1. Općenito

Koncentracije poduzetnika u najširem smislu podrazumijevaju sve poslovne operacije povezivanja dvaju ili više do tada pravno i ekonomski neovisnih subjekata u jedan pravni ili ekonomski entitet.¹¹ Iz razloga velikog broja transakcija koje mogu rezultirati objedinjavanjem procesa odlučivanja prethodno neovisnih poduzetnika težište je stavljeno na učinak koji nastaje promjenom, a ne pojavnim oblicima u kojima se potencijalne koncentracije javljaju.¹² Zadatak je zakonodavstva

⁸ Daskalova, V., *Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?*, The Competition Law Review, vol. 11, br. 1. July 2015., str. 131-160.

⁹ *Ibidem.*, str. 131-160.

¹⁰ Zašto je politika tržišnog natjecanja važna za potrošače?, https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/why-competition-policy-important-consumers_hr (15.11.2022.)

¹¹ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.* str. 420.

¹² *Ibidem.*, str. 421.

definirati što predstavlja koncentraciju u smislu pravila o kontroli koncentracija. Na razini Europske unije takvu definiciju daje Uredba 139/2004.¹³

Za pretpostaviti je da poduzetnici koncentracijama teže učinkovitosti i ekonomskom jačanju kako bi poboljšali vlastiti tržišni položaj. Stvaranje ekonomskog jedinstva dotada samostalnih poduzetnika može omogućiti poduzetniku da poveća razinu proizvodnje, pokrene istraživanje i razvoja, podigne kvalitetu i poveća distribuciju brže i jeftinije nego što bi to mogao samostalnim rastom.¹⁴

Međutim u određenim slučajevima moguć je i suprotan učinak gdje koncentracije rezultiraju narušavanjem tržišnog natjecanja i slabljenjem konkurencije, a upravo takvim učincima bavi se pravo i praksa.¹⁵ No, pravo tržišnog natjecanja ne bavi se svim poslovnim aktivnostima koje dovode do promjena u kontroli poduzetnika, već samo onim koje izazivaju spomenuto trajno narušavanje slobodne konkurencije.

Kontrola koncentracija od strane nadležnog tijela ne provodi se naknadno, već *ex ante* time što se prethodno ocjenjuje hoće li i u kojoj mjeri promjena u strukturi tržišta kao neposredna posljedica koncentracije proizvesti nepovoljan učinak na samom tržištu u budućnosti čineći ga manje konkurentnim i time negativno utjecati na potrošače. Da bi *ex ante* ocjena bila moguća sudionici koncentracija obvezni su prije namjeravane transakcije prijaviti nadležnom tijelu svoju namjeru. Oni to nisu dužni ako njihovi prihodi ne dosežu unaprijed definirane pragove.¹⁶

Ocjenjujući koncentraciju nadležno tijelo brine hoće li ono proizvesti negativan horizontalni ili nehorizontalni učinak. Rijetko se dovode u pitanje vertikalni i konglomeratni učinci kao nehorizontalni, ali i oni su mogući. Kako je ta ocjena kompleksna uz Uredbu 139/2004 postoje i dva važna akta kojima se na detaljan način izlaže postupak ocjene, a to su Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija i Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija.¹⁷

¹³ Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (Uredba EZ o koncentracijama) (Tekst značajan za EGP)

¹⁴ Jones, A., Sufrin, B., Dunne, B., Jones and Sufrin's EU Competition Law: text, cases and materials, 7. izd., Oxford University Press, New York, 2019.

¹⁵ D. Akšamović, Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije., Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29, br. 2, 1033-1066 (2008)

¹⁶ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.*, str. 416.

¹⁷ Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2004) C 31/5. i Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2008) C 265/6.

Horizontalni učinak nastaje koncentracijom prethodnih izravnih ili pak potencijalnih konkurenata na tržištu istog proizvodnog ili distributivnog lanca stoga se takve koncentracije i smatraju najvećom prijetnjom i podrobnije se ispituju mogući koordinativni i nekoordinativni (jednostrani) nepovoljni učinci. Primjerice, u predmetu KKR/Pelican Rouge radilo se koncentraciji poduzetnika koji posluju u području samoposlužnih aparata. Poduzetnik Selecta AG kojim upravlja društvo KKR obavlja cjelokupne usluge u području samoposlužnih aparata što obuhvaća prodaju i najam, opskrbu sirovinama te čišćenje i održavanje samoposlužnih uređaja. Poduzetnik Pelican Rouge specijaliziran je za nabavku sirovina te distribuciju i ugradnju segmenta toplih napitaka u samoposlužnim uređajima. Ocjenjujući predmetnu koncentraciju Komisija je utvrdila mogućnost nastanka nekoordiniranih horizontalnih učinaka na cjelokupnom proizvodnom tržištu samoposlužnih aparata uključujući segment toplih napitaka.¹⁸ Komisija je predmetnu koncentraciju odobrila uz preuzimanje mjera i uvjeta koje su predložili sudionici koncentracije.

Vertikalni učinci mogući su koncentracijom poduzetnika koji djeluju na različitim proizvodnim ili distribucijskim lancima time što bi se onemogućilo trećima pristup tržištu ili mogućnosti koluzije novonastalog entiteta i trećih. U predmetu *TomTom/Tele Atlas* radilo se o koncentraciji poduzetnika vertikalne naravi. Poduzetnik TomTom je proizvođač prijenosnih navigacijskih uređaja i računalnog programa za rad navigacijskih uređaja dok je Tele Atlas jedan od glavnih opskrbljivača digitalnih karata koje koriste navigacijski uređaji. Predmetna koncentracija uključivale je poduzetnike koji djeluju na različitim razinama distribucijskog lanca. Riječ je o integraciji na uzlaznom tržištu budući da proizvođač finalnog proizvoda stječe svog glavnog dobavljača ulaznog proizvoda.¹⁹

Iako je stajalište Europske Komisije u Smjernicama za ocjenu nehorizontalnih koncentracija da konglomeratne koncentracije u pravilu nemaju sposobnost narušavanja tržišne utakmice mogu se pojaviti situacije u kojima bi koncentracija poduzetnika koji djeluju na potpuno različitim tržištima mogla imati za učinak iskorištavanje tržišne moći novonastalog entiteta i time onemogućiti drugima pristup tržištu.²⁰ Pripajanje društva McAfee društvu Intel predstavlja konglomeratnu koncentraciju.²¹ Iako ne postoji horizontalno preklapanje ili vertikalni odnos između društava Intel i

¹⁸ Case M.8454 *KKR/Pelican Rouge* 25/08/2017., para 65.

¹⁹ Case No COMP/M.4854 - *TomTom/Tele Atlas* 14/05/2008., para 14.

²⁰ Whish, R., Bailey, D., *Competition Law*, 9. izd., Oxford University Press, Oxford, 2018., str. 831.

²¹ Case No COMP/M.5984 - *Intel/McAfee* 26/01/2011.

McAfee ipak njihovi su proizvodi međusobno komplementarni. Intel je vodeće društvo u proizvodnji mikroprocesora za rad računala dok McAfee pruža sigurnosne usluge u radu računalnih programa od mogućih malicioznih napada. Obzirom na Intel-ov vladajući položaj Komisija je morala ocijeniti postoji li rizik da će nakon koncentracije Intel povezati svoje mikroprocesore s sigurnosnim rješenjima i time dovesti u nepovoljni položaj ili isključiti konkurente s tržišta što bi predstavljalo bitno ograničenje učinkovite tržišne utakmice.²²

3.2. Uredba 139/2004.

Prije 1989. i donošenja prve Uredbe, Komisija se morala osloniti na svoju ovlast primjene članaka 101. i 102. UFEU-a kako bi spriječila razne oblike udruženja poduzetnika s učinkom ograničenja tržišnog natjecanja ili okolnost da poduzetnici s vladajućim položajem na tržištu takav položaj zloupotrebljavaju. Godine 1989. Vijeće (EEZ) je usvojilo Europsku Uredbu o kontroli koncentracija među poduzetnicima br. 4064/89. koja nastoji regulirati promjene u strukturi tržišta u EU. Uredba je stupila na snagu 1990. i bila na snazi do izmjene i konsolidacije u novu Uredbu 2004. godine, Uredba 139/2004.²³

Uredba 139/2004 drži nespojivom sa zajedničkim tržištem koncentraciju s dimenzijom zajednice koja bi značajno ometala učinkovito tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom dijelu, posebno kao rezultat stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja.²⁴

Uredba 139/2004 se primjenjuje na radnje koje zadovoljavaju dva uvjeta. Prvi uvjet je postojanje dvaju ili više poduzetnika u smislu članka 3. Uredbe dok se drugim uvjetom zahtjeva da prihod poduzetnika, izračunat u skladu s člankom 5. Uredbe zadovolji pragove utvrđene člankom 1. Uredbe.²⁵

²² *Ibidem.*, para 122.

²³ Jones, A *et. al.*, Jones and Sufrin's EU Competition Law: text, cases and materials, *Op. cit.*, str. 854.

²⁴ *Ibidem.*, str. 855.

²⁵ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, recital 5.

Pojam *dimenzija Zajednice* ima za cilj osigurati da koncentracije poduzetnika koje dovode do strukturnih promjena na tržištu izvan granica država članica budu ocijenjene od strane Komisije u skladu s Uredbom. To je kvantitativni test koji se temelji na prometu zainteresiranih poduzetnika.²⁶

Općenito prema Uredbi 139/2004, uz postojanje određenih iznimki, koncentracije s dimenzijom zajednice ocjenjuje isključivo Komisija prema odredbama Uredbe, a koncentracije bez dimenzije zajednice ocjenjuju se od strane nacionalnih tijela.

