

## OCJENA KONCENTRACIJA PODUZETNIKA PREMA KRITERIJU OPADAJUĆEG POSLOVANJA U DOBA RECESIJE

Dr. sc. Vlatka Butorac Malnar \*

Doc. dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman \*\*

UDK 347.776

39.137.27

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: ožujak 2011.

*Nadzor nad koncentracijama poduzetnika provodi se kako bi se spriječio nastanak protukonkurentne tržišne strukture nakon provedbe koncentracije koja bi imala negativne posljedice na razinu tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Međutim, u nekim slučajevima moći će se dopustiti koncentracija koja ima negativne učinke na tržišno natjecanje i koja bi zbog toga trebala biti zabranjena jer ne postoji uzročna veza između provedbe koncentracije i narušavanja tržišnog natjecanja nakon provedbe koncentracije. Riječ je o situacijama kada se može dokazati da je sudionik koncentracije u takvim financijskim poteškoćama da bi ionako nestao s tržišta te bi zbog toga do narušavanja tržišnog natjecanja došlo i bez koncentracije poduzetnika. Taj kriterij opadajućeg poslovanja poduzetnika ponikao je iz sudske prakse u Sjedinjenim Državama, a prihvaćen je i u pravu tržišnog natjecanja Unije, iako se uvjeti potrebni za primjenu toga kriterija ponešto razlikuju. Autorice analiziraju uvjete za primjenu kriterija opadajućeg poslovanja u Sjedinjenim Državama, Europskoj uniji i Hrvatskoj te opažaju da su uvjeti za njegovu primjenu u Uniji stroži od onih u Sjedinjenim Državama ponajprije zbog uvjeta neizbježnog izlaska imovine s tržišta. Posebno pitanje o kojem se raspravlja jest treba li u uvjetima recesije, odnosno gospodarske krize ublažiti pravila za odobravanje koncentracija poduzetnika na temelju kriterija opadajućeg poslovanja. Autorice upozoravaju na moguće teškoće prilikom utvrđivanja je li zaista riječ o trajno posrnutom poduzetniku ili o onom koji se nalazi u privremenim poteškoćama*

\* Dr. sc. Vlatka Butorac Malnar, viša asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

\*\* Dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman, docentica Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb

zbog recesije. Kada je riječ o kriteriju opadajućeg poslovanja u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja, autorice uočavaju da hrvatski propisi i praksa još nisu u potpunosti usklađeni s pravnom stečevinom ponajprije zato što nije prihvaćen uvjet neizbježnog izlaska imovine s tržišta, te analiziraju relevantnu praksu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja. Zasebno pitanje o kojem se raspravlja jest pitanje osnovanosti primjene pravnih pravila Unije na ocjenu koncentracija poduzetnika u hrvatskom pravu s obzirom na činjenicu da se u članku 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju navodi da se kriteriji koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Uniji primjenjuju samo na sporazume koji ograničavaju tržišno natjecanje, zlorabitu vladajućeg položaja i državne potpore. Autorice nadahnuće za odgovor na to pitanje nalaze u odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu P. Z. Auto iz 2008.

*Ključne riječi:* pravo tržišnog natjecanja, koncentracije poduzetnika, kriterij opadajućeg poslovanja, recesija

## I. Uvod

U svim jurisdikcijama koje reguliraju proces tržišnog natjecanja, a to su gotovo sve zemlje svijeta, uključujući i Hrvatsku<sup>1</sup>, jedan bitan segment predmetne regulative odnosi se na nadzor nad koncentracijama poduzetnika. Općenito, koncentracije se mogu definirati kao razni oblici korporativnih aktivnosti koje dovode do trajne promjene u nadzoru nad poduzetnicima, a time i do trajnih promjena u strukturi tržišta<sup>2</sup> te je stoga potrebno preispitati njihov mogući učinak na tržišno natjecanje prije njihove provedbe. Navedene korporativne reorganizacije načelno su dopuštene, štoviše dobrodošle<sup>3</sup>, jer proizvode

<sup>1</sup> Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine, br. 79/2009.

<sup>2</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (dalje u tekstu: Uredba 139/2004.) O. J. L 24, 29. siječnja 2004., str. 1 - 22, toč. 20.

Prema čl. 3(1) koncentracija nastaje kada dođe do trajne promjene kontrole zbog:  
(a) spajanja i pripajanja dvaju ili više poduzetnika ili dijelova poduzetnika koji su prije bili međusobno nezavisni, ili

(b) stjecanja izravne ili neizravne kontrole nad cijelim ili nad dijelovima jednog ili više drugih poduzetnika od strane jednog ili više poduzetnika (kupnjom vrijednosnica ili imovine na osnovi ugovora ili na bilo koji drugi način).

U posljednju skupinu ubraja se i osnivanje zajedničkog pothvata koji na trajnoj osnovi djeluje kao neovisan gospodarski subjekt, čl. 3(4).

<sup>3</sup> Pozitivni učinci koncentracija posebno su istaknuti u preambuli Uredbe 139/2004., toč. 4: "Such reorganizations are to be welcomed to the extent they are in line with the requirements of dynamic competition and capable of increasing the competitiveness of european industry, improving the conditions of growth and raising the standard of living in the Community."

niz pozitivnih učinaka poput boljeg iskorištavanja izvora, postizanja sinergijskih učinaka i bolje konkurentnosti na tržištu, jačajući tako tržišno natjecanje i stvarajući niz pogodnosti za krajnje potrošače u vidu većeg izbora proizvoda, njihove bolje kvalitete, nižih cijena i sl.<sup>4</sup> Unatoč navedenome, postoje situacije u kojima koncentracije mogu proizvesti negativne učinke i time narušiti tržišno natjecanje, stoga su takve koncentracije zabranjene ili tek uvjetno dopuštene.<sup>5</sup>

Kako bi nadležno regulativno tijelo moglo ocijeniti moguće učinke koncentracije na tržišno natjecanje i donijeti odluku o njezinoj provedbi, sudionici koncentracije obvezni su prijaviti svoju namjeru njezina provođenja.<sup>6</sup> Nakon prijave nadležno tijelo ocjenjuje predloženu koncentraciju u smislu njezina mogućeg utjecaja na mjerodavno tržište. Koncentracija koja bi bitno ograničavala učinkovito natjecanje na mjerodavnom tržištu, a poglavito kao rezultat stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja<sup>7</sup>, proglašava se neusklađenom sa zajedničkim tržištem i donosi se odluka o zabrani njezina provođenja.

Navedeno pravilo, međutim, nije isključivo. Postoje situacije u kojima koncentracije koje će sasvim sigurno narušiti tržišno natjecanje u slučaju provedbe ipak mogu biti dopuštene ako bi pozitivni učinci takve koncentracije prevladavali u odnosu na one negativne ili barem ne bi doveli do pogoršanja tržišnog natjecanja. To je posebno slučaj kod koncentracija koje proizvode znatne učinkovitosti<sup>8</sup> i pod određenim uvjetima, kod koncentracija koje uključuju tržišnog

<sup>4</sup> Jones, A.; Suffrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2008., str. 943.

<sup>5</sup> Svaka koncentracija nužno dovodi do smanjenja broja sudionika na tržištu i jačanja novonastalog poduzetnika, što može dovesti do tzv. jednostranih ili koordiniranih učinaka koji bi mogli znatno narušiti tržišno natjecanje. Jednostrani učinci koncentracija predstavljaju individualnu sposobnost poduzetnika da nakon obavljene koncentracije podigne cijene i smanje *output*. Koordinirani učinci, pak, predstavljaju vjerojatnost prešutne koordinacije između više subjekata koja im omogućuje povećanje cijena i smanjenje kvalitete proizvoda, proizvedeći iste učinke kao monopol ili kartel. Za detaljnu analizu vidi Bellamy i Child, *European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford University Press, 2008., str. 753 - 763.

<sup>6</sup> Navedena obveza odnosi se na one poduzetnike čiji godišnji prihod prelazi zakonom utvrđene pragove.

<sup>7</sup> Test "značajnog učinka" uveden je u pravo Europske unije Uredbom 139/2004 (čl. 2. (2) i (3)) zamjenjujući dotadašnji test "vladajućeg položaja" i, sukladno tome, uveden je u hrvatsko zakonodavstvo novim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. godine, Narodne novine, br. 79/2009. Detaljnije vidi Pecotić Kaufman, J., *Nadzor koncentracija poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja Europske unije*, Pravo i porezi, br. 10/2009, str. 80 - 86.

