

Др Ивана Ракић,*

Спољни сарадник Института за упоредно право

Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrgfni1776731R

339.137:330.322](4-672EU)

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

ЗАЈЕДНИЧКО УЛАГАЊЕ (JOINT VENTURE) КАО ПРЕДМЕТ КОНТРОЛЕ У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ: ПРИМЕНА FULL-FUNCTION КРИТЕРИЈУМА

Апстракт: Глобализација је главни разлог зашто учесници на тржишту путем заједничког улагања (joint venture) настоје да остваре своје пословне стратегије. Међународна заједничка улагања се последње две деценије користе у великом обиму и данас су постала уобичајена пракса у пословном свету.

Право конкуренције ЕУ и правила о контроли концентрација могу утицати на заједничка улагања, јер заједничко улагање, по својој природи, укључује сарадњу стварних или потенцијалних конкурената којом би се могла нарушити конкуренција на тржишту ЕУ. Опште-прихваћено је да се заједничким улагањем сматра учесник на тржишту над којим заједничку контролу заједно врши неколико других учесника на тржишту, а на учесницима у заједничком улагању је да утврде да ли је то улагање у складу са правом конкуренције, тј. да ли оно испуњава full-function критеријуме. Од одговора на ово питање зависи и која правила ће се у конкретном случају применити.

У раду се даје преглед смерница и праксе Европске комисије у поступцима контроле концентрација у погледу примене full-function критеријума, који одређују обим примене правила о контроли концентрација на заједничка улагања. Аутор указује на различите ситуације које настају заједничким улагањем и напомиње да је пракса Европске комисије неконзистентна када треба одговорити када и на које трансакције се морају применити full-function критеријуми. Несигурност у погледу примене ових критеријума је условљена смерницама Европске комисије и њеном анализом која се разликује у сваком појединачном случају.

Кључне речи: заједничко улагање, full-function критеријуми, контрола концентрација, право конкуренције, ЕУ.

* ivanaracic12@gmail.com

1. Увод

У времену глобализације, императив опстанка и напредовања учесника на тржишту, суочених са веома снажним конкурентским притисцима, јесте њихова способност да реагују на честе промене на тржишту. Понашајући се у складу са новонасталим тржишним условима, они су принуђени да на изазове тржишта често одговоре екстерним растом – повезивањем са другим учесницима на (светском) тржишту. Заједничко улагање (заједнички подухват) представља управо један од најчешћих начина повезивања учесника на тржишту и њихове експанзије на међународном тржишту, које, под одређеним условима, истовремено подлеже контроли концентрација. Улога оваквих прекограничних пословних активности учесника на тржишту, посебно оних чији су учесници велике мултинационалне компаније, постаје све значајнија и чак доминантна у појединим привредним секторима.

Заједничко улагање (*joint venture*) се у литератури дефинише као уговорно повезивање два или више учесника на тржишту у циљу остваривања одређеног заједничког пословног подухвата, тако што уговорне стране заједнички улажу средства у пословни подухват, деле ризик и добит, и заједнички доносе одлуке док подухват траје (Стефановић, 1998: 515 и 516; Сеговас, 2010: 198). Удруживањем својих одређених потенцијала, учесници на тржишту се на овај начин повезују по сличним принципима као и физичка лица, и остају при томе самостални правни субјекти, а удружују се само због пословног подухвата у којем имају заједнички циљ и интерес (нпр. због заједничке производње, дистрибуције, пружања услуга, истраживања и развоја) (Стефановић, 1998: 524; Каругал: 3). Могу се отуда издвојити следећи конститутивни елементи заједничког улагања: заједнички циљ, заједничка контрола над спровођењем капиталне трансакције и одређена сталност у погледу трајања капиталне трансакције (Граић Степановић, 2007: 454).