3.2.1. Pojam koncentracije prema Uredbi 139/2004

Prema članku 3. stavak 1. Uredbe, koncentracija obuhvaća samo radnje u kojima dolazi do trajne promjene kontrole nad poduzetnikom sudionikom koncentracije, a posljedično i do promjene u strukturi tržišta što je naglašeno u recitalu 20. uvoda Uredbe.

Uredbe određuje dvije kategorije koncentracija: one koje nastaju spajanjem dvaju ili više poduzetnika ili dijelova poduzetnika koji su prije bili neovisni te koncentracije koje nastaju stjecanjem kontrole.²⁷

Pojam spajanje odnosi se na situacije kada se dva ili više neovisnih poduzetnika spoje u novo društvo i prestanu postojati kao zasebni pravni subjekt kao i na situacije kada jedno društvo pripoji drugo društvo pri čemu pripojeno društvo prestaje postojati kao zaseban pravni subjekt, a prvo zadržava svoj subjektivitet.²⁸

U praksi se većina slučajeva odnosi na stjecanje kontrole u smislu točke (b) članka 3. stavak 1. U pročišćenoj obavijesti o koncentracijama (*Jurisdictional Notice*) izlaganje počinje pojmom kontrole (*concept of control*), zatim se bavim pitanjem samostalne kontrole (*sole control*) i na kraju zajedničke kontrole (*joint control*).²⁹

Kontrola je definirana člankom 3. stavak 2. Uredbe kao mogućnost poduzetniku vršenja prevladavajućeg utjecaja prema drugom poduzetniku. Mogućnost vršenja prevladavajućeg utjecaja može postojati na temelju prava, ugovora ili bilo kojeg drugog pravnog sredstva, odvojeno ili u kombinaciji. Prevladavajući utjecaj može se očitovati u mogućnosti utjecaja na poduzetnika zbog

²⁶ Jones, A *et. al.*, Jones and Sufrin's EU Competition Law: text, cases and materials, *Op. cit.*, str. 854.

²⁷ Čl. 3. st. 2. Uredbe 139/2004.

²⁸ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, recital 9.

²⁹ Whish, R., Bailey, D., Competition Law, 9. izd., *Op. ct.*, str. 854.

stjecanja vlasništva ili prava na korištenje cijele ili dijela imovine te mogućnosti utjecaja na sastav, glasovanje ili odluke organa poduzetnika.³⁰ Kao načini stjecanja kontrole, u pročišćenoj obavijesti, navodi se stjecanje većine dionica ili udjela, stjecanje na temelju ugovora i stjecanje na drugi način. Koncentracija se može dogoditi na pravnoj ili *de facto* osnovi, može imati oblik samostalne ili zajedničke kontrole i proširiti se na cjelinu ili dijelove jednog ili više poduzetnika.³¹

3.2.2. Samostalna kontrola

Samostalna kontrola može nastati *de iure* ili *de facto*. Na pravnoj osnovi samostalnu kontrolu obično ima poduzetnik koji stekne većinu glasačkih prava prema drugom poduzetniku ili kada manjinski dioničar primjerice posjeduje dionice s povlaštenim pravom glasa.³² *De facto* kontrola može nastati u situaciji kada manjinski član ima mogućnost veta na strateške odluke poduzetnika. Iako nema ovlast donošenja odluka, činjenica da može zaustaviti donošenje odluka znači da ima mogućnost izvršavanja odlučujućeg utjecaja u smislu članka 3. stavka 2. Uredbe 139/2004.³³ Također, *de facto* kontrola postoji u situaciji kada je vjerojatno da manjinski član na glavnoj skupštini može osvojiti većinu. Takvu procjena temelji se na razini njegova udjela i dokaze koji proizlaze iz prisutnosti dioničara na skupštinama prethodnih godina, obrascima glasovanja, promjena prisutnosti dioničara koje bi mogle nastati u budućnosti, disperziranosti ostalih dionica, mogućim vezama s manjiskim dioničarom i slično.³⁴

3.2.3. Zajednička kontrola

Zajednička kontrola nastaje u situaciji kada dva ili više poduzetnika ili osoba imaju mogućnost ostvarivanja odlučujućeg utjecaja nad drugim poduzetnikom. Odlučujući utjecaj u ovom smislu znači mogućnost blokiranja radnji koje određuju strateško poslovanje poduzetnika. Zajednička kontrola obično proizlazi iz činjenice da predmetni poduzetnici uživaju tzv. "negativnu kontrolu", odnosno mogućnost odbijanja strateških odluka, što znači da moraju djelovati zajednički kako bi

³⁰ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.*, str. 428.

³¹ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, recital 16.

³² Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.*, str. 436.

³³ Whish, R., Bailey, D., Competition Law, 9. izd., *Op. cit.*, str. 856.

³⁴ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, recital 59.

odredili poslovnu politiku zajedničkog pothvata (*joint venture*).³⁵ Najjednostavniji primjer zajedničke kontrole jest situacija kada postoje dva društva majke s jednakim pravom glasa. U tom slučaju ne mora ni postojati formalni sporazum između poduzetnika, a ako postoji njime mora biti uređeno jednako postupanje dvaju društava u donošenju strateških odluka ili primjerice prava imenovanja članova organa društva.³⁶ Zajednička kontrola može postojati i kada ne postoji jednakost između dva društva majki u pogledu glasovanja ili zastupljenosti u organima društva, ali uživaju pravo veta na temelju statuta, društvenog ugovora ili zajedničkog sporazuma. Pravo veta mora biti povezano sa strateškim odlukama kao što je usvajanje proračuna, vođenje društva, izbor članova organa ili određene kapitalne investicije.³⁷ I bez posebnog prava veta, dva ili više poduzetnika koji stječu manjinske udjele u drugom poduzetniku mogu steći zajedničku kontrolu. To može biti slučaj kada manjinski udjeli zajedno osiguravaju sredstva za kontrolu predmetnog poduzetnika čime manjinski dioničari u suglasnom postupanju imaju većinu glasačkih prava.³⁸

3.2.4. Iznimke

Uredba člankom 3. stavak 5. predviđa tri situacije u kojima se radnje neće smatrati koncentracijom. Prva je stjecanje vrijednosnih papira od strane kreditne ili druge financijske institucije na osnovi ulaganja i njihove daljnje prodaje, ali bez ostvarivanja glasačkih prava. Drugo je stjecanje kontrole, u skladu s propisima pojedine države članice, koji reguliraju stečaj, likvidaciju, insolventnost i slične postupke. Treća situacija odnosi se na stjecanje od strane financijskih holding društava čiji je cilj steći udjele u drugim poduzećima bez neposrednog ili posrednog uključivanja u upravljanje tim poduzećima.

³⁵ Whish, R., Bailey, D., Competition Law, 9. izd., *Op. cit.*, str. 856.

³⁶ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, recital 64.

³⁷ *Ibidem*, recital 65.

³⁸ *Ibidem*, recital 74.

3.3. Koncentracije s dimenzijom Zajednice

Opće je pravilo da koncentracije s dimenzijom Zajednice istražuje isključivo Komisija kao jedino tijelo ovlašteno za provedbu Uredbe dok koncentracije bez dimenzije Zajednice podliježu pravilima država članica.³⁹

Ocjenjivanje određene radnje prema odredbama Uredbe podrazumijeva ispunjenje dviju okolnosti. Prva okolnost je da radnja mora biti koncentracija u smislu članka 3. Uredbe, a druga je doseg pragova prihoda sadržanih u članku 1. Uredbe kojima se identificiraju one transakcija koje imaju utjecaj na Zajednicu stoga se kaže da imaju dimenziju Zajednice (*Community dimension*).⁴⁰ Člankom 1. Uredbe utvrđene su dvije skupine pragova.

Prva skupina pragova sadržana u stavku 2. članka 1. određuje tri različita kriterija. Prvi je prag svjetskog prihoda namijenjen mjerenju ukupne dimenzije predmetnih poduzetnika. Drugi je prag prihoda Zajednice koji nastoji utvrditi uključuje li koncentracija minimalnu razinu aktivnosti u Zajednici odnosno Europskoj uniji. Treći kriterij je pravilo dvije trećine koji ima za cilj isključiti transakcije koje imaju isključivo unutarnji karakter.⁴¹

Druga skupina pragova sadržana u stavku 3. odnosi se na koncentracije koje ne postižu dimenziju Zajednice prema stavku 2. međutim imale bi značajan učinak u najmanje tri države članice što bi dovelo do višestrukih prijava prema nacionalnim pravilima tržišnog natjecanja tih država. Stoga stavak 3. predviđa niže pragove prihoda kako na svjetskoj tako i na razini Zajednice te minimalnu razinu aktivnosti predmetnih poduzetnika, zajedno i pojedinačno, u najmanje tri države članice. Također kao i u prethodnom stavku sadrži pravilo dvije trećine kojima se isključuju unutarnje koncentracije.⁴²

Pragovi kao takvi osmišljeni su radi određivanja nadležnosti, a ne radi procjene tržišne pozicije sudionika koncentracije. Njihov cilj je osigurati jednostavan i objektivan mehanizam kojim se lako mogu koristiti predmetni poduzetnici kako bi utvrdili ima li njihova transakcija dimenziju Zajednice

³⁹ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.*, str 442.

⁴⁰ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, recital 124.

⁴¹ *Ibidem*, recital 125.