<sup>8</sup> Tu se na prvome mjestu navodi generiranje učinkovitosti poput ekonomije obujma, pogodnosti stvaranja novih ili poboljšanih proizvoda koji su rezultat istraživanja i

takmaca koji se nalazi u financijskim poteškoćama. Predmetno istraživanje odnosi se upravo na ovu posljednju iznimku.<sup>9</sup>

Riječ je o iznimno osobito važnom institutu koji se, aktualiziran postojećom svjetskom financijskom krizom, ponovno preispituje unatoč njegovoj već dugogodišnjoj primjeni i čvrsto postavljenim pravnim temeljima, kriterijima i uvjetima njihova odobravanja. O tome najbolje svjedoči nedavno donesena studija OECD-a, koja je rezultat Okruglog stola o obrani prema kriteriju opadajućeg poslovanja, održanog u listopadu 2009. godine, u kojoj su sudjelovale sve veće jurisdikcije svijeta pridonoseći svojim izvješćima raspravi i preliminarnim zaključcima.<sup>10</sup>

---

razvoja, povećanje tržišne snage, efikasnije korporativno upravljanje, stvaranje nacionalnih prvaka i slično. Vidi primjerice Whish R., *Competition law*, 5th ed., Oxford University Press, 2005., str. 783 - 786, Jones i Suffrin, *op. cit. u bilj.* 4, str. 943, Ilzkovitz, F.; Meiklejohn, R., *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence*, Edward Elgar Publishing Limited on behalf of European Commission, 2006., str. 47.

Za detaljnu komparativnu analizu učinkovitosti vidi Butorac Malnar, V., *Povećana učinkovitost poduzetnika u postupku ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija prema hrvatskom i europskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 31(2010) 1; str. 523 - 557; Butorac, V., *The Role of Efficiencies in Merger Control: Comparative EU-USA Perspective*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 29 (2008) 2; str. 851 - 886.

<sup>9</sup> Navedena tema bila je predmet ekstenzivnog istraživanja. Vidi primjerice Baccaro, V., *Failing Firm Defence and Lack of Causality: Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts*, (2004) 25(1) E.C.L.R. 11; Joergens, K., *Andersen and the 'Failing Firm'*, (2003) 26(3) World Competition 363; Correia, E., *The Failing Company Defence*, November 14, 1995.; dostupno na [www.ftc.gov/opp/global/final.htm](http://www.ftc.gov/opp/global/final.htm); McDavid, J., *Efficiencies, Failing Firms and the General Dynamics Defence*, December 5, 1995., dostupno na [www.ftc.gov/opp/global/194817.htm](http://www.ftc.gov/opp/global/194817.htm); Valentine, D., *Horizontal Issues: What's Happening and What's on the Horizon*, dostupno na [www.ftc.gov/speeches/other/dvhorizontalissues.htm](http://www.ftc.gov/speeches/other/dvhorizontalissues.htm), December 8, 1995.; Kwoka, Warren-Boulton, *Efficiencies, Failing Firms, and Alternatives to Merger: A Policy*, Synthesis 31 Antitrust Bull. 431, 1986.; Friedman, *Untangling the Failing Company Defence*, 64 Tex. L.Rev. 1375, 1986.; McChesney, *Defending the Failing-Firm Defence*, 65 Nebraska L.Rev. 1., 1986.; Nigro, *The Effect of Market Conditions on Merger Review – Distressed Industries, Failing Firms, and Mergers with Bankrupt Companies*, dostupno na [www.abanet.org/antitrust/committees/communication/distressedindustry.pdf](http://www.abanet.org/antitrust/committees/communication/distressedindustry.pdf); Fox, E., *Antitrust and Competitiveness: Efficiencies, Failing Firms, and the World Arena*, December 13, 1994., dostupno na [www.ftc.gov/opp/global/fox.htm](http://www.ftc.gov/opp/global/fox.htm); Wait, A. L., *Surviving the Shipwreck: A Proposal to Revive the Failing Division Defence*, William and Mary Law Review, , 45 WMMLR 429, 2003.

<sup>10</sup> OECD, Directorate For Financial And Enterprise Affairs Competition Committee, Roundtable On Failing Firm Defence, DAF/COMP(2009)38, 10. kolovoza 2010. (dalje u tekstu: OECD Report).

Naime, opće je poznato da se u posljednjih nekoliko godina svjetsko tržište suočilo s najvećom financijskom krizom od doba Velike depresije 1929. godine, pogađajući i pojedinačne poduzetnike i cijele industrije i ekonomije. Broj posrnulih poduzetnika na tržištu raste iz dana u dan, stoga se predviđa da će u skoro vrijeme biti u porastu koncentracije koje uključuju takve poduzetnike. U tom kontekstu nameće se pitanje je li nužno učiniti jednostavnijima i manje strogima postojeća pravila o dopuštenosti koncentracija prema kriteriju opadajućeg poslovanja ne bi li takve koncentracije poslužile kao efikasno sredstvo u borbi protiv razornih učinaka recesije.

Stoga je nužno razmotriti uvjete koje razna zakonodavstva propisuju za takve koncentracije kako bi se utvrdilo jesu li one zaista nezadovoljavajuće za doba recesije i, dakako, osvrnuti se na moguće posljedice mijenjanja navedenih pravila u doba ekonomske krize. Komparativne jurisdikcije uzete u obzir u ovom radu su SAD, EU i Hrvatska. Sjedinjene Američke Države posebno su važna komparativna jurisdikcija jer imaju najdužu tradiciju primjene pravila tržišnog natjecanja te su jedine imale priliku suočiti se s navedenim pitanjima još u doba Velike depresije, a samim time moguće je uzeti u obzir iskustva SAD-a u tom području. Osim toga, u SAD-u su ove godine donesene nove Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija koje su, među ostalim, uvelike određene promjene upravo u pogledu obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja. Europska unija je pak iznimno zanimljiva jer je Hrvatska uvelike uvjetovana rješenjima koja se nude na razini EU-a. Rad se zaključuje analizom hrvatske teorije i prakse.

## II. Definiranje problema

U kontekstu ocjene prijavljenih koncentracija o institutu opadajućeg poslovanja govorimo kao o obrani na strani podnositelja prijave jer na njima leži teret dokaza da tu inače protutržišnu koncentraciju ipak valja ocijeniti dopuštenom. Naime, navedena obrana u biti se svodi na tvrdnju navodnih neutralnih učinaka koncentracije na tržišno natjecanje u situacijama u kojima je jedan sudionik (ili oba sudionika) koncentracije u opadanju kao posljedica lošeg financijskog poslovanja.<sup>11</sup> Osnova obrane temelji se na tvrdnji da takvo

---

<sup>11</sup> “*The failing firm defense is a concept used by practitioners to claim supposedly neutral effect on competition of concentrations where one (or both) of the merging parties (the acquirer and /or the target) are failing or will fail, due to poor financial performance.*” Baccaro, *op. cit.* u bilj. 10, para. 11.

narušavanje tržišnog natjecanja nije specifično za konkretnu koncentraciju. Naime, koncentracija bi trebala biti zabranjena kada postoji uzročna veza između koncentracije i predviđenog narušavanja tržišnog natjecanja. Kod koncentracija prema kriteriju opadajućeg poslovanja najčešće takva uzročna veza nedostaje. Naime, do narušavanja tržišnog natjecanja došlo bi i da nema koncentracije jer se u svakom slučaju broj sudionika na tržištu smanjuje za jedan. Sukladno navedenome, obrana pretpostavlja da bi konkurentski pritisak poduzetnika u opadajućem poslovanju izostao i da ne dođe do koncentracije te da bi koncentracija mogla narušiti tržišno natjecanje manje nego da do nje ne dođe jer može polučiti niz pozitivnih učinaka poput očuvanja brandova, *know-how* i tehnologije.

Kratkoročno gledano, navedene koncentracije mogle bi polučiti rezultate povoljne sa stajališta potrošača i društva u cjelini jer je na taj način moguće očuvati na tržištu barem dio imovine poduzetnika u opadanju i njihove proizvode, a samim time i privremeno očuvati stabilnost tržišta na kojem oni djeluju. Dugoročno gledano, međutim, postoji rizik narušavanja procesa tržišnog natjecanja zbog stvaranja trajne koncentriranosti tržišta. Povećanim brojem koncentracija na pojedinom tržištu mijenja se trajno njegova struktura koja može dovesti do negativnih učinaka tipičnih za oligopolno ili monopolno tržište. Iz tog razloga navedenu dvojbu nužno je promatrati u širem kontekstu svrhe i ciljeva prava tržišnog natjecanja te dobro razmotriti opravdava li recesija korištenje pravila tržišnog natjecanja u bilo koje svrhe osim one isključivo vezane za zaštitu procesa tržišnog natjecanja. Drugim riječima, ključno je razmotriti je li politika tržišnog natjecanja primjereno sredstvo za rješavanje širih globalnih financijskih poteškoća ili bi se financijskoj krizi trebalo pristupiti mjerama nekih drugih politika. Osim toga, nužno je uzeti u obzir i praktične implikacije moguće prilagodbe postojećih pravila novonastaloj gospodarskoj situaciji u samom postupku ocjene prijavljenih koncentracija. U tom smislu potrebno je analizirati postoje li primjereni mehanizmi razgraničenja onih koncentracija koje uključuju istinski posrnule poduzetnike od onih koji su u privremenim poteškoćama upravo zbog recesije te, na kraju, od onih koji bi recesiju mogli koristiti kao izliku za odobrenje protutržišne koncentracije.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Vidi Shapiro, C., *Competition Policy In Distressed Industries, Remarks as Prepared For Delivery to ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy*, 13. svibnja 2009., dostupno na <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245857.htm>, str. 10.