Примена правила о заштити конкуренције на заједничка улагања условљена је квалификавањем понашања учесника на тржишту у конкретном случају, па се на конкретно понашање могу применити правила о рестриктивним споразумима и/или о контроли концентрација, или се правила о заштити конкуренције уопште не могу применити. Процена таквог понашања се мора извршити у сваком конкретном случају (*case by case*), јер заједничко улагање, по својој природи, укључује сарадњу стварних или потенцијалних конкурената којом би се могла нарушити конкуренција на тржишту. Општеприхваћено је да се заједничким улагањем сматра учесник на тржишту над којим заједничку контролу врши неколико других учесника

на тржишту, а на учесницима у заједничком улагању је да утврде да ли је то улагање у складу са правом конкуренције, тј. да ли оно испуњава *full-function* критеријуме. Од одговора на ово питање зависи и која правила ће се у конкретном случају применити.

У раду се даје преглед смерница и праксе Европске комисије у поступцима контроле концентрација у погледу примене *full-function* критеријума који одређују обим примене правила о контроли концентрација на заједничка улагања. Аутор указује на различите ситуације које настају заједничким улагањем и напомиње да је пракса Европске комисије неконзистентна у погледу трансакције на које треба, односно не треба применити *full-function* критеријуме у таквим ситуацијама. Несигурност у погледу примене ових критеријума је условљена смерницама Европске комисије и анализама које она врши а које се разликују у сваком појединачном случају.

2. Правила о контроли концентрација

Узимајући у обзир различите облике сарадње учесника на тржишту који настају као резултат заједничког улагања, концентрацијама се означавају она заједничка улагања када два или више учесника на тржишту оснивају новог учесника на тржишту и преузимају заједничку контролу над њим, преносећи на заједничког контролисаног учесника обављање исте врсте делатности коју су они до тада самостално обављали. Отуда концентрацију представља само оно заједничко улагање два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*).¹

Усвајањем Обавештења Европске комисије о надлежностима према Уредби Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту,² из 2008. године, напуштена је подела заједничког улагања на концентративно и кооперативно заједничко улагање, а уведена је подела на *full-function joint venture* и *non-full-function joint venture*, утврђивањем додатних критеријума за разликовање заједничког улагања.³

1 Вид. чл. 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама (Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, L. 24/2004).

2 Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings), *O.J.*, бр. С. 95/2008.

3 Више о пракси Европске комисије и о критеријумима који су се примењивали пре Уредбе о концентрацијама из 2004. године и пре Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године вид. Fine, F. L., 1994: 1 и даље; Götting, H-P., Nikowitz, W.,

Постојање концентрације се утврђује на основу критеријума обављања свих функција самосталног учесника на тржишту (енг. *full-function*), на основу којег се врши и разликовање заједничког улагања које представља концентрацију од рестриктивних споразума. Ово разликовање је неопходно, јер учесници у заједничком пословном подухвату некада не преносе обављање делатности на заједничког учесника, него задржавају своје функције како би наставили да самостално обављају делатност, када заједничко улагање има за циљ координацију њихових тржишних активности, па тиме и елиминисање међусобне конкуренције на неком плану. Заједничко улагање се и тада сматра концентрацијом, али се оцењује и у складу са прописима о рестриктивним споразумима.⁴

Ако заједнички учесник преузима послове контролних учесника и све функције самосталног учесника на тржишту у одређеној делатности, а контролни учесници престају да обављају ту делатност, онда се сматра да је заједнички учесник способан да самостално функционише на тржишту, односно да је потпуно функционалан учесник на тржишту. Његова функционалност и економска самосталност не значи да он има самосталност у погледу усвајања стратешких одлука, јер се у супротном не би могло сматрати да је над њим стечена заједничка контрола. Због тога се сматра да заједнички учесник испуњава услов функционалности ако је самосталан у оперативном смислу.⁵

Испуњеност овог услова процењује се на основу неколико критеријума. *Прво* је неопходно утврдити да ли заједнички учесник има довољно средстава за самостално обављање делатности на тржишту.⁶ *Други критеријум* који је потребно испунити јесте обављање више активности осим једне специфичне активности контролних учесника, тако да ће се сматрати да заједнички учесник није самосталан економски ентитет ако преузме једну или више одређених функција, односно делатности из пословне активности контролног учесника које обавља само за своје осниваче, а не за трећа лица, и при томе нема приступ тржишту или није самостално присутан на њему. *Трећи критеријум* се односи на трговање заједничког учесника с контролним учесницима и на обим те трговине, што се утврђује на основу активности и снажног присуства контролних учесника на узводним или низводним тржиштима, посебно ако њихово

1989: 196-204; Hawk, B. E., 1991: 309-324; Riggs, J. H., Giustini, A., 1991: 876-883; Stewart, T. P., Abellard, D. A., 1990: 318-324.