⁴² *Ibidem*, recital 126.

pa je stoga podložna prijavi. Dok članak 1. sadrži kvantitativne pragove za uspostavljanje nadležnosti, članak 5. Uredbe objašnjava kako izračunati prihod poduzetnika.⁴³

3.3.1. *One-stop shop* i upućivanje

Glavno načelo Uredbe je ideja o “pružanju usluge na jednom mjestu” (*one-stop merger control*) što znači da koncentracije koje imaju dimenziju Zajednice unutar Europske Unije ocjenjuje isključivo Komisija. To je pravilo naglašeno u uvodu Uredbe, recital 17 te izraženo u članku 21. Uredbe. Članak 21. stavak 2. predviđa da, podložno preispitivanju Suda EU, samo Komisija može donositi odluke u pogledu koncentracija koje imaju dimenziju Zajednice. Stavak 3. članka 21. dodaje da nijedna država članica ne smije primjenjivati nacionalno zakonodavstvo o tržišnom natjecanju na takve koncentracije. Međutim, Uredbom su predviđene određene iznimke. U određenim slučajevima koncentraciju s dimenzijom Zajednice Komisija može uputiti državi članici prema odredbama članka 4. stavka 4. i članka 9. (tzv. njemačka klauzula), a koncentracija koja nema dimenziju Zajednice može se uputiti prema članku 4. stavku 5. i članku 22. Komisiji od strane države članice (tzv. nizozemska klauzula)

Druga okolnost odnosi se na stavak 4. članka 21. koji predviđa mogućnost država članica da u određenim okolnostima mogu poduzeti odgovarajuće mjere u vezi s koncentracijom kada je to potrebno za “zaštitu legitimnog interesa”. (tzv. britanska klauzula)⁴⁴

Upućivanje koncentracije s dimenzijom Zajednice može se izvršiti na prijedlog predmetnih poduzetnika prije podnošenja prijave koncentracije (*pre-notification referrals*) ili na prijedlog države članice nakon prijave koncentracije (*post-notification referrals*).

Obavijest komisije o upućivanju predmeta u odnosu na koncentracije ⁴⁵ pruža detaljne smjernice o upućivanju predmeta odnosno promjeni nadležnosti ocjenjivanja te glavnim načelima i pravilima provedbe.

Vodeća načela prema Uredbi su pružanje usluge na jednom mjestu (*one-stop shop*), prikladnije tijelo za ocjenu (*more appropriate authority*) i pravna sigurnost (*legal certainty*). Polazi se od pretpostavke da u slučaju upućivanja ocjenu treba vršiti tijelo koje je prikladnije za rješavanje

⁴³ *Ibidem*, recital 127.

⁴⁴ Whish, R., Bailey, D., Competition Law, 9. izd., *Op. cit.*, str. 866.

⁴⁵ Commission Notice on Case Referral in respect of concentrations (2005/C 56/02) (Text with EEA relevance)

koncentracije s obzirom na okolnosti konkretnost slučaja, dostupnih instrumenata i stručnosti tijela. U pogledu pravne sigurnosti do upućivanja treba doći kada postoje važni razlozi za odstupanje od izvorne nadležnosti te kada se relativno jednostavno može utvrditi opseg tržišta u geografskom smislu i postojanje mogućeg utjecaja na konkurenciju kako bih se moglo odmah odlučivati o takvim zahtjevima.⁴⁶

3.3.2. Upućivanje predmeta iz nadležnosti Komisije državama članicama prema čl. 4. st. 4

Kako bi Komisija uputila koncentraciju s dimenzijom Zajednice jednoj ili više država članica u skladu s člankom 4. stavak 4. moraju postojati naznake da predmetna koncentracije može značajno utjecati na tržišnu utakmicu na tržištu i da se radi o tržištu unutar države članice koje ima sva obilježja zasebnog tržišta. Teret dokaza tih okolnosti je na strankama koje podnose zahtjev. Komisija podnesak proslijeđuje državama članicama koje su dužne izjasniti se prihvaćaju li ili odbijaju zahtjev za upućivanje predmeta. U slučaju da se neka od članica ne izjasni u roku od 15 radnih dana smatra se da prihvaćaju zahtjev čime koncentracija pada u njezinu nadležnost.

3.3.3. Upućivanje predmeta iz nadležnosti država članica Komisiji prema čl. 4. st. 5

Članka 4. stavak 5. omogućuje predmetnim poduzetnicama da zatraže upućivanje prije prijave koncentracije koja nema dimenziju Zajednice i koja se može ocijeniti prema nacionalnim pravilima tržišnog natjecanja najmanje triju država članica. Komisija podnesak proslijeđuje državama članicama koje mogu u roku od 15 radnih dana izraziti protivljenje zahtjevu za upućivanje predmeta. Ako najmanje jedna izrazi protivljenje u navedenom roku, odnosni se predmet ne upućuje.

⁴⁶ *Ibidem*, recital 13-14.

3.3.4 Upućivanje predmeta iz nadležnosti Komisije državama članicama prema članku 9.

Prema članku 9. Uredbe postoje dvije mogućnosti za državu članicu koja želi zatražiti nakon prijave upućivanje koncentracije s dimenzijom Zajednice iz nadležnosti Komisije dotičnoj državi članici.

U skladu s člankom 9. stavak 2. točka (a) koncentracija mora prijetiti značajnim utjecajem na tržišno natjecanje na nekom od tržišta u toj državi članici, koje ima sve obilježja zasebnog tržišta. Država članica koja podnosi zahtjev mora dokazati da postoji stvarni rizik da transakcija može proizvesti značajan negativan učinak na tržišno natjecanje koje je nacionalno ili uže od nacionalnog stoga zaslužuju pomno ispitivanje.

U skladu s člankom 9. stavak 2. točka (b) koncentracija utječe na tržišno natjecanje u nekom od tržišta u toj državi članici, koje ima sva obilježja zasebnog tržišta, a ne predstavlja značajan dio zajedničkog tržišta. Uz dokaz o postojanju zasebnog tržišta unutar države članice u kojem predmeta koncentracija ima utjecaj mora postojati i dokaz da dotično tržište ne čini bitan dio zajedničkog tržišta. Primjerice u predmetu M. 2446 *Govia/Connex South Central*⁴⁷, Komisija je odobrila zahtjev za upućivanje gdje je predmetna koncentracija utjecala na tržišno natjecanje na određenim željezničkim rutama u području London/Gatwick-Brighton u Ujedinjenom Kraljevstvu.⁴⁸

3.3.5. Upućivanje od strane država članica prema Komisiji u skladu s člankom 22.

Države članice imaju mogućnost od Komisije zatražiti da ocjeni koncentraciju koja, iako nema dimenziju Zajednice, utječe na trgovinu između država članica i time prijeti znatnim utjecajem na tržišno natjecanje na području jedne ili više država članica koje podnose zahtjev. I obrnuto, prema stavku 5. Komisija može sama pozvati jednu ili više država članice da podnesu zahtjev ako smatra da određena koncentracija ispunjava mjerila predviđena za podnošenje zahtjeva.

⁴⁷ Case No COMP/M.2446 *Govia/Connex South Central* 20/07/2001., para 16.

⁴⁸ Commission Notice on Case Referral in respect of concentrations (2005/C 56/02) (Text with EEA relevance) recital 40

3.3.6. Zaštita legitimnih interesa

Članak 21. stavak 4. previđa da države članice mogu poduzeti odgovarajuće mjere za zaštitu legitimnih interesa, osim onih koje predviđa sama Uredba, a koje su u skladu s općim načelima i drugim odredbama prava EU. Javna sigurnost, pluralitet medija i bonitetni propisi kategorije su koje navodi sama Uredba i smatraju se u tu svrhu legitimnim interesima. Svaki drugi legitimni interes mora se priopćiti Komisiji koja je o pitanju dužna donijeti odluku u roku od 25 radnih dana od priopćenja. Temeljem legitimnih interesa država članica može zabraniti provedbu koncentracije koju je odobrila Komisija no ne može dopustiti provedbu koncentracija koju je Komisija prethodno zabranila.⁴⁹

3.4. Postupak pred Komisijom

Koncentracije s dimenzijom Zajednice moraju se prijaviti Komisiji sukladno članku 4. Uredbe. Prijavom koncentracije odgađa se njezin učinak prema članku 7. Uredbe do ocjene da se smatra sukladnom sa zajedničkim tržištem. Prijava se šalje putem obrazac CO koji je priložen Provedbenoj uredbi⁵⁰ u kojem su sudionici dužni iznijeti precizne podatke potrebne za ocjenu predmetne koncentracije. Postoji i skraćena verzija obrasca CO koja je predviđena samo za određene kategorije predmeta navedenih u Obavijesti Komisije.⁵¹

Postoje dvije faze postupka ocjene. U prvoj fazi Komisija ispituje koncentraciju na temelju podataka sadržanih u obrascu. Stranke imaju mogućnost predlagati mjere i uvjete, a države članice zahtijevati upućivanje predmeta u svoju nadležnost. Ocjenjujući koncentraciju Komisija može utvrditi da prijavljena koncentracija ne spada u njezinu nadležnost⁵² ili može ocijeniti koncentraciju sukladnom sa zajedničkim tržištem.⁵³ Utvrdi li Komisija da koncentracija potiče ozbiljne sumnje u vezi sa svojom sukladnosti sa zajedničkim tržištem donosi odluku kojom otvara drugu fazu postupka.⁵⁴

⁴⁹ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.*, str. 450.

⁵⁰ Uredba Komisije (EZ) br. 802/2004 od 7. travnja 2004. o provedbi Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 o kontroli koncentracija između poduzetnika (Tekst značajan za EGP)

⁵¹ Obavijest Komisija o pojednostavljenom postupku u pogledu određenih koncentracija prema Uredbi Vijeća (EZ) br. 139/2004, SL (2005) C 56/32.