### III. Obrana prema kriteriju opadajućeg poslovanja u SAD-u

U Sjedinjenim Američkim Državama obrana prema kriteriju opadajućeg poslovanja izvorno proizlazi iz sudske prakse. Točnije, prvi ju je put definirao i upotrijebio Vrhovni sud 1930. godine u predmetu *International Shoe Co. v. FTC*<sup>13</sup>, dok joj je suvremeni okvir postavljen predmetom *Citizen Publishing Co. v. United States*<sup>14</sup> 1969. godine. U navedenom predmetu stranke nisu bile uspješ-

<sup>13</sup> *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930). Predmet odlučivanja bila je koncentracija između dvaju izravnih konkurenata na tržištu proizvodnje cipela. Točnije, radilo se o akviziciji tvrtke W. H. McElwain Company od strane International Shoea, za koju je Savezna komisija za trgovinu (Federal Trade Commission, dalje u tekstu: FTC) smatrala da će uvelike narušiti tržišno natjecanje između dvaju poduzetnika, ograničiti trgovinu na tržištu cipela i vjerojatno stvoriti monopol. Na navedenim utvrđenjima FTC je osporio koncentraciju pred sudom i donio odluku kojom je International Shoe morao prodati sav stečeni dionički kapital tvrtke McElwain Company. Sud je potvrdio utvrđenja i odluku FTC-a, na što je International Shoe uložio žalbu te je predmet došao pred Vrhovni sud SAD-a. International Shoe u svoju je obranu pred Vrhovnim sudom iznio tvrdnju da je “u vrijeme akvizicije financijska situacija McElwain Companyja bila takva da je zahtijevala likvidaciju ili prodaju” te je stoga vjerojatnost njegove buduće kompetitivnosti bila u potpunosti eliminirana. Analizirajući situaciju dvaju poduzetnika koncentracije, Vrhovni je sud utvrdio da se kupljeni poduzetnik zaista nalazi pred financijskom propasti, koja bi dovela do “gubitaka za dioničare i cijelu zajednicu” te da bi u tim uvjetima akvizicija umanjila vjerojatne teške štetne posljedice likvidacije kao jedine alternative koncentraciji. Sud je u biti birao manje od dvaju zala, pretpostavljajući da bi protutržišni učinak bio manji kada bi poduzetnik, koji bi inače propao, bio kupljen od strane izravnog konkurenta, nego kada bi se dopustilo da njegova imovina izade sa tržišta.

Doktrina opadajućeg poslovanja na taj je način bila postavljena na noge, međutim, mnoga pitanja njezine konkretne provedbe ostala su nedorečena. Stoga su u predmetima pred sudom koji su uslijedili definirani uvjeti koje stranke koncentracije moraju dokazati kako bi izbjegle neizbježne posljedice protutržišne koncentracije. Za detaljniju analizu predmeta vidi Kokkoris, I., *Failing Firm Defence Under Clayton Act*, E.C.R.L. 2007, br. 3.

<sup>14</sup> *Citizen Publishing Co. v. United States*, 394 U.S. 131 (1969). U Tusconu u saveznoj državi Arizoni postojale su samo dvoje dnevne novine, Star i Citizen. 1936. godine Small and Johnson kupio je dionice Citizena i dogovorio sklapanje zajedničkog operativnog sporazuma između dvaju dnevnih novina. Ugovoreno trajanje sporazuma bilo je 25 godina, a sporazum je predviđao, među ostalim, stvaranje Tuscon Newspapers Inc., koji bi bio u podjednakom vlasništvu Citizena i Stara. Vlada je osporila sporazum na temelju navodnog kršenja Clayton Acta, na što su se stranke pokušale obraniti teorijom opadajućeg poslovanja. Sud je, međutim, utvrdio da stranke nisu uspješno dokazale svoje tvrdnje jer nisu postojale naznake da je Citizen pred likvidacijom, da nije dokazano nepostojanje alternativnog kupca Citizena, kao ni nemogućnost uspješne reorganizacije na temelju Zakona o stečaju.

ne u dokazivanju tvrdnji opadajućeg poslovanja, ali je unatoč toj činjenici analiza predstavljenih argumenata pružila sudu prostor za definiranje temeljnih triju uvjeta opravdanosti obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja. Prvi uvjet sastojao se od dokazivanja postojanja neposredne opasnosti propasti poduzetnika, zatim dokazivanja da je poduzetnik koji se pojavljuje kao kupac posrnulog poduzetnika jedni zainteresirani kupac na tržištu, tj. da nedostaju kupci koji bi rezultirali manje protutržišnim učinkom i, na kraju, dokazivanja da je vjerojatnost uspješne reorganizacije iznimno mala.

Iako se u američkim zakonima koji reguliraju tržišno natjecanje ne spominje mogućnost obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja<sup>15</sup>, sudska praksa utjecala je na formuliranje pravila ocjene koncentracija prema kriteriju opadajućeg poslovanja u Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija iz 1997. godine, koje su zajednički donijela vladina regulatorna tijela, a služe kao svojevrsan vodič upravnim tijelima za vođenje postupka ocjene dopu-

<sup>15</sup> U američkim, baš kao i u pravilima EU-a, koncentracije su zabranjene kada mogu "znatno narušiti tržišno natjecanje" sukladno 7. odredbi Claytonova zakona. Osim navedenog zakona, odredbe prava konkurencije koje se odnose na koncentracije u zakonodavstvu SAD-a sadržane su i u Shermanovu zakonu iz 1890. (Sherman Act, 26 Stat. 209 (1890)) i Zakonu o Saveznoj komisiji za trgovinu iz 1914. (Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 717 (1914)). Shermanov zakon savezni je zakon koji sadržava dvije osnovne zabrane. Odredbu 1. kojom se zabranjuju sporazumi koji ograničavaju trgovinu i monopol te odredbu 2. kojom se zabranjuju pokušaji monopolizacije trgovine. Zakonom o Saveznoj komisiji za trgovinu 1914. godine ustanovljeno je, pak, upravno tijelo, Federal Trade Commission, kao nadležno za primjenu odredaba Claytonova zakona. Uz Saveznu komisiju, pravila tržišnog natjecanja provodi i Ministarstvo pravosuđa (Department of Justice). Njihova nadležnost razgraničena je navedenim zakonom. Do donošenja Claytonova zakona 1914. godine, saveznog građanskog zakona, Shermanov zakon bio je jedini zakon kojim su se regulirale koncentracije na tržištu. Donošenjem Claytonova zakona, koji je tijekom godina imao više izmjena, Shermanov zakon postao je sekundarni pravni temelj za borbu protiv protutržišnih koncentracija. Ni jednom od odredaba navedenih zakona se, međutim, ne spominje mogućnost izuzeća od postavljenih pravila na temelju obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja.

Više o zakonodavnoj osnovi prava antitrusta i podjele nadležnosti vidi Kintner, E. W., *A Treatise on the Antitrust Laws of the United States: Federal Antitrust Law*, vol. IV, The Clayton Act, Section 3; Section 7: Mergers and Markets, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1984., str. 103 - 112; ABA Section of Antitrust Law, *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, 2000., str. 6, Wilks, S.; McGowan L., *Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency*, sadržano u *Comparative Competition Policy*, ed. Doern B.; Wilks S., Clarendon Press, Oxford, 1996.



štenosti prijavljenih koncentracija.<sup>16</sup> Za početak, Smjernice izričito priznaju obranu prema kriteriju opadajućeg poslovanja. Točnije, Smjernice izričito navode kako nije vjerojatno da će koncentracija stvoriti ili ojačati tržišnu moć ako bi naizbježna propast jednog od sudionika koncentracije sasvim sigurno dovela do izlaska njegove imovine s tržišta.<sup>17</sup> U tim uvjetima, naime, postkoncentracijsko natjecanje na mjerodavnom tržištu ne bi bilo ništa lošije nego da se koncentracija zabrani i dopusti se izlazak imovine s tržišta.<sup>18</sup> Uvjeti uspješne obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja su, prema Smjernicama iz 1997., sljedeći:

a) poduzetnik u opadajućem poslovanju ne može ispuniti svoje financijske obveze u bliskoj budućnosti

b) ne može se uspješno reorganizirati sukladno 11. poglavlju Zakona o stečaju

c) unatoč pokušajima u dobroj vjeri, poduzetnik je neuspješan u prikupljanju razumnih alternativnih ponuda za kupnju imovine opadajućeg poduzetnika kojom bi se ona zadržala na mjerodavnom tržištu, a istodobno bi bila manja opasnost tržišnom natjecanju od prijavljene koncentracije

d) u nedostatku koncentracije imovina posrnulog poduzetnika izašla bi s tržišta.<sup>19</sup>

Ako su zadovoljeni, navedeni uvjeti upućuju na to da prijavljena koncentracija ne bi dovela do znatnog narušavanja tržišnog natjecanja jer nedostaje uzročna veza između koncentracije i narušavanja tržišnog natjecanja. Tehnički, do takvog zaključka dolazi se usporedbom činjeničnog i protučinjeničnog scenarija.<sup>20</sup> Naime, prilikom ocjenjivanja hoće li koncentracija dovesti do znatnog narušavanja tržišnog natjecanja regulatorna tijela poslušit će se hi-

<sup>16</sup> US Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, izmjene i dopune, 8. travnja 1997. (dalje u tekstu: US Merger Guidelines).