4 Вид. чл. 2(4) Уредбе ЕУ о контроли концентрација.

5 Вид. т. 93. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и случај T-282/02 *Cementbouw v. Commission* [2006], т. 62.

6 Вид. т. 94. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

присуство доводи до значајне продаје или куповине између контролних и заједничког учесника.⁷ *Четврти услов* је да заједнички учесник мора бити основан на дугорочној основи, односно мора трајно обављати функције које обављају или су обављали контролни учесници. Овакво условљавање је у складу са захтевом да концентрација настаје променом контроле над учесником на тржишту на *трајној* основи, па се концентрацијом неће сматрати заједничко улагање ако је заједнички учесник основан само на кратак, ограничен временски период.

Ови критеријуми показују да је приликом оцене заједничког улагања најважније утврдити о којем облику заједничког улагања се ради, односно да ли оно представља концентрацију или је реч о споразуму који подлеже оцени само према правилима о рестриктивним споразумима. Да би се то утврдило, неопходно је у сваком конкретном случају анализирати да ли заједнички учесник има одлике аутономног пословног ентитета, тј. да ли може обављати све функције које обављају и други самостални учесници на тржишту.

Међутим, поставља се питање да ли у сваком случају који се односи на различите облике заједничког улагања учесника на тржишту треба применити *full-function* критеријуме како би заједничко улагање било предмет контроле у складу са правилима о контроли концентрација или је такву контролу могуће вршити применом других правила. Пракса показује да Европска комисија у таквим случајевима није доследна и да не примењује јединствена правила, односно да некада примењује *full-function* критеријуме, а некада правила о стицању заједничке контроле и промени облика контроле из појединачне у заједничку контролу.

3. Пракса Европске комисије

Општеприхваћено је да се концепција заједничког улагања у пракси ЕУ изједначава са стицањем, односно постојањем заједничке контроле над другим учесником на тржишту и да је резултат заједничког улагања увек учесник на тржишту над којим се врши заједничка контрола.⁸ Разликују се, међутим, начини стицања овакве заједничке контроле: оснивање новог учесника на тржишту које ће бити под заједничком контролом његових оснивача; стицање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је контролу вршио трећи учесник на тржишту; и стицање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту

7 Вид. т. 97 Обавештења Европске комисије о надлежностима.

8 Вид. т. 62, 63, 76 и 79 Обавештења Европске комисије о надлежностима.

над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању.

Дакле, заједничко улагање може *настати* оснивањем новог учесника на тржишту или стицањем заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту (који је био под појединачном контролом трећег учесника или једног од учесника у заједничком улагању). Међутим, *постојеће* заједничко улагање, односно учесник на тржишту који је већ под заједничком контролом, може наставити да постоји уласком новог учесника (заменом неког од постојећих учесника у улагању или уласком додатног улагача).

Пракса Европске комисије указује на то да се *full-function* критеријуми не примењују у свим наведеним случајевима, као и да се не примењују једнако у сличним ситуацијама, што ће у наставку бити објашњено. Њихова примена зависи од начина реализовања заједничког улагања, па се тако увек примењују у случају оснивања новог учесника на тржишту, а не примењују се у случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту који је био под појединачном контролом трећег учесника. У осталим случајевима, не примењују се увек, а није јасно од чега зависи њихова примена у конкретном случају. Таква пракса се није значајно променила ни након усвајања Уредбе о концентрацијама из 2004. године, као ни након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године.