⁵² Čl. 6. st. 1. t. (a). Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija

⁵³ *Ibidem*, Čl. 6. st. 1. t. (b).

⁵⁴ *Ibidem*, Čl. 6. st. 1. t. (c).

Komisija je odluku u prvoj fazi postupka dužna donijeti u roku 25 radnih dana.⁵⁵ Rok se može produžiti na 35 radnih dana ako su stranke predložile mjere i uvjete sukladno članku 6. stavku 2. Uredbe ili je koja od država članica zatražila upućivanje predmeta u svoju nadležnost prema članku 9. Uredbe. Odluka Komisije objavljuje se u *Službenom listu Europske unije*.⁵⁶

Druga faza postupka otvara se odlukom Komisije kada predmetna koncentracija izaziva ozbiljnu sumnju u pogledu svoje usklađenosti sa zajedničkim tržištem.⁵⁷ U drugoj fazi postupka provodi se detaljnija analiza koja obuhvaća niz aktivnosti u koje su uključeni i sami sudionici poput podnošenja prigovora, raspravljanja o mjerama i uvjetima, sastanaka s Komisijom i usmene rasprave. Po završetku druge faze postupka Komisija može donijeti odluku kojom predmetnu koncentraciju proglašava sukladnom sa zajedničkim tržištem⁵⁸ ili odluku kojom se proglašava sukladnom tek po izmjenama koje provedu predmetni poduzetnici⁵⁹ ili odluku kojom se koncentracija ocjenjuje nesukladnom i time zabranjuje njezina provedba.⁶⁰ U donošenju odluka u drugoj fazi Komisija ima rok od 90 radnih dana koji se može produžiti na 105 radnih dana ako sudionici ponude preuzimanje mjera i uvjeta. Naknadni rok se može dodatno produžiti na zahtjev stranaka, ali ne više od ukupno 20 radnih dana.⁶¹

3.5. Materijalna analiza

Nakon što se utvrdi nadležnost Komisije u vezi s koncentracijom, njezina zadaća je utvrditi je li ona kompatibilna s unutarnjim tržištem ili ne.

Članak 2. stavak 1. Uredbe utvrđuje određene kriterije koje Komisija mora uzeti u obzir prilikom ocjene predmetne koncentracije. Popis kriterija nije konačan i ne uspostavlja hijerarhiju primjene.

U stavku 3. navodi se da koncentracija koja bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom dijelu, posebno zbog stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, ocjenjuje se nesukladnom sa zajedničkim tržištem dok u stavku 2. u istim okolnostima

⁵⁵ *Ibidem*, Čl. 10. st. 1.

⁵⁶ *Ibidem*, Čl. 20. st. 1.

⁵⁷ *Ibidem*, Čl. 6. st. 1. t. (c).

⁵⁸ Čl. 8. st. 1. Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija

⁵⁹ *Ibidem*, Čl. 8. st. 2.

⁶⁰ *Ibidem*, Čl. 6. st. 3.

⁶¹ *Ibidem*, Čl. 10. st. 3

koncentracija koja ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje ocjenjuje se sukladnom sa zajedničkim tržištem.⁶²

Pojam “bitno ograničenje učinkovitog tržišnog natjecanja” (*significant impediment to effective competition, SIEC*) Uredba navodi kao glavni test prilikom ocjene neke koncentracije kompatibilnom sa zajedničkim tržištem. Time je proširen kriterij ocjene koncentracija u odnosu prema prijašnjoj Uredbi 4064/89 koja se koristila testom zlouporabe vladajućeg položaja. Novi kriterij i formulacija iz članka 2. Uredbe 139/2004 ne čini vladajući položaj jedinim testom već omogućuje Komisiji da zabrani ili zahtjeva izmjenu koncentracije koja ne bi stvorila ili ojačala postojeći vladajući položaj, ali bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje.⁶³

Za materijalnu analizu koncentracija posebno su važna tri teksta Komisije; Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice, Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija i Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija.

3.5.1. Mjerodavno tržište

Materijalna ocjena koncentracije prema Uredbi 139/2004 započinje utvrđivanjem mjerodavnog tržišta proizvoda i mjerodavnog geografskog tržišta. Utvrđivanje mjerodavnog tržišta služi prepoznavanju konkurenata sudionika koncentracije sposobnih ograničiti njihovo ponašanje i spriječiti ih da se ponašaju neovisno o stvarnom pritisku konkurencije.⁶⁴

3.5.2. Horizontalne koncentracije

Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija dane su upute o načinu na koji Komisija ocjenjuje koncentracije u situacijama kada su predmetni poduzetnici stvarni ili potencijalni konkurenti na istome mjerodavnom tržištu.⁶⁵

U točki 11. smjernica navode se elementi na kojima se temelji ocjena, a to su tržišni udjeli i stupnjevi koncentriranosti, mogući protutržišni učinci horizontalnih koncentracija, prevladavajuća snaga potrošača, ulazak na tržište, učinkovitosti i propadajući poduzetnik. Ovi čimbenici ne

⁶² *Ibidem*, Čl. 2.

⁶³ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.*, str 455.

⁶⁴ Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice 97/C 372/03

⁶⁵ Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2004) C 31/5, recital 5.

primjenjuju se beziznimno zato što nisu svi elementi mjerodavni u svakoj horizontalnoj koncentraciji i zato ih neće biti nužno razmatrati jednako detaljno u svakom predmetu.⁶⁶

3.5.3. Tržišni udjeli i stupnjevi koncentriranosti

U predmetu *Universal music group/EMI music*⁶⁷ Komisija je iznijela stav da su tržišni udjeli i stupnjevi koncentriranosti jednostavno sredstvo za prvotnu procjenu koncentracije, ali sami po sebi nisu odlučujući.

Komisija u ocjeni koristi trenutačne tržišne udjele. Tržišni udio od 50% ili više može predstavljati dokaz o postojanju vladajućeg položaja iako to ne mora biti tako. Komisija može ocijeniti postojanje vladajućeg položaja i u slučaju tržišnog udjela između 40 i 50%, a ponekad i manje od 40% ovisno o mogućim drugim čimbenicima relevantnim za slučaj. Smjernice u točki 18. koja se referira i na uvodnu odredbu 32. Uredbe navode da se može pretpostaviti sukladnom sa zajedničkim tržištem koncentracija u kojoj tržišni udio predmetnih poduzetnika ne premašuje 25%.⁶⁸

Ukupni stupanj koncentriranosti na tržištu može pružiti korisne informacije konkurentskoj situaciji te se u svrhu mjerenja stupnjeva može koristiti Herfindahl-Hirschmanov indeks (HHI).⁶⁹

3.5.4. Mogući protutržišni učinci horizontalnih koncentracija

O mogućim negativnim učincima horizontalnih koncentracija smjernice raspravljaju od točke 22. do 63. baveći se nekoordinativnim (jednostranim) i koordinativnim učincima.

Horizontalne koncentracije mogu ukloniti bitne tržišne pritiske za jednog ili više poduzetnika sudionika čime se povećava njihova tržišna snaga i dovodi do značajnih povećanja cijena.⁷⁰ To se općenito događa kao rezultat stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika čiji će tržišni udio nakon koncentracije, biti znatno veći od njegovog idućeg konkurenta.⁷¹ U točki

⁶⁶ *Ibidem*, recital 13.

⁶⁷ Case No COMP/M.6458 *Universal Music Group/EMI music*, 21/09/2012., para 300.

⁶⁸ Whish, R., Bailey, D., *Competition Law*, 9. izd., *Op. cit.*, str. 890.

⁶⁹ Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2004) C 31/5, recital 16.

⁷⁰ *Ibidem*, recital 24.

⁷¹ *Ibidem*, recital 25.

26. smjernica za ocjenu horizontalnih koncentracija navodi se da će niz čimbenika biti relevantan za određivanje mogu li se pojaviti nekoordinirani učinci, ali ne moraju svi biti prisutni u određenom slučaju što znači da navedeni u Smjernicama ne čine konačan popis. Kao čimbenici navedeni su sljedeći: Sudionici koncentracije imaju velike tržišne udjele, sudionici koncentracije su bliski konkurenti, kupci imaju ograničene mogućnosti promjene dobavljača, konkurenti vjerojatno neće povećati ponudu u slučaju povećanja cijena, poduzetnik nastao koncentracijom sposoban je spriječiti porast konkurenata, koncentracija uklanja značajnu snagu tržišnog natjecanja.

U pogledu koordiniranih učinaka točka 39. objašnjava da na nekim tržištima struktura može biti takva da će poduzetnici smatrati mogućim, ekonomski opravdanim, a time i poželjnim prihvatiti smjer poslovanja usmjeren na prodaju po povećanim cijenama na održivoj osnovi. Neke koncentracije mogu dovesti do bitnog ograničenja učinkovitog tržišnog natjecanja povećanjem vjerojatnosti da će se poduzetnici moći ponašati na koordinirani način bez sklapanja sporazuma ili usklađenog djelovanja protivno članku 101. UFEU. Takva koordinacija može se odnositi na održavanje cijena iznad razine konkurentnosti, ograničenjem proizvodnje, podjelom tržišta i drugim usporednim oblicima.⁷²

Smjernice također navode da je veća vjerojatnost da će se koordinacija dogoditi tamo gdje je prilično jednostavno postići zajednički dogovor o uvjetima koordinacije dodajući tri uvjeta potrebna kako bi koordinacija bila održiva. Oni su preuzeti iz paragrafa 62. presude Općeg Suda u predmetu *Airtours*.⁷³ Prvi se odnosi na mogućnost praćenja poštuju li se uvjeti koordinacije. Drugi uvjet je postojanje valjanog mehanizma za održavanje discipline i stabilnosti koordinirajućih poduzetnika. Treći uvjet je nepostojanje vanjskih utjecaja koji bi mogli ugroziti rezultate koji se očekuju od koordinacije i učiniti je nestabilnom. Pri ocjenjivanju hoće li koordinacija proizaći iz koncentracije⁷⁴, Komisija će uzeti u obzir i podatke o prijašnjem koordiniranom djelovanju poduzetnika ili koordinaciju na sličnim tržištima. U daljnjim paragrafima smjernice se bave sljedećim čimbenicima: postizanje dogovora o uvjetima koordiniranog djelovanja, praćenje odstupanja, preventivni mehanizmi, reakcija strana koje ne sudjeluju u koordiniranom djelovanju.