<sup>17</sup> US Merger Guidelines, § 5.0.

<sup>18</sup> *Loc. cit.*

<sup>19</sup> US Merger Guidelines, § 5.1. Iako ovaj posljednji uvjet nije izvorno bio definiran sudskom praksom, naknadno je njome potvrđen u predmetu *Olin Corp. v. FTC*, 986 F.2d 1295, 1307 (9<sup>th</sup> Cir. 1993). U navedenom predmetu sud je potvrdio stajalište FTC-a da imovina ne bi izašla s tržišta ako ne dođe do koncentracije i na toj ju je osnovi osporila.

<sup>20</sup> *Most merger analysis is necessarily predictive, requiring an assessment of what will likely happen if a merger proceeds as compared to what will likely happen if it does not.* US Merger Guidelines, 2010., toč. 1.

potetskom usporedbom vjerojatnog budućeg stanja tržišnog natjecanja ako se koncentracija provede (činjenični scenarij) u odnosu na vjerojatno stanje tržišnog natjecanja ako se koncentracija zabrani (protučinjenični scenarij).<sup>21</sup> Ako bi ishodi dvaju hipotetskih scenarija bili isti, nameće se zaključak da se znatno narušavanje tržišnog natjecanja ne može pripisati koncentraciji u razmatranju i stoga će ona biti dopuštena.

U kolovozu 2010. godine američke regulatorne agencije donijele su nove Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija<sup>22</sup>, koje su zamijenile dotadašnje Smjernice. U pretežitom dijelu Smjernice ne uvode istinski nova rješenja, već detaljnije reflektiraju praksu ustanovljenu od posljednje revizije Smjernica iz 1997. godine, donoseći podrobnije opise načina na koji upravna tijela ocjenjuju horizontalne koncentracije.<sup>23</sup> Ipak, pojedini segmenti analize mogu se smatrati revidiranim, a poglavito dijelovi koji se odnose na ulogu definiranja mjerodavnog tržišta, empirijskih i teorijskih načina dokazivanja protutržišnog učinka koncentracije, revidiranja Herfindahl-Hirschmanova indeksa, učinkovitosti i monopsona.

U kontekstu dokazivanja obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja također je došlo određene promjene. Naime, prema novim Smjernicama, za uspješnu obranu prema kriteriju opadajućeg poslovanja više nije nužno dokazati da će u nedostatku koncentracije imovina posrnulog poduzetnika izaći s tržišta.<sup>24</sup> Dok prvi komentari novih Smjernica tu izmjenu ne smatraju bitnim

<sup>21</sup> Dubois, P.-A., *The Economic Downturn And The Failing Firm Defence*, Financier Worldwide, September 2009, dostupno na <http://www.kirkland.com/sitecontent.cfm?contentID=223&itemId=2839>.

<sup>22</sup> US Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, 19. kolovoza 2010. (dalje u tekstu: US Merger Guidelines 2010.)

<sup>23</sup> Vidi primjerice Polk, D., *U.S. Antitrust Agencies Issue New Merger Guidelines*, 24. kolovoza 2010. godine, dostupno na [www.davispolk.com/files/.../082410\\_New\\_Merger\\_Guidelines.pdf](http://www.davispolk.com/files/.../082410_New_Merger_Guidelines.pdf); Lewis, M., *U.S. Antitrust Agencies Propose Updates to Horizontal Merger Guidelines*, April 26, 2010, dostupno na [http://www.morganlewis.com/pubs/ATR\\_HorizontalMergerGuidelines\\_LF\\_26apr10.pdf](http://www.morganlewis.com/pubs/ATR_HorizontalMergerGuidelines_LF_26apr10.pdf); Thacher, S., *DOJ and FTC Issue Revised Horizontal Merger Guidelines*, August 24, 2010, dostupno na <http://www.stblaw.com/content/Publications/pub1024.pdf>.

<sup>24</sup> US Merger Guidelines 2010. §11 u izvorniku navode sljedeće: *The Agencies do not normally credit claims that the assets of the failing firm would exit the relevant market unless all of the following circumstances are met: (1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act; and (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that would keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger.*

odstupanjem od dosadašnjih pravila, već je vide kao kozmetičku izmjenu<sup>25</sup>, mislimo da je ipak riječ o djelomičnom omekšavanju pristupa navedenoj obrani od strane agencija. Logika prvih reakcija temelji se na činjenici da, baš kao i u Smjernicama iz 1997. godine, nove Smjernice, objašnjavajući institut opadajućeg poslovanja u uvodnom dijelu, ističu da je riječ o koncentracijama koje ne narušavaju tržišno natjecanje upravo zato što je sigurno da će u izostanku koncentracije imovina posrnulog poduzetnika izaći s tržišta.<sup>26</sup> Iz navedenog se može zaključiti da, iako stranke više ne moraju posebno dokazivati tu činjenicu, u slučajevima uspješno dokazanih ostalih kriterija siguran je i izlazak imovine posrnulog poduzetnika s tržišta. Dok je takav zaključak u nekim situacijama točan, to ne mijenja činjenicu da postoje situacije u kojima analiza preostalih uvjeta ne dokazuje i siguran i skori izlazak imovine s tržišta, kao ni činjenicu da je takvom promjenom u svakom slučaju strankama u postupku olakšano dokazivanje obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja.

Za početak, stranke moraju dokazati da je poduzetnik sudionik koncentracija zaista poduzetnik u poteškoćama. Naime, da bi došlo do primjene predmetne obrane, poduzetnik mora zaista biti u takvim financijskim poteškoćama da je njegov izlazak s tržišta apsolutno neizbježan ako ne dođe do koncentracije. U konkretnim parametrima to znači da koncentracija mora uključivati insolventnog poduzetnika, poduzetnika na rubu insolventnosti ili poduzetnika u neposrednoj opasnosti od financijskog kolapsa.<sup>27</sup> Ponuđeni kriteriji osiguravaju da koncentracije uključuju trajno posrnulog poduzetnika, a ne poduzetnika koji se nalazi samo u privremenim poteškoćama. Iako se može pretpostaviti da ako sam poduzetnik izlazi s tržišta zbog trajnih financijskih poteškoća, izlazi s tržišta i njegova imovina, to ne mora nužno biti tako. Naime, pojam poduzetnika u kontekstu prava tržišnog natjecanja ne može biti sveden na skup njegove imovine jer se poduzetnikom smatra pravna i fizička osoba koja obavljajući gospodarsku djelatnost sudjeluje u proizvodnji i prometu robe i pružanju usluga, koristeći se u tu svrhu svojom proizvodnom i drugom imovi-

<sup>25</sup> Vidi primjerice Polk, *op. cit.* u bilj. 24.

<sup>26</sup> US Merger Guidelines 2010. §11 u izvorniku navode sljedeće: *Notwithstanding the analysis above, a merger is not likely to enhance market power if imminent failure, as defined below, of one of the merging firms would cause the assets of that firm to exit the relevant market. This is an extreme instance of the more general circumstance in which the competitive significance of one of the merging firms is declining: the projected market share and significance of the exiting firm is zero. If the relevant assets would otherwise exit the market, customers are not worse off after the merger than they would have been had the merger been enjoined.*

<sup>27</sup> Kokkoris, *op. cit.* u bilj. 14, str. 160.

nom. Imajući u vidu ovo pravno razgraničenje, postaje sasvim jasno da, govoreći o izlasku poduzetnika s tržišta, govorimo o njegovu prestanku obavljanja gospodarske djelatnosti, što ne znači nužno da će pritom s tržišta izaći i sva njegova imovina. Naime, moguće je, i u mnogim situacijama vrlo vjerojatno, da imovinu posrnulog poduzetnika u postupku likvidacije ili stečaja kupe drugi poduzetnici i na taj način i dalje bude korištena na tržištu, unatoč prestanku obavljanja gospodarske djelatnosti posrnulog poduzetnika.

Nadalje, stranke koncentracije moraju dokazati da je navedeni izlazak poduzetnika s tržišta neizbježan i skori. Indicija kojom se mogu poslužiti jest usporedba vrijednosti operativnog poduzetnika i njegove likvidacijske vrijednosti.<sup>28</sup> Ako je vrijednost poslujućeg poduzetnika manja od njegove likvidacijske vrijednosti, izgledan je i njegov skori izlazak s tržišta.<sup>29</sup> Drugim riječima, navedeni kriterij osigurava da nije moguća uspješna reorganizacija poduzetnika, koja bi omogućila poduzetniku oporavak i daljnje poslovanje na tržištu, što bi uključivalo i ostanak imovine na tržištu. Naravno, ista pretpostavka vrijedi i u suprotnom smjeru - ako poduzetnik posjeduje znatnu imovinu koja doseže najveću vrijednost u trenutačnoj uporabi, tada nije vjerojatan izlazak te imovine s tržišta, čak ni u situacijama u kojima poduzetnik ne može ispuniti svoje financije obveze u bliskoj budućnosti jer ulagači više vrednuju poslujućeg poduzetnika nego njegovu likvidaciju.<sup>30</sup> Navedeni kriterij, međutim, upućuje na nemogućnost ostanka na tržištu samog posrnulog poduzetnika, a time i njegove imovine, čime se jedino dokazuje da imovina ne bi opstala na tržištu na taj način, ali nam ništa ne govori o mogućnosti ili nemogućnosti ostanka imovine na tržištu nekim drugim načinom, ponajprije upotrebom imovine od strane drugih poduzetnika koju su je kupili u postupku stečaja ili likvidacije.