3.1. Оснивање новог учесника на тржишту

Доследна примена *full-function* критеријума је најјаснија у случајевима „стварања“ заједничког улагања, оснивањем потпуно новог учесника на тржишту (нпр. у форми новог привредног друштва), с обзиром на то да је Обавештење Европске комисије о надлежностима овај случај детаљно предвидео. „Стварање“ (*creation*) заједничког улагања се сада знатно уже тумачи, и схвата се као оснивање новог учесника на тржишту. Овакво тумачење произлази и из Уредбе о концентрацијама, која прави разлику између заједничког улагања путем оснивања новог учесника на тржишту, с једне стране, и стицања заједничке контроле над другим учесником, с друге стране.

Европска комисија конзистентно примењује *full-function* критеријуме у наведеним случајевима како би утврдила да ли конкретна трансакција представља концентрацију. Уколико се утврди да се ради о „заједничком улагању два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има

све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*),⁹ Европска комисија такву трансакцију оцењује у складу са правилима о контроли концентрација.

Пракса ЕУ показује да иако примена *full-function* критеријума захтева некада детаљнију анализу, Европска комисија такве анализе не врши увек, јер оцена функционалности новог учесника на тржишту, по правилу, није проблематична (Balta, 2012: 22–23). У неким одлукама, Европска комисија само указује на то да предметна трансакција јесте концентрација у смислу члана 3(4) Уредбе о концентрацијама јер ће заједнички нови учесник на тржишту „пословати на дугорочној основи и имати све функције независног учесника на тржишту“, без испитивања чинилаца на основу којих се заправо може сматрати да заједничко улагање испуњава *full-function* критеријуме. Често се само констатује да заједничко улагање испуњава услове предвиђене Обавештењем Европске комисије о надлежностима, уз њихово понављање након ове оцене (Balta, 2012: 22–23).¹⁰

Уколико се приликом оцене утврди да није испуњен неки од *full-function* критеријума (нпр. заједнички учесник нема довољно средстава за самостално обављање делатности на тржишту), трансакција не представља концентрацију и не подлеже контроли, с обзиром да се не ради о „стварању новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту“. Таквих случајева је било неколико у досадашњој пракси Европске комисије, чак и пре усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године,¹¹ и углавном се ради о гринфилд инвестицијама код којих заједнички улагачи (оснивачи новог друштва) не доприносе заједничком улагању својом постојећом имовином. Уколико оснивачи доприносе заједничком улагању постојећом имовином или пословањем које је било (само) у њиховом власништву, таква трансакција ће бити концентрација и последично предмет контроле само ако испуњава све *full-function* критеријуме.¹²

9 Вид. чл. 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

10 Вид. нпр. случајеве М. 5227 *Robert Bosch / Samsung / JV*, пара 6, и М. 6091 *Galenica / Fresenius Medical Care / Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma JV*, пара 10.

11 Вид. случајеве IV/M.176 – Sunrise (1992), IV/M.207 – EUREKO (1992), IV/M.285 – Pasteur-Mérieux/Merck (1993), IV/M.293 – Philips/Thomson/SAGEM (1993), IV/M.353 – British Telecom / MCI (1993), IV/M.538 – OMNITEL (1995), IV/M.551 – ATR/BAe (1995), IV/M.904 – RSB/TENEX/Fuel Logistic (1997), IV/M. 1315 – ENW/Eastern (1998), COMP/M.3003 – Electrabel/Energia Italiana/Interpower (2002).

12 Вид. т. 92 Обавештења Европске комисије о надлежностима („*Full-function* критеријуми отуда одређују примену Уредбе о концентрацијама у погледу заједничког

3.2. Стицање заједничке контроле над трећим учесником на тржишту

Пракса Европске комисије је доследна и јасна и у случајевима када се заједничка контрола стиче над постојећим учесником, и то тако што се она преузима од трећег лица које већ контролише тог учесника, као његов власник. Под таквим условима, овакво заједничко улагање се увек сматра концентрацијом, с обзиром на то да се оно тада цени према правилима о стицању заједничке контроле, независно од тога да ли постојећи учесник има све функције независног учесника на тржишту.¹³