⁷² Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2004) C 31/5., recital 39-40.

⁷³ Predmet T-342/99 *Airtours protiv Komisije*, presuda od 6. 6. 2002., EU:T:2002:146

⁷⁴ Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2004) C 31/5., recital 43.

3.5.5. Prevladavajuća snaga potrošača

Konkurentski pritisak može doći ne samo od konkurenata, već i od kupaca poduzetnika ako ima prevladavajuću snagu potrošača to jest pregovaračku snagu u odnosu na prodavatelja zbog svoje veličine, poslovnog značenja za prodavatelja i mogućnosti prelaska na alternativne dobavljače. Komisija u tom slučaju razmatra u kojoj mjeri je kupac sposoban prijeći na alternativne dobavljače, zaprijetiti vertikalnom integracijom ili poduprijeti uzlazno širenje ili ulazak na tržište. Vjerojatnije je da će veliki i sofisticirani kupci poduzetnici imati prevladavajuću snagu za razliku poduzetnika u nekoj od djelatnosti u kojoj su svi poduzetnici slični ili podjednaki.⁷⁵

3.5.6. Ulazak na tržište

Točka 68. smjernica navodi da ukoliko je ulazak na tržište dovoljno jednostavan, utoliko nije vjerojatno da će koncentracija izazvati bitno ograničenje učinkovitog tržišnog natjecanja. Da bi se ulazak smatrao dostatnim konkurentskim pritiskom na sudionike koncentracije, mora se dokazati da je vjerojatan, pravodoban i dostatan za sprječavanje svih mogućih protutržišnih učinaka koncentracije.⁷⁶ Vjerojatnost se odnosi na činjenicu da ulazak mora biti u dovoljnoj mjeri profitabilan uzimajući u obzir cjenovne učinke uvođenja dodatne proizvodnje na tržište i reakcije poduzetnika koji već djeluju na njemu.⁷⁷ Pravodoban je ako bi bio dovoljno brz i održiv da odvrati ili spriječi djelovanje tržišne snage. Što se smatra primjerenim vremenskim razdobljem ovisi o karakteristikama tržišta, ali se normalnim smatra rok od dvije godine.⁷⁸ Obujam i razmjor ulaska moraju biti dostatni da prevladaju protutržišne učinke koncentracije.⁷⁹

⁷⁵ Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2004) C 31/5, recital 63-65.

⁷⁶ *Ibidem*, recital 68.

⁷⁷ *Ibidem*, recital 69.

⁷⁸ *Ibidem*, recital 74.

⁷⁹ *Ibidem*, recital 75.

3.5.7. Učinkovitosti

Uz postojanje negativnih učinaka koncentracija moguće se i učinkovitosti. Eventualne učinkovitosti koje donose koncentracije mogu neutralizirati učinke na tržišno natjecanje i potencijalnu štetu za potrošače do koje bi inače došlo. Da bi učinkovitosti bile uzete u obzir one moraju, kumulativno, biti u korist potrošača, specifične za tu koncentraciju i dokazive.

Učinkovitosti bi trebale biti značajne i pravovremene te bi trebale koristiti potrošačima na relevantnim tržištima gdje postoji zabrinutost za tržišno natjecanje. Isto tako mora postojati poticaj odnosno nastojanje da se dobici učinkovitosti prenesu na potrošače. Nadalje, učinkovitosti moraju biti izravna posljedica prijavljene koncentracije i ne smije se poduzimati tako da se isti cilj može postići manje ograničavajućim sredstvima. Na kraju, traži se da su učinkovitosti dokazive u mjeri u kojoj Komisija može biti sigurna da je njihovo ostvarenje vjerojatno.⁸⁰

3.6. Propadajući poduzetnik

U stadiju ocjene Komisija može inače problematičnu koncentraciju smatrati sukladnom sa zajedničkim tržištem ako je jedan od sudionika koncentracije propadajući poduzetnik.⁸¹ U praksi je to poznato pod nazivom obrana po kriteriju opadajućeg poslovanja (*failing firm defence*).

Relevantna su tri uvjeta koja moraju biti ispunjena kumulativno. Prvi uvjet je da će navodni propadajući poduzetnik zbog financijskih poteškoća u skoroj budućnosti biti prisiljen izaći s tržišta ne preuzme li ga drugi poduzetnik. Drugi uvjet je da ne postoje manje protutržišne alternativne koncentracije onoj prijavljenoj. Zadnji uvjet je da bi i bez koncentracija sredstva propadajućeg poduzetnika ionako bi izašla iz tržišta.⁸²

⁸⁰ Whish, R., Bailey, D., Competition Law, 9. izd., *Op. cit.*, str. 898.

⁸¹ Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2004) C 31/5, recital 89.

⁸² Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.*, str. 481.

3.7. Mjere i uvjeti

Jedan on najvažnijih segmenata kontrole koncentracija čini upravo mjere i uvjeti koje sudionici predlažu s ciljem usklađivanja koncentracije sa zajedničkim tržištem. Takve mjere i uvjeti moraju biti razmjerni potencijalnim problemima vezanim za tržišno natjecanje i u potpunosti ih ukloniti. Predlaganje mjera i uvjeta kao i njihova sposobnost uklanjanja protutržišnog učinka odgovornost je sudionika koncentracije stoga Komisija nije u poziciji jednostrano nametati takve mjere i uvjete.⁸³ Članak 6. stavak 2. i članak 8. stavak 2. Uredbe 139/2004 previđa da Komisija može proglasiti koncentraciju sukladnom sa zajedničkim tržištem nakon izmjena koje su predložile stranke kako prije tako i nakon pokretanja postupka. U slučaju nepoštivanja predloženih mjera Komisija može ukinuti svoju odluku u dopuštenosti provedbe koncentracije⁸⁴, a može izreći i novčanu kaznu u iznosu u visini od najviše 10% ukupnog prihoda predmetnog poduzetnika.⁸⁵

Komisija je objavila dva teksta relevantna za razmatranje mjera i uvjeta. Prvi je Obavijest o mjerama i uvjetima⁸⁶, a drugi je *Best practice Guidelines: the Commission's model text for divestiture commitments and the trustee mandate*.⁸⁷

Obavijest u svom drugom poglavlju sadrži opća načela primjenjiva na mjere i uvjete koja naglašavaju važnost takvih obveza i potrebu njihove učinkovite provedbe i praćenja. Primjerice, u predmetu *Volvo/Scania*⁸⁸ Komisija je ocijenila da su predložene mjere suviše opsežne i kompleksne za učinkovitu provedbu stoga nisu prihvaćene.

U trećem dijelu raspravlja se o različitim oblicima mjera i uvjeta pa se tako govori o mjerama restrukturiranja predmetnih poduzetnika, uklanjanju poveznica s konkurentima i drugim mjerama. Restrukturiranje poduzetnika najčešće obuhvaća prodaju djelatnosti ili imovine (*divestiture*) gdje se zahtjeva da se djelatnost mora sastojati od održivog poslovanja koje se, ako ga vodi odgovarajući kupac, može učinkovito natjecati na trajnoj osnovi s koncentriranim poduzetnikom.⁸⁹ Navode se

⁸³ Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. *Op. cit.*, str. 485.

⁸⁴ Čl. 6. st. 3. t. (b) Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija

⁸⁵ *Ibidem*, čl. 14. st. 2 t. (d)

⁸⁶ Obavijest Komisije o dopuštenim mjerama na temelju Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 i Uredbe Komisije (EZ) br. 802/2004 (tekst značajan za EGP), SL [2008] C 267/1

⁸⁷ https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practice_commitments_trustee_en.pdf

⁸⁸ Case No COMP/m.1672 *Volvo/Scania* 15/3/2000., SL (2001) L 143/74

⁸⁹ Whish, R., Bailey, D., Competition Law, 9. izd., *Op. cit.*, str. 910.

razni primjeri poput situacije u kojima je potrebno odvojiti (*carve-out*) jedan segment djelatnosti od ostalog poslovanja koncentriranog poduzetnika odnosno spojiti imovinu koja se može prodati, a koja prethodno nije postojala kao zaseban subjekt.⁹⁰ Isto tako spominje se (*crown jewels*) prodaju koja podrazumijeva ponudu za prodaju obično najvrjednijih ili najunosnijih djelatnosti za poduzetnika ako prvotno predložena ne zadovoljava potrebe. Tako je primjerice u predmetu *Johnson&Johnson/Guidant*⁹¹ Komisija odobrila predmetnu koncentraciju prihvativši drugi, zamjenski uvjet sudionika koncentracija smatrajući da prvotno predloženi uvjet nije dostatan za uklanjanje negativnih učinaka za tržišno natjecanje. Drugi predloženi uvjet odnosio se na prodaju najvrjednijeg segmenta poslovanja društva Guidant, a odnosi se na kiruršku opremu i pomagala u području kardiokirurgije.