<sup>28</sup> Tako Shapiro, *op. cit.* u bilj. 13, str. 11.

<sup>29</sup> Poteškoće navedenog dokazivanja sastoje se od problematične analize financijskih podataka jer uključuju niz pretpostavki o budućem tijeku novca, odnosu dioničara prema mogućoj ekonomskoj reorganizaciji, nužnost analize cijele industrije u kojoj poduzetnik djeluje radi određivanja vrijednosti imovine poduzetnika, kao i poteškoće definiranja točnog vremena izlaska poduzetnika s tržišta. Analiza financijskih podataka problematična je zato što se moraju uzeti u obzir sadašnji i povijesni podaci. Povijesni podaci nisu uvijek indikativni. Primjerice, visoki povijesni tržišni udjeli neće biti indikativni u pogledu sposobnosti poduzetnika da se uspješno natječe u budućnosti ako su ti udjeli bili bazirani na postojanju imovine koja neće postojati u budućnosti - istjecanje vrijednog patenta, iskorištenost rudnika, vidi OECD Report, *op. cit.* u bilj. 11, str. 32.

<sup>30</sup> Shapiro, *op. cit.* u bilj. 13, str. 11.

Inače, čak i neovisno o pitanju ostanka imovine na tržištu, ovaj uvjet vrlo je dvojben dokaz o opravdanosti obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja. Naime, reorganizacija je moguća u postupku stečaja, dokapitalizacije, pristupu tržištu kapitala i sl. Problem koji se tu pojavljuje sastoji se od teško provedive usporedbe učinaka prijavljene koncentracije na tržišno natjecanje s učincima reorganiziranog poduzetnika. Naime, u tom kontekstu postavlja se legitimno pitanje bi li moguća reorganizacija poduzetnika bila dovoljno efikasna za trajnu održivost poduzetnika na tržištu ili bi njegovo održavanje na životu dovelo do niza protutržišnih poslovnih odluka usmjerenih na poboljšanje poslovnog statusa koji bi bio gori za tržišno natjecanje od provedbe koncentracije.

Na kraju, nepostojanje alternativne, manje protutržišne ponude od predložene koncentracije također ne pruža dokaz o izlasku imovine s tržišta ako ne dođe do koncentracije. Naime, ako se takva prilika nije ukazala na tržištu, to ne znači da će imovina poduzetnika sasvim sigurno izaći s tržišta ne dođe li do realizacije prijavljene koncentracije. Naime, iako se može zaključiti da samo prospektivne koncentracije, bilo da je riječ o onoj prijavljenoj ili nekoj drugoj manje protutržišnoj, sasvim sigurno upućuju na ostanak imovine posrnulog poduzetnika na tržištu, one ni na koji način ne dokazuju da će u njihovu izostanku imovina sasvim sigurno izaći s tržišta. Naime, alternativna ponuda koja bi imala manje protutržišne učinke mora biti razumna i vjerojatna.<sup>31</sup> Kako bi pružio dokaz o nepostojanju manje protutržišne transakcije, opadajući poduzetnik sam mora tražiti bolju ponudu i biti neuspješan u tome. Razumna alternativna ponuda mora biti takva s aspekta tržišnog natjecanja, a ne financijske isplativosti, što znači da je dovoljno da ponuda bude nešto veća od likvidacijske vrijednosti imovine da bi bila razumna.<sup>32</sup> Upravo ta indicija dokazuje da je navedeni uvjet konceptualno potpuno odvojen od uvjeta izlaska imovine s tržišta. Kod ovog uvjeta manje narušavajuća ponuda usporedna je alternativa koja, iako manje isplativa s aspekta posrnulog poduzetnika, ipak biva realizirana prema vrijednosti većoj od likvidacijske vrijednosti posrnulog poduzetnika. Svrha dokazivanja nepostojanja takve alternativne ponude je dokazivanje da je jedino prijavljena koncentracija, bez obzira na stupanj budućeg narušavanja tržišnog natjecanja, jedina alternativa opstanka posrnulog poduzetnika na tržištu. Za razliku od toga, dokazivanje izlaska imovine s tržišta ima svrhu dokazati da će u nedostatku prijavljene ili bilo koje druge koncentracije *imovina* sasvim sigurno izaći s tržišta jer ne postoji mogućnost njezine prodaje u

<sup>31</sup> US Merger Guidelines 2010. §11.

<sup>32</sup> Kokkoris, *op. cit.* u bilj. 14, str. 60.

postupku likvidacije ili stečaja upravo po njezinoj likvidacijskoj vrijednosti. Imajući navedeno na umu, može se zaključiti da dokaz o nepostojanju alternativne, manje protutržišne ponude od predložene koncentracije, ne apsorbira i dokazivanje izlaska imovine s tržišta.

Unatoč činjenici da navedeni uvjet ne govori mnogo o sigurnom izlasku imovine s tržišta, u širem kontekstu opravdanosti obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja, on je najvažniji dokaz zaštite budućeg tržišnog natjecanja, a ujedno i najteži za provedbu s aspekta posrnulog poduzetnika, kao i najteži za interpretaciju od strane agencija. Razlog tomu je da će razumna alternativna ponuda ponekad biti financijski lošija alternativa za opadajućeg poduzetnika u vidu učinkovitosti kasnijeg poslovanja, čime na neki način, tražeći bolju ponudu s aspekta tržišnog natjecanja, posrnuli poduzetnik mora tražiti lošiju ponudu s aspekta interesa dioničara. Osim toga, moguće je da manje protutržišna koncentracija neće dovesti do kreiranja poduzetnika koji će se jednako učinkovito natjecati na tržištu<sup>33</sup> i time dugotrajno naštetiti tržišnom natjecanju više od planirane koncentracije s jačim konkurentom. Samo dokazivanje ovog uvjeta pretpostavlja niz teško premostivih prepreka. Da bi u dobroj vjeri potražio alternativnu transakciju, posrnuli poduzetnik mora se na vrijeme upustiti u potragu za kupcima, što nužno uključuje trošenje ionako oskudnih sredstava koja bi mogla biti iskorištena za poboljšanje poslovanja, čime se poduzetnik može dovesti u situaciju da ubrzava vlastitu propast. Osim toga, otvoreno traženje ponuda može navesti konkurente da tu situaciju iskoriste za ostvarivanje kompetitivne prednosti, uvjeravajući kupce da prestanu kupovati od konkurenta koji se nalazi pred financijskom propasti.<sup>34</sup>

Iako pružanje prethodno opisanih kriterija opadajućeg poslovanja donekle obuhvaća i dokaz o izlasku imovine takvog poduzetnika s tržišta, ono ipak u potpunosti ne apsorbira taj uvjet i u tom smislu se novi pristup Smjernica ipak može smatrati bitnom promjenom u odnosu na Smjernice iz 1997. godine. Naime, dokazivanje izlaska imovine s tržišta posrnulog poduzetnika pretpostavljalo je pružanje dokaza da nitko treći neće kupiti imovinu i koristiti je na tržištu. Stranke su u biti morale dokazati da na tržištu nema stvarnog ni potencijalnog konkurenta zainteresiranog za kupnju imovine posrnulog podu-

<sup>33</sup> McDavid, *op. cit.* u bilj. 10.

<sup>34</sup> Shehadeh, R.; Larson J.; Knable Gotts, *The Effect of Financial Distress on Business Investment: Implications for Merger Reviews*, Antitrust, 2009., vol. 23, br. 2, str. 12, citirano u OECD Report, *op. cit.* u bilj. 11, str. 32.

zetnika u postupku likvidacije, suočavajući se istodobno s problemom identifikacije imovine zanimljive s aspekta konkurenata i definiranja vremena nužnog za realizaciju kupnje.<sup>35</sup> Kako više ne moraju dokazivati ovaj uvjet, stranke se sasvim sigurno nalaze u nešto povoljnijem položaju. Međutim, mislimo da bi mogla biti riječ o korisnom kompromisu. Naime, dok se strankama koncentracije donekle olakšao položaj u postupku dokazivanja, sam ishod analize ne mora nužno gubiti važnost jer će u mnogim situacijama u slučaju izlaska poduzetnika s tržišta s tržišta izaći i njegova imovina.