То значи да се *full-function* критеријуми не примењују приликом стицања заједничке контроле над трећим учесником на тржишту, што је изричито прописано Обавештењем Европске комисије о надлежностима из 2008. године. До 2008. године, пракса Европске комисије је била неуједначена, јер изричита правила нису била предвиђена, па је у појединим случајевима Европска комисија ипак вршила оцену *full-function* критеријума. Након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима, успостављена је нова пракса, па ни у једном случају није више вршена оцена ових критеријума, а у појединим одлукама се изричито вршило упућивање на т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима (Rudolf, Leupold, 2012: 443; Balta, 2012: 24–36).¹⁴

У оваквим случајевима се заправо ради о промени вршилаца контроле над постојећим учесником на тржишту, где се уместо једног контролног члана, појављују нови чланови, који ће заједнички вршити контролу над тим учесником. Зато се оваква заједничка улагања изједначавају са стицањем контроле од стране једног или више учесника на тржишту над другим учесником, што се уобичајено сматра концентрацијом. Као и приликом стицања појединачне (самосталне) контроле, овакво стицање

улагања, без обзира на то да ли такво улагање настаје као гринфилд инвестиција или стране доприносе заједничком улагању имовином која је била у њиховом појединачном власништву"). Исто и Rudolf, Leupold, 2012: 440–441; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 568.

13 Вид. т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима („[...] трансакција која укључује неколико учесника на тржишту који преузимају заједничку контролу над другим учесником на тржишту или над деловима другог учесника на тржишту, [...], од трећих лица, представља концентрацију у смислу члана 3(1) [Уредбе о концентрацијама], без потребе да се разматрају *full-function* критеријуми“).

14 У Обавештењу Европске комисије о надлежностима се истовремено указује и на стицање контроле над *делом* другог учесника на тржишту, што значи да се сва наведена правила примењују и у тим ситуацијама, а не само када се стиче контрола над другим учесником у целини.

заједничке контроле води промени у структури тржишта, чак и ако се, према плановима учесника у концентрацији, након трансакције, учесник над којим се стиче контрола неће сматрати потпуно функционалним (нпр. зато што ће у будућности продавати производе искључиво својим матичним друштвима).¹⁵

Сматра се да се Обавештење Европске комисије о надлежностима може тумачити тако да оно значи да се *full-function* критеријуми уопште не примењују у наведеним случајевима, а не да се они тада сматрају испуњеним (Balta, 2012: 33). Иако се у одлукама Европске комисије овакав изричит закључак не изводи (већ само закључак да нема потребе да се разматрају *full-function* критеријуми) (Balta, 2012: 33), наведено тумачење потврђују одредбе Обавештења Европске комисије о надлежностима. Према тим одредбама, заједничко улагање које се реализује стицањем заједничке контроле над трећим учесником на тржишту сматра се концентрацијом, без оцене испуњености *full-function* критеријума, чак и ако циљно друштво након концентрације неће испуњавати *full-function* критеријуме. То значи да не важи претпоставка да су критеријуми испуњени, већ да се они не примењују, јер трансакција представља концентрацију и када критеријуми нису испуњени (Balta, 2012: 33–34; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 569).

3.3. Промена облика контроле из појединачне у заједничку контролу над постојећим учесником на тржишту

Највише недоумица и несигурности у примени *full-function* критеријума постоји у случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању, када се дотадашња појединачна контрола једног од учесника у заједничком улагању мења у заједничку контролу свих улагача. У тим случајевима се поставља питање да ли се заједничко улагање тада посматра као стицање заједничке контроле (промена облика контроле) или као „стварање“ новог учесника, од чега и зависи да ли ће се примењивати *full-function* критеријуми (укључујући могућност да се тада утврди да трансакција није концентрација) или се ради о концентрацији која подлеже контроли, без обзира на примену критеријума.

15 Вид. т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Ова правила не би важила када би учесник који је претходно вршио појединачну контролу наставио да врши заједничку контролу са новим контролним члановима, тј. када би задржао своје контролно учешће које му омогућава заједничку контролу (Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 570).