Pod druge mjere može se smatrati primjerice davanje pristupa infrastrukturi, mrežama i tehnologiji kao što su patenti. Mjere ove vrste prihvaćene su u mnogo slučajeva, a naglasak je stavljen na potrebu učinkovitog praćenja takvih mjera.

4. PREDMET CANON/TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS CORPORATION

4.1. Općenito

U predmetu *T-609/19 Canon v Commission* Opći Sud odbio je zahtjev poduzetnika Canon Inc. za poništenjem odluke Komisije⁹² iz lipnja 2019. godine kojom je društvo kažnjeno novčanom kaznom od 28 milijuna eura zbog kršenja obveze prijave koncentracije prema članku 4. stavku 1. i provedbe koncentracije suprotno odredbi članka 7. stavka 1. Uredbe 139/2004. Odluka Komisije o izricanju novčane kazne uslijedila je tri godine nakon prvotne odluke⁹³ između istih stranaka kojom je predmetna koncentracija bila odobrena.

U daljnjem tekstu analizira se redom odluka Komisije iz 2016. godine kojom je predmetna koncentracija odobrena i proglašena u skladu sa zajedničkim tržištem. Zatim se prelazi na odluku iz 2019. kojom je Komisija novčano kaznila poduzetnika zbog nepoštivanja odredaba Uredbe i na

⁹⁰ Whish, R., Bailey, D., *Competition Law*, 9. izd., *Op. cit.*, str. 910.

⁹¹ Case No COMP/M.3687 - *Johnson&Johnson/Guidant* 25/08/2005., para. 360

⁹² Case M.8179 *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* 27/06/2019.

⁹³ Case M.8006 *Canon/Toshiba Medical System Corporation* 19/09/2016.

kraju osvrst na presudu Općeg Suda kojom je odbijen zahtjev za poništenjem odluke Komisije o izricanju novčane kazne.

4.2. Sudionici koncentracije i dimenzija Zajednice

12. kolovoza 2016. Europska Komisija zaprimila je prijavu namjeravane koncentracije prema kojoj poduzetnik Canon Inc. stječe u smislu čl. 3. st. 1. t (b) Uredbe 139/2004 samostalnu kontrolu nad Toshiba Medical Systems Corporation “TMSC” od Toshiba-e preuzimanjem 100% dionica.⁹⁴

Canon Inc. je društvo sa sjedištem u Japanu specijalizirano za proizvodnju optičkih uređaja uključujući fotoaparate, objektivne, fotokopirne uređaje, računalne pisane i medicinsku opremu. Prema informacija samog društva iz financijskog izvješća za 2018. godinu, medicinska oprema čini 11% ukupne prodaje.⁹⁵

Toshiba Medical Systems Corporation bilo je društvo kćer Toshiba-e čija djelatnost se odnosila na razvoj, proizvodnju, prodaju i pružanje tehničke podrške za medicinsku opremu, uključujući dijagnostičke rendgenske sustave, sustave magnetske rezonance, ultrazvučne sustave i slično.

Obje stranke aktivne su u proizvodnji i prodaji medicinske opreme. Konkretno, aktivnosti poduzetnika preklapaju se u rendgenskim i dijagnostičkim sustavima, sustavu detektora s ravnim zaslonom (FPD) i magnetskoj rezonanci.

Prema podacima koji su dostupni iz financijskih izvješća oba poduzetnika utvrđeno je da imaju ukupni prihod na svjetskoj razini iznad 5000 milijuna eura te da svaki od njih ima prihod na razini Zajednice veći od 250 milijuna eura, ali ne ostvaruje više od dvije trećine svog ukupnog prometa na razini Zajednice unutar iste države članice čime su zadovoljeni kriteriji iz čl. 1 st. 2 Uredbe 139/2004.

⁹⁴ *Ibidem*, para 1.

⁹⁵ Case M.8179 *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* 27/06/2019. para 3.

4.3. Mjerodavno tržište u proizvodnom smislu

Polazna točka u materijalnoj analizi kako tržišnog natjecanja pa tako i koncentracije poduzetnika obuhvaća određivanje mjerodavnog tržišta. Obje stranke aktivne su u proizvodnji i prodaji medicinske opreme. Konkretno, aktivnosti poduzetnika preklapaju se u rendgenskim i dijagnostičkim sustavima, sustavu detektora s ravnim zaslonom (*flat panel detectors*) i magnetskoj rezonanci.⁹⁶

Prema analizi Komisije kao mjerodavno tržište u proizvodnom smislu određeno je tržište detektora s ravnim zaslonom (FPD) koji su važan dio rendgenskog dijagnostičkog sustav koji snima digitalne slike.⁹⁷ Preciznije, FPD-ovi čine zračenje vidljivim na način da pretvaraju X-zrake koje padaju na njihovu površinu u svjetlost, a zatim svjetlost pretvaraju u elektroničke podatke koje računalo može prikazati kao digitalnu sliku.⁹⁸

Određivanje tržišta u geografskom smislu ostalo je otvorenim. Rezultat procjene Komisije utvrdio je da se prema mišljenju sudionika koncentracije tržište FPD-a smatra globalnim, a u najmanju ruku da pokriva cijeli Europski gospodarski prostor (EGP) posebice zbog prisutnosti istih dobavljača diljem EGP-a te uzimajući u obzir da proizvođači rendgenskih sustava općenito kupuju FPD-ove na razini EGP-a ili globalno.⁹⁹

4.4. Tržišni udjeli

Prema podacima koje su podnijeli sudionici koncentracije, a koji se odnose na tržišni udio FPD-a za područje EGP-a za razdoblje od 2013. do 2015. godine procijenjeno je da je zajednički tržišni udio sudionika bio u vrijednosti između 10 i 15% i malo ispod 20% za 2015. godinu.¹⁰⁰ Jedino u Mađarskoj udio prelazi preko 20%. Međutim u ocjeni Komisije utvrđeno je da oba poduzetnika imaju ograničen tržišni udio te da postoje snažni konkurenti koji su prisutni na tržištu poput Trixell,

⁹⁶ *Ibidem*, para 12.

⁹⁷ *Ibidem*, para 14.

⁹⁸ *Ibidem*, para 15.

⁹⁹ *Ibidem*, para 24.

¹⁰⁰ *Ibidem*, para 26.

Carestream i GE stoga nema opasnosti za ozbiljnije narušavanje tržišne utakmice kako u Mađarskoj tako i na EGP-u.¹⁰¹

Slijedom navedenog Komisija je 19. rujna 2016. zaključila da je predmetna koncentracija u skladu sa zajedničkim tržištem i odobrila njezinu provedbu bez potrebe preuzimanja mjera i uvjeta vezanih za provedbu.¹⁰²

4.5. Odluka Komisije o izricanju novčane kazne

4.5.1. Općenito

U tijeku postupka ocjene koncentracije Komisija je zaprimila anonimnu pritužbu o mogućim kršenjima odredaba Uredbe 139/2004. Komisija je zatražila dodatne informacije od sudionika koncentracije i obavijestila sudionike da je otvorila istragu o mogućim kršenjima obveze prijave prije namjeravane provedbe te obveze privremene odgode provedbe koncentracije.¹⁰³ Tri godine nakon inicijalne prijave koncentracije i odluke kojom se ona odobrava Komisija je izrekla novčanu kaznu poduzetniku Canon u visini od 28 milijuna eura obrazlažući da je poduzetnik nastojao izbjeći odredbe Uredbe o kontroli koncentracija i provesti koncentraciju u cijelosti prije nego je za to dobio potrebno odobrenje.

Komisija je zaključila kako se u predmetnoj koncentraciji radilo o transakcijskoj strukturi u dva koraka na način da prvi i drugi korak čine jedinstvo u pogledu koncentracije što znači da je već prvim korakom stečena samostalna kontrola nad poduzetnikom TMSC, a takva nije bila prijavljena i odobrena od strane Komisije. Kao rezultat toga Canon je prekršio obvezu prijave namjeravane koncentracije i obvezu ne provođenja prije odobrenja.¹⁰⁴ Potonje je, u praksi tržišnog natjecanja poznato je pod nazivom *gun-jumping*.

Izricanjem novčane kazne predmetna koncentracija nije zabranjena ili ukinuta.

¹⁰¹ *Ibidem*, para 30.

¹⁰² *Ibidem*, para 30.

¹⁰³ *Ibidem*, para 45.

¹⁰⁴ Mergers: Commission fines Canon €28 million for partially implementing its acquisition of Toshiba Medical Systems Corporation before notification and merger control approval
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_3429 (15.12.2022)

4.5.2 Transakcijska struktura

Pripajanje TMSC-a od strane Canon-a javno je objavljeno u ožujku 2016. priopćenjem o sklapanju sporazuma kojim se poduzetniku Canon pripaja društvo TMSC čime ono prestaje biti dijelom Toshiba grupe.