#### IV. Obrana prema kriteriju opadajućeg poslovanja u EU

Uredba o koncentracijama 139/2004, kao ni ona koja joj je prethodila<sup>36</sup>, ne spominju mogućnost obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja. Navedeni institut razvijen je u praksi europskih sudova koja je kasnije uvedena u Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija iz 2004. godine.<sup>37</sup> Sud je prvi put definirao obranu prema kriteriju opadajućeg poslovanja u predmetu *Kali/Salz*<sup>38</sup> 1998. godine. U navedenom predmetu Komisija je istaknula primjenljivost obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja na temelju nepostojanja uzročne veze između koncentracije i stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja na tržištu

<sup>35</sup> OECD Report, *op. cit.* u bilj. 11, str. 33-34.

<sup>36</sup> Pravila tržišnog natjecanja u EU koja se odnose na koncentracije izvorno su bila sadržana u Uredbi o kontroli koncentracija iz 1989. godine (Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of Concentrations between Undertakings O.J. L395, 30. 12. 1989., str. 1 - 12). Godine 2004. donesena je nova Uredba, 139/2004 (Council Regulation (EC) No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings O.J. L 24, 29. 1. 2004., str. 1 - 22) koja je i danas na snazi.

<sup>37</sup> Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings (2004/C 31/03); O.J. C 31 5. 2. 2004. (dalje u tekstu: EU Merger Guidelines), baš kao i u pravu SAD-a, Smjernice nisu obvezujući pravni akt, već djeluju snagom svoje uvjerljivosti, ali su iznimno važan dokument koji doprinosi predvidljivosti i transparentnosti ocjene koncentracija od strane Komisije.

<sup>38</sup> U predmetu IV/M. 308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand* OJ C 275/3, 3. 9. 1998. Kali und Salz, najveći proizvođač potaše u Zajednici predložio je kupiti Mitteldeutsche Kali AG (MdK), drugog najvećeg proizvođača potaše (kalijev karbonat) u Zajednici. Na temelju specifičnih preferencija potrošača Komisija je definirala dva zemljopisna područja - Zajednicu i Njemačku. Na području Njemačke postojala je opasnost od stvaranja *de facto* monopola. Unatoč tome, koncentracija je dopuštena na temelju uspješno dokazane obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja.

te utvrdila općenito pravilo primjenljivosti navedene obrane prema kojemu je nužno dokazati:

- da će poduzetnik u bliskoj budućnosti biti prisiljen izaći s tržišta ako ga ne preuzme neki drugi poduzetnik
- da bi i u izostanku koncentracije tržišni udjeli poduzetnika u poteškoćama pripali poduzetniku koji ga prijavljenom koncentracijom preuzima
- da ne postoji druga manje protutržišna alternativa.<sup>39</sup>

Ono što je iznimno specifično u navedenom predmetu i bitno različito od prakse SAD-a bio je uvjet prema kojemu je bilo nužno dokazati da bi i u slučaju izostanka koncentracije tržišni udjeli poduzetnika u poteškoćama pripali poduzetniku koji ga prijavljenom koncentracijom preuzima. Logika navedenog uvjeta sastojala se od toga da se tržišna situacija prije i poslije provedbe koncentracije ne bi znatno promijenila, odnosno da koncentracija ne bi dovela da narušavanja tržišnog natjecanja. To se, međutim, pokazalo kao uvjet koji je iznimno teško dokazati i veći broj prijavljenih koncentracija nije uspio zadovoljiti navedeni kriterij<sup>40</sup>, što je dovelo do redefiniranja uvjeta opadajućeg poslovanja u naknadnoj praksi. U tom je smislu najvažniji predmet *BASF/Eurodiol/Pantochim*<sup>41</sup> iz 2002. godine jer je njime Komisija razradila svoj pristup obrani prema kriteriju opadajućeg poslovanja upravo u odnosu na uvjet da bi tržišni udjeli poduzetnika u poteškoćama pripali poduzetniku koji ga prijavljenom koncentracijom preuzima i u njezinu izostanku.

Prijavljena koncentracija u navedenom predmetu sastojala se od kupnje Eurodiola i Pantochima, dviju belgijskih društava kćeri talijanskog poduzetnika SISAS Spa, od strane BASF-a Antwerpen N.V. Dva poduzetnika koja su trebala biti kupljena nalazila su se u predstečajnom režimu, dok je talijansko društvo majka u vrijeme prijavljivanja koncentracije već bilo u stečaju. Komisija je analizirala mogućnost stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja na raznim tržištima kemijskih proizvoda. Stranke su bile uspješne u svojoj obrani, unatoč činjenici da mogle dokazati kako bi u slučaju zatvaranja dvaju društava BASF

<sup>39</sup> Case IV/M. 308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand* O.J. C 275/3, 3. 9. 1998., toč. 71.

<sup>40</sup> Primjerice, u predmetu *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM* O.J. L 247/1, 10. 9. 1997., obrana prema kriteriju opadajućeg poslovanja bila je neuspješna jer je Komisija smatrala kako su dostupne manje protutržišne ponude, a čak i da nisu, zaključila je da bi potrošačima bilo bolje kada bi Wacker-Chemie prestao poslovati nego njegov nastavak kroz prijavljenu koncentraciju.

<sup>41</sup> Predmet COMP/M. 2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim* O.J. L 132/45, 17. 5. 2002.



stekao sve njihove tržišne udjele. Komisija je uzela u obzir sve predstavljene argumente i zaključila da bi kriteriji utvrđeni predmetom Kali/Salz trebali biti redefinirani na način da se uvjet stjecanja tržišnog udjela posrnulog poduzetnika zamijeni uvjetom neizbježnog izlaska imovine posrnulog poduzetnika s tržišta u izostanku prijavljene koncentracije. Upravo je kriterij izlaska imovine s tržišta bila najveća inovacija ovog predmeta.<sup>42</sup> Njegovo uvođenje temeljilo se na mišljenju Komisije da bi se tržišni uvjeti znatno pogoršali i potrošači bi bili u puno lošijem položaju ako bi imovina posrnulih poduzetnika izašla s tržišta umjesto da na njemu ostane kroz provedbu prijavljene koncentracije. Komisija je istaknula da u svakom slučaju primjena instituta opadajućeg poslovanja zahtijeva da pogoršanje kompetitivne strukture tržišta provedbom koncentracije ne bude lošije od situacije na tržištu u izostanku koncentracije<sup>43</sup>, što odgovara osnovnoj suvremenoj postavci obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja.

Kada je 2004. godine Komisija donijela Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija u kojima je obrani prema kriteriju opadajućeg poslovanja posvetila jedan cijeli odjeljak, prihvatila je stajalište predmeta *BASF/Eurodiol/Pantochim* i umjesto uvjeta stjecanja tržišnih udjela posrnulog poduzetnika uvela kriterij neizbježnog izlaska imovine s tržišta.

Upravo se u primjeni ovog kriterija danas, nakon donošenja novih Smjernica u SAD-u, razlikuje institut opadajućeg poslovanja između dviju jurisdikcija. Naime, ostali kriteriji istovjetni su i u pravilu na njih se primjenjuje ista vrsta problematike o kojoj je već bilo riječi.

Smjernice navode da Komisija može odlučiti da je inače protutržišna koncentracija u skladu sa zajedničkim tržištem ako je jedan od poduzetnika u financijskim poteškoćama, inkorporirajući time temeljni zahtjev obvezatnosti nedostatka kauzaliteta između koncentracije i narušavanja tržišnog natjecanja. Nedostatak kauzaliteta odnosi se na situacije u kojima bi se kompetitivna struktura tržišta pogoršala barem onoliko koliko bi se pogoršala u izostanku koncentracije<sup>44</sup>, što upućuje na stajalište neutralnog učinka koncentracije na tržišno natjecanje usvojeno i američkom praksom. Što se tiče kriterija za dokazivanje obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja, oni su, uz iznimku

<sup>42</sup> Baccaro, *op. cit.* u bilj. 10, para. 16.