Истраживања о поступању Европске комисије у овим случајевима до 2012. године показују неуједначеност у њеном поступању и различит, тројаки приступ приликом одлучивања (Balta, 2012: 37–45; Rudolf, Leupold, 2012: 441–442). У појединим случајевима, Европска комисија је разматрала испуњеност *full-function* критеријума, а у осталим није, правећи при томе разлику у начину на који је указивала на постојање концентрације и некада ипак указујући на члан 3(4) Уредбе о концентрацијама који говори о оцени *full-function* критеријума.¹⁶

Први приступ се огледа у изједначавању наведених трансакција са „стварањем“ заједничког улагања и испитивању функционалности „новог“ учесника који се налази под заједничком контролом, због чега су се и примењивали *full-function* критеријуми. При томе, Европска комисија је у одлукама указивала на примену чланова 3(1)(b) и 3(4) Уредбе о концентрацијама, без постојања неке доследности у наведеном одлучивању.

Други приступ настоји да посматра овакво заједничко улагање као стицање заједничке контроле над трећим учесником на тржишту и да укаже на примену т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима, према којој се *full-function* критеријуми не примењују у тим случајевима. Концентрација би тада постојала, без обзира на испуњеност *full-function* критеријума.¹⁷

Трећи приступ полази од схватања да се овакво заједничко улагање посматра као промена (облика) контроле из појединачне у заједничку контролу, што захтева примену т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Према овим правилима, промена облика контроле представља концентрацију, без потребе да се врши оцена испуњености *full-function* критеријума.¹⁸

16 Једно од спроведених истраживања показује да од 43 посматрана случаја оваквог заједничког улагања, Европска комисија је у 19 случајева примењивала *full-function* критеријуме, а у остала 24 случаја, они нису уопште разматрани (Rudolf, Leupold, 2012: 442).

17 Вид. т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима („[...] трансакција која укључује неколико учесника на тржишту који преузимају заједничку контролу над другим учесником на тржишту или над деловима другог учесника на тржишту, [...], од трећих лица, представља концентрацију у смислу члана 3(1) [Уредбе о концентрацијама], без потребе да се разматрају *full-function* критеријуми“).

18 Према т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима, промена из појединачне у заједничку контролу се сматра трансакцијом која се може нотификовати, јер се мења облик контроле над заједничким улагањем. Дакле, реч је о концентрацији која подлеже контроли у складу са правилима која предвиђају и друге услове за постојање обавезе пријаве концентрације.

Европска комисија је неуједначено поступала и пре доношења Уредбе о концентрацијама из 2004. године, а таква пракса је настављена и након усвајања ове уредбе, чак и након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године. Дакле, нови прописи нису понудили јасне критеријуме за поступање Европске комисије, тако да се још увек не може објаснити зашто у неким случајевима она примењује *full-function* критеријуме, а у неким не, односно зашто се поступање Европске комисије разликује у истим случајевима.¹⁹

Ипак, иако примена *full-function* критеријума још увек зависи од околности сваког конкретног случаја (*case by case*), може се уочити тенденција да је претходних неколико година, нарочито од 2011. и 2012. године, све више одлука о концентрацијама у којима се не примењују *full-function* критеријуми, а тек неколико у којима су критеријуми били примењени (Balta, 2012: 40). У том погледу се и недоследност у поступању Европске комисије смањила, па би се могло рећи да је преовлађујућа пракса да се у случају заједничког улагања које настаје променом контроле из појединачне у заједничку контролу не примењују *full-function* критеријуми.

Оваква пракса се чини целисходном и произлази и из Уредбе о концентрацијама, која, као што је већ наведено, прави разлику између заједничког улагања путем *оснивања* новог учесника на тржишту (*creation of joint venture*), с једне стране, и стицања заједничке контроле над другим учесником (*acquisitions of joint control*), с друге стране, када нема потребе за применом ових критеријума. Остаје само да се види да ли је у том случају прихватљивији други или трећи приступ Европске комисије, с обзиром на то да доводе до истог резултата – постојање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту и непримењивање *full-function* критеријума.²⁰

Трећи приступ – заједничко улагање као промена контроле из појединачне у заједничку контролу, у складу са т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима – у том погледу се чини целисходан, јер се ради о постојећем учеснику на тржишту који је претходно био под појединачном контролом, а након трансакције остаје под заједничком контролом. Осим тога, т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима се не налази у оквиру

19 У литератури је изнето једно могуће објашњење поступања Европске комисије, према којем њено одлучивање и примена *full-function* критеријума зависе од овлашћених службених лица која решавају конкретан предмет и од њиховог разумевања предвиђених критеријума (Balta, 2012: 54; Rudolf, Leupold, 2012: 442).