S obzirom na financijske poteškoće društvo majka Toshiba pokrenula je plan prodaje društva kćeri TMSC. Predložen je plan prodaje kojim bi potencijalni kupac odjednom stekao 20% minus jednu dionicu TMSC-a i pritom unaprijed platio iznos za preostalih 80% plus jednu dionicu. Toshiba bi nastavila posjedovati preostalih 80% plus jednu dionicu sve dok nadležna tijela za tržišno natjecanje ne odobre prijenos ostalih dionica. Ako se ne dobiju potrebna odobrenja kupac bi zadržao 20% plus jednu dionicu i dobio povrat prethodno uplaćenog iznosa za preostalih 80% plus jednu dionicu umanjen za naknadu razvrgnuća.¹⁰⁵ Svrha te strukture bila je da se prodaja TMSC-a prizna kao kapitalno ulaganje, a da pritom preuzimatelj službeno ne stekne kontrolu nad tim društvom prije nego što od tijela nadležnih za tržišno natjecanje dobije potrebno odobrenje.¹⁰⁶

Kao ponuditelj javio se poduzetnik Canon iznijevši vlastiti plan transakcijske strukture koji je na kraju Toshiba prihvatila smatrajući da ponuda predstavlja najbrži način priljeva sredstava nužnih za financiranje vlastitih potreba.¹⁰⁷ Također, ponuditeljeva financijska struktura jedina je u kojoj prijenos kupoprodajne cijene ne podliježe odobrenjima u okviru kontrole koncentracija.¹⁰⁸

Transakcijski proces započeo je osnivanjem subjekta posebne namjene (*special purpose vehicle*) odnosno osnivanjem novog društva koje je imalo tri člana pod nazivom “MS Holding”. Po jednog člana biralo je društvo Canon, društvo Toshiba i odvjetničko društvo koje je zastupalo novoosnovano društvo. Svaki član imao je 33.3% udjela u društvu.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Case M.8179 *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* 27/06/2019., para 11.

¹⁰⁶ Case T-609/19 *Canon Inc. v Commission* 18/05/2022., para 6.

¹⁰⁷ *Ibidem*, para 7.

¹⁰⁸ *Ibidem*, para 14.

¹⁰⁹ *Ibidem*, para 17.

Istodobno s osnivanjem MS Holding-a izmijenjene su odredbe statuta društva TMSC na način koji je izmijenio razrede dionica društva. Novim izmjenama uvedena su tri razreda dionica i to dionice s pravom glasa, dionice bez prava glasa i opcijske dionice.¹¹⁰ Nakon toga sve dionice društva konvertirane su i stvoreno je dvadeset dionica s pravom glasa, jedna dionica bez prava glasa i sto dioničkih opcija povezanih s dionicama s pravom glasa uz koje je određeno da glasačka prava miruju sve dok se dioničke opcije ne iskoriste, ali i da se opcije ne mogu iskoristiti prije nego nadležna tijela odobre koncentraciju.¹¹¹

Slijedom navedenog 17. ožujka 2016. sklopljena su dva ugovora. Prvim ugovorom Canon je stekao 5% odnosno jednu dionicu bez prava glasa i svih sto dioničkih opcija povezanih s pravom glasa društva TMSC međutim, ta se glasačka prava nisu mogla izvršavati sve dok se te dioničke opcije nisu izvršile.¹¹² Plativši okvirno 5,28 milijuna eura iznos je odgovarao ukupnoj kupoprodajnoj cijeni za stjecanje društva TMSC od društva Toshiba. Drugim ugovorom MS Holding preuzeo je od Toshiba-e preostalih dvadeset dionica s pravom glasom odnosno 95% plativši okvirno 800 eura.¹¹³ Ove dvije operacije zajedno se smatraju prijelaznom transakcijom tzv. "Interim Transaction".

U drugoj fazi, dana 19. prosinca 2016. nakon odobravanja predmetne koncentracije od strane nadležnog tijela društvo Canon iskoristilo je sto dioničkih opcija za stjecanje temeljnih dionica i time steklo glasačka prava u društvu TMSC dok je društvo TMSC od Canon-a steklo dionicu bez prava glasa, a od subjekta posebne namjene MS Holding preostalih dvadeset dionica s pravom glasa. Time je Canon postao jedini vlasnik TMSC-ovih dionica s pravom glasa. Ova operacija smatra se krajnjom transakcijom tzv. "Ultimate Transaction".¹¹⁴

Opisana transakcijska struktura iako je izvršena kroz dva pravno odvojena koraka u biti čini jedan ekonomski projekt kroz koji je Canon stekao samostalnu kontrolu nad TMSC od Toshiba-e. Komisije je naglasila da su takve uzastopne transakcije sklopljene između Toshiba, MS Holdinga i Canon-a bliske onima opisanima u paragrafu 35 Pročišćene obavijesti o nadležnosti.¹¹⁵ Pročišćena

¹¹⁰ *Ibidem*, para 21.

¹¹¹ *Ibidem*, para 30.

¹¹² *Ibidem*, para 31.

¹¹³ *Ibidem*, para 32.

¹¹⁴ *Ibidem*, para 36.

¹¹⁵ *Ibidem*, para 101.

obavijest spominje situaciju stjecanja kontrole na trajnoj osnovi. Također se govori o dvije transakcije i rabe se pojmovi prijelazni i krajnji kupac. Nakon prve transakcije ciljano poduzeće nad kojim se namjerava steći kontrola nalazi se kod prijelaznog kupca koji je u sporazumu s krajnjim kupcem i na kojeg se konačno želi prenijeti poduzeće. Prva transakcija provodi se samo kako bi se olakšala druga, a prijelazni kupac izravno je povezan s krajnjim stoga se za potrebe ocjene koncentracije takva transakcija smatra kao prvim korakom jedinstvene koncentracije.¹¹⁶

Komisije je u potporu tvrdnje o jedinstvenoj koncentraciji iznijela i obrazloženje da je jedina svrha osnivanje društva MS Holding od samog početka bilo olakšati stjecanje kontrole Canon-a nad TMSC. Prilikom inicijalne ponude Toshiba-e za preuzimanje TMSC, MS Holding nije ni postojao te je on zapravo i osnovan na prijedlog Canon-a kako bi se olakšala struktura transakcije. Dogovorena transakcijska struktura uspostavljena je s jedne strane kako bi Canon mogao u prvom koraku isplatiti cjelokupnu kupoprodajnu cijenu koja je društvu Toshiba bila prijeko potrebna zbog financijskih poteškoća, a s druge strane da društvo TMSC prestane biti ovisno o društvu Toshiba.¹¹⁷ Pokazalo se isto tako da niti u jednom trenutku nije bio uključen niti jedan drugi krajnji stjecatelj osim Canon-a. Od samog početka struktura transakcije odredila je Canon-a kao krajnjeg kupca TMSC-a, a jedini uvjet bila su odobrenja nadležnih tijela o provedbi koncentracije.¹¹⁸ Nadalje, Komisije je iznijela argumentaciju da MS Holding nije imao nikakav ekonomski interes u društvu TMSC osim svoje uloge privremenog kupca. Dioničari MS Holding-a prethodno su se dogovorili da će prodati svoje dionice s pravom glasa nakon što Canon iskoristi dioničke opcije stoga je interes dioničara bio ograničen na unaprijed dogovorenu dobit od prodaje tih dionica. Dogovorena dobit bila je zajamčena od samog osnivanja i nikako nije ovisila o uspješnosti društva TMSC.¹¹⁹ Štoviše, Canon i Toshiba dogovorili su međusobno da prava iz društva posebne namjene kojeg će osnovati miruju što se tiče samih dioničara, ovlaštenika tih prava.¹²⁰ U prilog nepostojanja ekonomskog interesa Komisija se pozvala na činjenicu da se MS Holding nije sastao sa članovima organa

¹¹⁶ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, recital 35.

¹¹⁷ *Ibidem*, para 106.

¹¹⁸ *Ibidem*, para 111.

¹¹⁹ *Ibidem*, para 126.

¹²⁰ *Ibidem*, para 127.

TMSC-a u razdoblju između dvije transakcije čime je pokazao nedostatak interesa koji ne priliči novom dioničaru s obzirom na to da se u prvim mjesecima odlučuje o upravljačkoj strukturi.¹²¹

4.5.3 Odluka Komisije

Komisija je istragu zaključila utvrđivanjem triju okolnosti. Prva okolnost je da transakcijska struktura predmeta koju je činila prijelazna transakcija i krajnja transakcija čine ustvari jednu koncentraciju s obzirom na to da je prijelazna poduzeta samo radi krajnje. Druga okolnost je da je jedina svrha osnivanja društva MS Holding bila olakšati stjecanje samostalne kontrole nad društvom TMSC od strane društva Canon. Zadnja okolnost je pozicija Canon-a kao jedine stranke koja je mogla utvrditi identitet krajnjeg stjecatelja TMSC-a i snosila je ekonomski rizik cjelokupnog poslovanja nakon prijelazne transakcije.¹²²

Slijedom utvrđenih triju okolnosti Komisija je zaključila kako su predmetni poduzetnici povrijedili odredbe članka. 4. stavka. 1. i članka 7. stavka 1. Uredbe 139/2004. U tom smislu provođenjem prijelazne transakcije 17. ožujka 2016. Canon je djelomično proveo, u smislu čl. 4. st. 1. Uredbe, koncentraciju kojom je stekao trajnu kontrolu na poduzetnikom TMSC prije prijave predmetne koncentracije Komisije koja se dogodila 12. kolovoza 2016.¹²³ Uz neprijavljivanje predmetne koncentracije društvo Canon povrijedilo je i odredbu o privremenoj odgodi koncentracije u smislu čl. 7. st. 1.¹²⁴

U izvršenju povrede odredaba Uredbe, Komisija je utvrdila da je poduzetnik Canon postupao u gruboj nepažnji. Canon je pokušao osporiti nalaz navodeći nedovoljno jasnom pravnu situaciju uz transakcijsku strukturu kao i okolnost da s njegove strane nije postojao razlog zaobilaženja pravila Uredbe pošto materijalna analiza predmetne koncentracije nije pokazala zabrinutost u pogledu nepovoljnih učinaka na tržišno natjecanje.¹²⁵ Međutim, prema navodima Komisije Canon je znao ili je morao znati za neispravnost vlastitog postupanja jer je riječ o velikom multinacionalno društvu

¹²¹ *Ibidem*, para 129.

¹²² *Ibidem*, para 142.

¹²³ *Ibidem*, para 164.