<sup>43</sup> Predmet COMP/M. 2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim* O.J. L 132/45, 17. 5. 2002., para. 143. *In any event, the application of the concept of the 'rescue merger' requires that the deterioration of the competitive structure through the merger is at least no worse than in the absence of a merger.*

<sup>44</sup> EU Merger Guidelines, *op. cit.* u bilj. 38, toč. 89.

obveznog dokazivanja izlaska imovine s tržišta, istovjetni onima utvrđenima u američkoj praksi. Prvo, nužno je dokazati da će posrnuli poduzetnik zbog financijskih poteškoća u skoroj budućnosti biti prisiljen izaći s tržišta ako ne bude kupljen ili preuzet od nekog drugog poduzetnika te je nužno dokazati nepostojanje manje protutržišne alternativne koncentracije onoj prijavljenoj.<sup>45</sup>

Dok je dokaz da će u slučaju izostanka prijavljene koncentracije imovina posrnulog poduzetnika sasvim sigurno izaći s tržišta izostavljen u novim Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija u SAD-u, u praksi EU-a jedan je od najstrožih i najteže dokazivih uvjeta. U izvješću za Okrugli stol OECD-a s temom obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja, Komisija EU-a pobliže je objasnila važnost i problematiku navedenog uvjeta. Tako Komisija navodi da je svrha dokazivanja neizbježnog izlaska imovine s tržišta "(...) ocijeniti vjerojatnost ostanka proizvodne imovine posrnulog poduzetnika na tržištu u njezinoj trenutnoj uporabi od vjerojatnosti likvidacije i premještanja te imovine u neke učinkovitije svrhe. Ako bi proizvodna imovina ostala na tržištu, učinci tržišnog natjecanja mogli bi biti isti (ili učinkovitiji) od kupnje cijelog posrnulog poduzetnika čak i od strane alternativnog kupca".<sup>46</sup> Upravo iz tog razloga Komisija smatra nužnim ocijeniti spremnost ulagača da zadrže pojedinačnu imovinu u njihovoj dosadašnjoj upotrebi. U vezi s time Komisija ocjenjuje bi li premještaj navedene imovine prouzročio kratkoročno narušavanje nabave koje bi prouzročilo znatniju štetu kupcima i potrošačima nego prijenos cjelovitog operativnog poduzetnika.<sup>47</sup>

Kao što smo vidjeli, u praksi SAD-a stranke koncentracije koriste se usporedbom vrijednosti operativnog poduzetnika i njegove likvidacijske vrijednosti radi dokazivanja skorog i neizbježnog izlaska *poduzetnika* s tržišta.<sup>48</sup> Ako je vrijednost poslujućeg poduzetnika manja od njegove likvidacijske vrijednosti, siguran je i njegov skori izlazak s tržišta.<sup>49</sup> Navedeno upućuje na zaključak da se dokazivanjem neizbježnog i skorog izlaska *poduzetnika* s tržišta posredno dokazuje i izlazak njegove *imovine* s tržišta. Takva logika, međutim, obrnuta je od one koja se koristi u praksi EU-a. Komisija je u svojem izvješću izričito navela

<sup>45</sup> *Ibid.*, toč. 90.

<sup>46</sup> OECD, Directorate For Financial And Enterprise Affairs Competition Committee, Roundtable On Failing Firm Defence, Note by the Delegation of the European Commission - DAF/COMP/WD(2009)100, str. 3.

<sup>47</sup> *Loc. cit.*

<sup>48</sup> Tako Shapiro, *op. cit.* u bilj. 13, str. 11.

<sup>49</sup> Vidi bilj. 29.

da je izlazak imovine s tržišta vezan za dokazivanje izlaska poduzetnika s tržišta, a ne obrnuto.<sup>50</sup> Logika ovog dijela testa sastoji se upravo od toga da ostala dva uvjeta, izlazak poduzetnika s tržišta i nepostojanje manje protutržišne alternative, “*ne govore ništa o vjerojatnosti kupnje razne proizvodne imovine od strane trećih osoba u stečajnom ili likvidacijskom postupku*”.<sup>51</sup> Stoga, dokazivanjem izlaska imovine s tržišta osnažuju se i dopunjavaju dokazi ostalih dvaju uvjeta, ali nikako obrnuto. Upravo se zato kriterij neizbježnog izlaska imovine s tržišta “vrlo striktno primjenjuje i u pravilu ga je iznimno teško dokazati”.<sup>52</sup> Rezultat ovakvih pretpostavki jest teži položaj stranaka u postupku dokazivanja obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja u EU-u od onoga koji sada stranke uživaju u postupku u SAD-u.

Dokaz navedenih zaključaka možemo pronaći i u nedavnoj praksi EU-a u predmetu FIAMM<sup>53</sup>. U navedenom predmetu stranke, iako uspješne u dokazivanju da se poduzetnik nalazi u poteškoćama zbog čega mu prijete izlazak s tržišta, kao i nepostojanja manje protutržišne alternative prijavljenoj koncentraciji, nisu bile uspješne u dokazivanju neizbježnog izlaska imovine s tržišta. U tom pogledu navedeni uvjet nije smatran dokazanim, unatoč činjenici da je Komisija prihvatila navode o nemogućnosti ostanka imovine na tržištu u okviru operativnog poduzetnika u poteškoćama, dakle u njezinoj trenutačnoj upotrebi. Komisija je zaključila kako bi bilo moguće da pojedinačna imovina bude kupljena od manjih poduzetnika u postupku likvidacije i na taj način bude vraćena na tržište u relativno kratkom razdoblju, čime bi se kupci našli u boljem položaju nego da dođe do provedbe koncentracije.<sup>54</sup> Primjeri poput ovoga idu u prilog opravdanosti zadržavanja kriterija obveznog izlaska imovine s tržišta kao uvjeta opravdanosti primjene obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja.

---

<sup>50</sup> *Loc. cit.*

<sup>51</sup> *The rationale for this part of the test is that the application of the two previous conditions does not address the possibility of a take-over by third parties of the various production assets of the failing firm in the course of bankruptcy proceedings., loc. cit.*

<sup>52</sup> *Loc. cit.*

<sup>53</sup> Predmet M.4381 JCI/VB/FIAMM, Commission decision 10. 5. 2007.

<sup>54</sup> U konačnici je koncentracija bila uvjetno dopuštena slijedeći analizu nedostatka kauzaliteta između koncentracije i znatnog narušavanja tržišnog natjecanja. Za detaljniju analizu predmeta vidi OECD Report, *op. cit.* u bilj. 11, str. 4 i 5.

## V. Doba recesije

Posljednjih se godina cijeli svijet suočio s financijskom krizom koja je pogodila cjelokupna gospodarstva i odrazila se na sve segmente društvenog života. Uvjeti poslovanja postali su znatno otežani zbog čega je u porastu broj poduzetnika koji zapadaju u financijske poteškoće, u mnogim slučajevima takvih razmjera da im prijete izlazak s tržišta. Najveći problem jest to što mnogi od tih poduzetnika i dalje dobro posluju, potražnja za njihovim proizvodima je konstantna, a unatoč tome njihov je izlazak s tržišta neizbježan jer ne mogu nabaviti sredstva za svakodnevno poslovanje zbog nemogućnosti pristupa tržištu kapitala.<sup>55</sup> Suočavajući se svakodnevno s takvom situacijom, mnoge agencije za zaštitu tržišnog natjecanja pod pritiskom su prilagođavanja pravila tržišnog natjecanja novonastalim gospodarskim prilikama. U kontekstu koncentracija prisiljene su razmotriti je li za održanje gospodarstva uputno olakšati primjenu pravila obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja koja su, kako je već prezentirano, vrlo teško dokaziva i u pravilu rezultiraju malim brojem odobrenih koncentracija na toj osnovi.<sup>56</sup>

Postoje mnogi argumenti u prilog i protiv omekšavanja pravila tržišnog natjecanja. Pobornici uzimanja u obzir argumenata opadajućih industrija prilikom ocjenjivanja koncentracija koje uključuju posrnulog poduzetnika ističu kako bi takva politika pomogla u revitalizaciji industrija u poteškoćama time što bi omogućila poduzetnicima učinkovitije natjecanje, čime bi racionalizirali višak kapaciteta i smanjili troškove.<sup>57</sup> Osim toga, ističe se uvijek aktualna i kontroverzna, stara teza prema kojoj se tržišno natjecanje ne smije svesti samo na ekonomsku analizu, već treba uzimati u obzir i dobrobit radnika, dioničara i ostalih društvenih skupina.<sup>58</sup> Konačno, ističe se kako je obrana prema kriteriju opadajućeg poslovanja neprikladna u situacijama opadajućih industrija jer se fokusira samo na financijsko stanje stranaka koncentracija, ne uzimajući u

<sup>55</sup> Foecking, J.; Ohrlander, P.; Ferdinandusse, E., *Competition and the financial markets: The role of competition policy in financial sector rescue and restructuring*, Forthcoming in Competition Policy Newsletter 2009-1.

<sup>56</sup> OECD Report, *op. cit.* u bilj. 11, str. 21.

<sup>57</sup> Pitofsky, R., *Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy*, 81 Georgetown L.J. 195, 227 (1992), citirano u Nigro, *op. cit.* u bilj. 10, str. 6.

<sup>58</sup> Labaton, S., *Airlines and Antitrust: a New World or Not*. N.Y. Times, 18. 11. 2001., citirano u *loc. cit.*

obzir učinak koji bi takve koncentracije imale na industriju u cjelini.<sup>59</sup> Argumenti protiv prilagodbe pravila tržišnim uvjetima pak ističu kako će mnogi pokušati pretvoriti svaku privremenu recesiju u zlatnu priliku za kartelizaciju industrije putem koncentracija<sup>60</sup> i, još važnije, nemogućnost agencija da definiraju standard za određivanje opadajuće industrije jer ju je teško razlučiti od one koja se samo nalazi u privremenim, cikličkim poteškoćama do kojih dolazi i u ekonomski stabilnim vremenima.<sup>61</sup>

Nedavni Okrugli stol OECD-a s temom obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja, na kojemu su analizirani postojeći uvjeti navedene obrane u gotovo svim zemljama članicama OECD-a<sup>62</sup> u kontekstu globalne financijske krize, završio je preliminarnim zaključkom kako unatoč ozbiljnosti postojeće krize nije uputno mijenjati postojeća pravila.