20 Тачке 86 и 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима недвосмислено указују на то да се у ситуацијама предвиђеним овим одредбама не примењују *full-function* критеријуми.

одредаба о *full-function* заједничком улагању, а т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима се односи на преузимање циљног друштва од *treћег* учесника којег у оваквим трансакцијама нема. Слична мишљења су већ изнета у литератури (Balta, 2012: 43. и даље; Rudolf, Leupold, 2012: 441. и даље)

3.4. Приступање новог учесника заједничком улагању

Пракса Европске комисије је неусаглашена и у погледу трансакција у којима заједничко улагање, односно учесник на тржишту који је већ под заједничком контролом, наставља да постоји након уласка новог учесника (заменом неког од постојећих учесника у улагању или уласком додатног улагача). Истраживања поново показују да не постоје јасне смернице када Европска комисија примењује *full-function* критеријуме, а када не (Rudolf, Leupold, 2012: 444).

На ове трансакције је могуће применити правило да заједничко улагање мора испунити *full-function* критеријуме да би се сматрало концентрацијом (према т. 92 Обавештења Европске комисије о надлежностима), али и правило да приступање новог члана друштву које се налази под заједничком контролом такође представља концентрацију, иако се то друштво налази под заједничком контролом пре и после трансакције (према т. 87 Обавештења Европске комисије о надлежностима), без разматрања *full-function* критеријума. Ипак, досадашња пракса не пружа велику сигурност учесницима на тржишту, иако се може издвојити неколико закључака.

Уколико једног од учесника у заједничком улагању замени трећи учесник на тржишту, у већини случајева се не врши оцена *full-function* критеријума, а трансакција свакако подлеже контроли, под условом да је заједничко улагање било у потпуности функционално пре спровођења трансакције. У литератури се наводи податак да у погледу оваквог става постоји јасна сагласност у Европској комисији (Rudolf, Leupold, 2012: 444), што је нпр. и у складу са т. 87 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Пракса и ставови у литератури, међутим, показују да ако се врши замена неког од учесника у заједничком улагању које није било у потпуности функционално пре спровођења трансакције, таква трансакција не мора да се пријављује (Rudolf, Leupold, 2012: 444; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 571).

Уколико заједничком улагању приступа додатни учесник, преовлађујућа пракса је да се врши оцена испуњености *full-function* критеријума, о чему,

према појединим изворима, постоји сагласност у Европској комисији (Rudolf, Leupold, 2012: 445).

4. Закључак

Обавештење Европске комисије о надлежностима доноси неколико нових смерница за поступање приликом оцене постојања концентрација које настају заједничким улагањем, али се њима само незнатно умањује несигурност у погледу примене *full-function* критеријума и поступања Европске комисије у тим случајевима.

Једино се са сигурношћу може рећи да се *full-function* критеријуми увек примењују када се „ствара“ заједничко улагање, оснивањем потпуно новог учесника на тржишту (нпр. у форми новог привредног друштва), а да се они не примењују када се заједничка контрола стиче над постојећим учесником, тако што се она преузима од трећег лица које већ контролише тог учесника, као његов власник. У другом случају, сматра се да концентрација увек настаје (чак и када би се оценом утврдило да *full-function* критеријуми не би били испуњени, у складу са т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима), а у првом случају само ако су испуњени *full-function* критеријуми (у складу са т. 92 Обавештења Европске комисије о надлежностима).