¹²⁴ *Ibidem*, para 167.

¹²⁵ *Ibidem*, para 170.

koje raspolaže sa znatnim pravnim resursima i činjenicom da je prethodno bio uključen u postupke kontrole koncentracija pred Komisijom i drugim tijelima za tržišno natjecanje koji provode *ex ante* kontrolu koncentracija. Canon je stoga bio svjestan pravila Zajednice i obveza koje ta pravila podrazumijevaju.¹²⁶

Novčana kazna određena je na iznos od 28 milijuna eura, a izrečena je kao zbroj dviju kazni svaka u iznosu od 14 milijuna eura poradi kršenja dvije okolnosti iz Uredbe: neprijavljivanje koncentracije i nepoštivanje odredbe o privremenoj odgodi koncentracije.¹²⁷

4.6. Odluka Općeg Suda

U svibnju 2022. godine Opći Sud odbio je tužbu društva Canon Inc. i potvrdilo odluku Komisije o izricanju novčane kazne u iznosu od 28 milijuna eura. Društvo Canon zahtjevalo je poništenje odluke Komisije o izricanju novčane kazne, a podredno ukidanje ili znatno smanjenje iznosa novčane kazne.

Tužitelj je tvrdio da prijelazna transakcija nije dovela do stjecanja samostalne kontrole nad TMSC-om stoga ne predstavlja povredu o privremenoj odgodi provedbe koncentracije prema članku 7. stavak 1. Uredbe 139/2004.. Pritom je uputio na presudu u predmetu *Ernst & Young*¹²⁸ gdje je Sud utvrdio kako unutar transakcijske strukture u više koraka, ako pojedine operacije nisu nužne da bi se ostvarila promjena kontrole nad poduzetnikom na kojeg se ta koncentracija odnosi, one ne potpadaju pod članak 7. stavak 1. Uredbe. Takve operacije, iako mogu biti akcesorne ili služiti za njezinu pripremu, ne doprinose trajnoj promjeni kontrole ako ne pokazuju izravnu funkcionalnu povezanost s provedbom koncentracije.¹²⁹ U istoj presudi Sud je zaključio da članka 7. stavak 1. Uredbe treba tumačiti na način da je koncentracija provedena samo operacijom koja, u cijelosti ili djelomično, činjenično ili pravno, doprinosi promjeni kontrole nad ciljanim poduzetnikom.¹³⁰ Tužitelj se pozvao na okolnost da je Komisija u prvotnoj ocjeni predmetne koncentracije utvrdila kako Canon nije stekao kontrolu nad TMSC-om prije Komisijina odobrenja od 19. rujna 2016.

¹²⁶ *Ibidem*, para 174.

¹²⁷ *Ibidem*, para 225.

¹²⁸ Case C-633/16 *Ernst & Young v Konkurrenserådet* 31/05/2018., EU:C:2018:371

¹²⁹ Case T-609/19 *Canon Inc. v Commission* 18/05/2022., para 57.

¹³⁰ *Ibidem.*, para 65.

stoga se prijelazna transakcije ne može smatrati operacijom koja je dovela do stjecanja samostalne kontrole pa prema tome nije niti mogla ugroziti učinkovitost kontrole koncentracije u slučaju preuranjene provedbe iz članka 7. stavak 1. Uredbe.

Međutim Opći Sud je osporio tužiteljev argument i obrazložio da u presudi *Ernst & Young* kako bi se utvrdilo je li povrijeđen članak 7. stavak 1. Uredbe nije primjeren kriterij koji se odnosi na to je li postojalo stjecajne kontrole na ciljanim poduzetnikom, nego, je li predmetna transakcija u cijelosti ili djelomično, činjenično ili pravno, doprinijela promjeni kontrole nad tim poduzetnikom. Slijedom toga, ukoliko transakcije “doprinos” promjeni kontrole, uključujući transakcije koje same po sebi ne omogućuju prijenos kontrole, utoliko predstavljaju djelomičnu provedbu koncentracije.¹³¹

U tom smislu Opći Sud utvrdio je da se pod pojam “doprinos” promjeni kontrole svakako može smatrati prijelazna transakcija budući da je i Komisija svojom odlukom utvrdila da od datuma sklapanja prijelazne transakcije poduzetnik Canon imao je isključivu nadležnost za utvrđivanje identiteta krajnjeg stjecatelja poduzetnika TMSC pa je time stekao utjecaj na TMSC.¹³²

5. Zaključak

Odluka Komisije i presuda Općeg Suda podsjetnik su da situacije *gun-jumping-a* neće proći nezapaženo i da dolaze s visokom cijenom. Radi se o situacijama u kojima tijelo za zaštitu tržišnog natjecanje utvrdi da su sudionici koncentracije koja se mora prijaviti proveli koncentraciju prije odobrenja od strane nadležnog tijela. Ako transakcija potpada pod pravila EU o kontroli koncentracija, sudionici su dužni o tome obavijestiti Europsku Komisiju prije njezine provedbe. Sve dok transakciju ne odobri Komisija, sudionici je ne smiju provoditi. Kršenje ove obveze podliježe novčanoj kazni do 10% godišnjeg prihoda poduzetnika.

Predmet *Canon/Toshiba Medical Systems Corporations* značajan je jer Europska Komisija problematizirala strukturu transakcije. Pripajanje TMSC-a provedeno je kroz transakcijsku strukturu u dva koraka poznatu i kao *warehousing structure*. Takvim strukturama ciljani poduzetnik privremeno je “skladišten” kod prijelaznog kupca s namjerom njegove daljnje prodaje krajnjem

¹³¹ *Ibidem.*, para 222.

¹³² *Ibidem.*, para 223.

kupcu nakon dobivanja odobrenja za provedbu koncentracije. Presuda Općeg Suda ne znači da su dvostupanjaske strukture zabranjene, međutim, ne mogu se koristiti za zaobilaženje obveze mirovanja provedbe prema Uredbi. Slijedom toga, provedba pripremnih koraka, kao što je u predmetnoj koncentraciji bila kupnja manjinskog udjela s opcijom stjecanja većine, koji pridonose trajnoj promjeni kontrole nad ciljanim poduzetnikom tretiraju se kao jedinstvena koncentracija stoga podliježu obvezi prijave i odobrenja prije njihove provedbe.

S obzirom na činjenice u predmetu Opći Sud složio se s ocjenom Komisije da su dva koraka jedinstvena po prirodi jer je prvim korakom Canon stekao mogućnost postati vlasnikom TMSC-a ili odrediti krajnjeg kupca stoga predstavlja izravnu funkcionalnu vezu za postizanje konačne promjene u kontroli nad TMSC-om.

Navedena presuda postavila je određeni kriterij u pogledu granice između dopuštenih “pripremnih” koraka i onih koji doprinose promjeni kontrole. Svi “pripremni” koraci koji doprinose u cijelosti ili djelomično, činjenično ili pravno, promjeni kontrole potencijalno su opasni. Drugim riječima, *gun-jumping* se može dogoditi čak i prije stvarnog stjecanja bilo kakvog odlučujućeg utjecaja ako je radnja u pitanju pripremni korak s “izravnom funkcionalnom vezom” s konačnim stjecanjem kontrole nad ciljanim poduzetnikom. Stoga ostaje na Komisiji da u svakom konkretnom slučaju identificira “izravne funkcionalne veze” između pripremnih koraka prije obavijesti o namjeravanju provođenja koncentracije koji prelaze granicu dopuštenog.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Butorac Malnar, Vlatka *et. al.* Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora. Zagreb: Pravni fakultet, 2021.
2. Daskalova, V., *Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?*, The Competition Law Review, izd. 11, br. 1. July 2015.
3. D. Akšamović, Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29, br. 2, 1033-1066 (2008)
4. Jones, A., Sufrin, B., Dunne, B., Jones and Sufrin's EU Competition Law: text, cases and materials, 7. izd., Oxford University Press, New York, 2019.
5. Whish, R. Bailey, D., Competition Law, 7. izd., Oxford University Press, Oxford, 2012.
6. Whish, R. Bailey, D., Competition Law, 9. izd., Oxford University Press, Oxford, 2018.

Pravni propisi i tekstovi:

1. Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (Uredba EZ o koncentracijama) (Tekst značajan za EGP)
2. Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings
3. Obavijest Komisije o dopuštenim mjerama na temelju Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 i Uredbe Komisije (EZ) br. 802/2004 (tekst značajan za EGP), SL [2008] C 267/1
4. Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice 97/C 372/03

5. Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2004) C 31/5.
6. Smjernice za ocjenu nehorizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika, SL (2008) C 265/6.

Internetski izvor:

1. Zašto je politika tržišnog natjecanja važna za potrošače?, https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/why-competition-policy-important-consumers_hr (15.11.2022).
2. Mergers: Commission fines Canon €28 million for partially implementing its acquisition of Toshiba Medical Systems Corporation before notification and merger control approval https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_3429 (15.12.2022)

Sudska praksa:

1. Case M.8179 *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* 27/06/2019.
2. Case M.8006 *Canon/Toshiba Medical System Corporation* 19/09/2016.
3. Case No COMP/M.6458 *Universal Music Group/EMI Music* 21/09/2012.
4. Case No COMP/M.3687 - *Johnson&Johnson/Guidant* 25/08/2005
5. Case No COMP/m.1672 *Volvo/Scania* 15/3/2000., SL (2001) L 143/74.
6. Case T-609/19 *Canon Inc. v Commission* 18/05/2022.
7. Case M.8454 *KKR/Pelican Rouge* 25/08/2017.
8. Case No COMP/M.4854 - *TomTom/Tele Atlas* 14/05/2008.