У случајевима када се стиче заједничка контрола над постојећим учесником на тржишту или када нови учесник приступа заједничком улагању, пракса Европске комисије је неконзистентна – некада се *full-function* критеријуми примењују, а некада не. Ипак, у првом случају се може уочити да се такво заједничко улагање све више посматра као промена (облика) контроле из појединачне у заједничку контролу, без потребе да се врши оцена испуњености *full-function* критеријума (у складу са т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима), док би у другом случају требало водити рачуна о томе да ли заједничко улагање испуњава *full-function* критеријуме пре спровођења трансакције или не (у складу са т. 92 Обавештења Европске комисије о надлежностима).

Било би пожељно када би се оваква пракса још више развила у будућности и постала конзистентна, како би се обезбедила жељена правна сигурност за учеснике на тржишту, посебно ако се узме у обзир значај заједничких улагања у времену глобализације.

Литература

Balta, Z. (2012). *Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation*. Lund: Faculty of Law - Lund University.

Bengtsson, C., Carpi Badia, J.M., Kadar, M. (2014). Mergers. У Ј. Faull and A. Nikpay (Ed.), *The EU Law of Competition* (стр. 539–808). New York: Oxford University Press.

Case T-282/02 *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)* [2006] ECR II-319.

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings), *O.J.*, бр. С. 95/2008

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, L. 24/2004

Граић Степановић, С. (2007). Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентски ризик. *Право и привреда*. 5–8, 453–465.

Kapural, M. Razgraničenje zajedničkog pothvata (*engl. Joint venture*) kao koncentracije i kao sporazuma u pravu tržišnog natjecanja EU. http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mirta_kapural/3_mk.pdf, 10. август 2017.

Стефановић, З. (1998). Посао уз заједнички ризик – Joint Venture. *Правни живот*. 11, 515–525.

Cerovac, M. (2010). Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja. <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 10. август 2017.

Fine, F. L. (1994). The 'Cooperative'/'Concentrative' Dilemma of EC Merger Control: A Review of Commission Policy. *Boston College International and Comparative Law Review*. 17(1), 1–31.

Götting, H-P, Nikowitz, W. (1989). EEC Merger Control: Distinguishing Concentrative Joint Ventures from Cooperative Joint Ventures. *Fordham International Law Journal*. 13(2). 185–204.

Hawk, B. E. (1991). Joint Ventures under EEC Law. *Fordham International Law Journal*. 15(2). 303–365.

Rudolf, L., Leupold, B. (2012). Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation. *Journal of European Competition Law & Practice*. 5(3). 439–451.

Riggs, J. H., Giustini, A. (1991). Joint Ventures Under EEC Competition Law. *Business Lawyer*. 46(3). 849–908.

Stewart, T. P., Abellard, D. A. (1990). Merger Control in the European Community: The EC Regulation 'On the Control of Concentrations between Undertakings' and Implementing Guidelines. *Northwestern Journal of International Law and Business*. 11(2). 293–351.

Ivana Rakić, PhD,

External Associate, Institute of Comparative Law,

Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia, Belgrade

JOINT VENTURE CONTROL UNDER THE EU COMPETITION LAW: APPLICATION OF THE FULL-FUNCTION CRITERIA

Summary

Globalization is a major reason why market participants use joint ventures (JVs) as a means to achieve their business strategies. The formation of international JVs has taken place at an unprecedented rate over the last two decades and international JVs are very common today.

The EU competition law and merger control rules can have a critical impact on the establishment of JVs because JVs, by their nature, frequently involve cooperation between actual or potential competitors in a way which can impede competition on the EU market. It is commonly accepted that a JV is an undertaking which is jointly controlled by several other market participants, but it is up to the parent companies creating a JV to determine whether their JV is compatible with competition law rules, i.e. whether the JV satisfied the full-function criteria. The answer to this question will determine the legal framework applicable to each case.

This paper gives an overview of the European Commission's guidance and decisional practice in merger control cases concerning the application of the full-function criteria which delineate the scope of the merger control rules regarding the creation of JVs. The author points to various JV scenarios and shows that the Commission's guidance and decisional practice are inconsistent as to when and to which operations the full-function criteria must be applied. The uncertainty of the concept of full-functionality is the result of the Commission's guidance and case-by-case analysis.

Keywords: joint venture, full-function criteria, merger control, control of concentrations, EU competition law.