Većinsko stajalište u skladu je s poznatom krilaticom da su recesije prolazne, a koncentracije trajne<sup>63</sup>, što može dovesti do dugoročnog narušavanja tržišnog natjecanja čiji su negativni učinci izraženi kada doba recesije prođe. Koncentracije dovode do trajne promjene na strukturi tržišta, točnije do njegove veće koncentriranosti i jednom kada takve promijene nastupe, nemoguće ih je korigirati pravilima o koncentracijama. Navedene posljedice bitno su štetnije od kratkoročnog omekšavanja pravila koja bi omogućila veći broj koncentracija kojima bi se spasili poduzetnici u privremenim poteškoćama izazvanima financijskom krizom. Osim toga, iznimno je važno istaknuti da politika tržišnog natjecanja, za razliku od ostalih vladinih politika poput zdravstvene politike, politike očuvanja okoliša, sigurnosti ili financijske politike, nije interventna politika koja bi za cilj imala usmjeravanje tržišta.<sup>64</sup> Tržište se treba samo usmjeravati tamo gdje ga vode želje i potrebe potrošača. Cilj prava tržiš-

<sup>59</sup> Federal Trade Commission Staff, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High – Tech, Global Marketplace*, 3. 5. 1996., dostupno na <http://www.ftc.gov/opp/hitech/global.htm>, citirano u *loc. cit.*

<sup>60</sup> Salop, S. C., *Izjava za Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition*, 1995., citirano u *loc. cit.*

<sup>61</sup> Boast, M. S., LeBoeuf, Lamb, Green & MacRae, *Izjava za Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition*, 1995., *loc. cit.* vidi također Shapiro, *op. cit.* u bilj. 13.

<sup>62</sup> Svoj doprinos izvješću OECD-a dale su sljedeće jurisdikcije: Belgija, Kanada, Čile, Danska, Francuska, Njemačka, Irska, Japan, Koreja, Novi Zeland, Poljska, Španjolska, Švicarska, Turska, Ujedinjeno Kraljevstvo, Sjedinjene Američke Države, Europska komisija, Izrael, Rusija i Južna Afrika.

<sup>63</sup> Shapiro, *op. cit.* u bilj. 13, str. 8.

<sup>64</sup> *Ibid.*, str. 3.

nog natjecanja je očuvanje učinkovitog natjecanja, a ne regulacija tržišnih kretanja i zaštita tržišnih takmaca.<sup>65</sup> Imajući navedeno na umu, problemu recesije valja pristupiti drugim politikama, ponajprije pravilima o državnim potporama i stečajnim zakonima.

Opasnost od korištenja pravila tržišnog natjecanja radi korekcije neželjenih tržišnih kretanja osjetio je SAD za vrijeme Velike depresije 1929. godine. U to doba svjetske su burze doživjele nezapaženi kolaps koji je imao razorne učinke na tržište. U želji da se što prije zaustave posljedice i spase američke korporacije, SAD je popustio iskušenju i donio niz zakona kojima su se otvoreno dopuštale protutržišne transakcije radi spašavanja ekonomije. Najpoznatiji u tom smislu bio je zakon o spašavanju nacionalne industrije iz 1933. godine (National Industrial Recovery Act). Navedenim zakonom utemeljeno je zasebno državno tijelo<sup>66</sup> koje je pomagalo industrijama u stvaranju posebnih pravila postupanja, koja su se sastojala od niza sporazuma kojima se ograničavalo međusobno natjecanje u cijenama, ograničavali su se proizvodnja i ulaganja. Sastavni dio sporazuma bio je i dogovor da će dio tako povećanih prihoda biti podijeljen s radnom snagom putem plaća.<sup>67</sup> Tijekom nekoliko godina počele su se prikazivati posljedice tako stvorenih koncentriranih, monopolnih i oligopolnih tržišta.<sup>68</sup> Uslijedile su godine borbe sa stvorenim korporacijama koje su, čim se ukazala prilika, počele zloupotrebjavati svoje položaje na tržištu, dugoročno narušavajući stabilnost američke ekonomije. Primjerice, tijekom Velike depresije Vrhovni sud dopustio je stvaranje zajedničkog pothvata između 137

<sup>65</sup> Navedeno stajalište u SAD-u izraženo je još 1962. godine u predmetu *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962). *Antitrust law also does not protect the survival of firms for their own sake; as often stated, it seeks to protect competition, not competitors.*

<sup>66</sup> National Recovery Administration (NRA).

<sup>67</sup> Za detaljnu analizu učinaka Velike depresije vidi Shapiro, *op. cit.* u bilj. 13, str. 4 – 6.

<sup>68</sup> *Ibid.*, “(...) a growing realization that the cartels sponsored by the NRA were causing significant harm and extending the economic downturn, Roosevelt, by the beginning of his second term, reconsidered his opposition to a strong competition policy”.

Kao reakcija na sve češće pritužbe o fiksiranju cijena na tržištu i koluzivne prakse, utemeljeno je posebno tijelo koje je revidiralo politiku NRA-a, tzv. National Recovery Review Board, koji je nakon provedene istrage iznio sljedeće zaključke: “*Our investigations have shown that in the instances mentioned the codes do not only permit but foster monopolistic practices and nothing has been done to remove or even to restrain them. If monopolistic business combinations in this country could have anything ordered to their wish, they could not order any thing better than to have the antitrust laws suspended.*” National Recovery Review Board 1935, 3rd report, str. 34 - 37, citirano u *ibid.*, str. 5.

proizvođača ugljena uz argument da će se izvori trgovine isušiti ako proizvodni koncerni propadnu, poraste nezaposlenost i propadnu zajednice ovisne o profitabilnosti proizvodnje<sup>69</sup>, što je dovelo do kartelizacije navedene industrije. Reakcija antimonopolnih tijela na recesiju izazvanu krahom burze 30-ih godina prošlog stoljeća jasno je pokazala da prilagodba pravila tržišnog natjecanja ekonomski teškim vremenima ne promovira ekonomsku revitalizaciju, već ima suprotan učinak.

Poučeni ovom velikom lekcijom, američki zastupnici na okruglom stolu OECD-a 2009. godine žustro su zagovarali održavanje postojećih pravila tržišnog natjecanja u jeku suvremene recesije.<sup>70</sup> Istaknuto je kako propast industrije ne smije biti razlog odobrenja koncentracije koja ne ispunjava uvjete opadajućeg poslovanja, ali da se ta činjenica može uzeti u obzir prilikom procjene budućeg znatnog narušavanja tržišnog natjecanja od strane prijavljene koncentracije.<sup>71</sup> Pri tome su se pozvali na Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija u kojima se izričito navodi da će antimonopolna tijela uzeti u obzir razumno predvidljive učinke promjena tržišnih uvjeta prilikom interpretacije tržišne koncentracije i podataka o tržišnim udjelima.<sup>72</sup> To rješenje rezultat je presude iz 1974. godine u predmetu *U.S. v. General Dynamics Corp.*

<sup>69</sup> Vidi *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344, 372 (1933), citirano u Nigro, *op. cit.* u bilj. 10, str. 3.

<sup>70</sup> Načelnik Department of Justice's Antitrust Divisiona nedavno je izjavio: "We are likely to see firms consider consolidation to alleviate perceived financial weakness in a distressed economy. A down economy does not change the fundamental analysis, however, which looks to the effects of the merger on competition. We will need to stick to the basics with a clear application of our guidelines to each transaction. For instance, although we may see "failing firm" defences asserted more often, the analysis should be the same as it was before—will the acquisition benefit consumers? Is the acquisition the only way to keep the firm's assets in the market? When to credit a failing firm defence is just one of the issues we will face in the coming months". OECD Report, *op. cit.* u bilj. 11, str. 182.

<sup>71</sup> OECD Report, *op. cit.* u bilj. 11.

2009. godine slično stajalište izrazila je i Neelie Kroes u ime Europske komisije: "As regards mergers, the Commission is continuing to apply the existing rules, taking full account of the economic environment. Our rules provide the necessary flexibility to deal with decisions that require fast treatment, such as transactions which are part of rescue operations, in order to enable immediate implementation of these transactions. On substance, the EU merger control rules allow the Commission to take into account rapidly evolving market conditions and, where applicable, the failing firm defence." Citirano u Holman Fenwick Willan - *The 'failing firm' defence in difficult times, July 2010 - Insolvency & Restructuring*, Legal Developments, dostupno na <http://www.legal500.com/developments/11008>.

<sup>72</sup> US Merger Guidelines 1997 § 1.521.

kojom je, doduše, odbijen argument oslabljene industrije kao odlučujućeg faktora odobrenja koncentracije, ali je istaknuta važnost i obveza uzimanja u obzir *svih* relevantnih čimbenika u ocjeni dopuštenosti koncentracija, posebice u slučajevima kada je mjerodavno tržište ili industrija u opadanju.<sup>73</sup> Ovaj predmet posebno je važan u suvremenom kontekstu jer je postavio kriterije kojima je moguće dopustiti koncentraciju i u slučaju kada jedna od stranaka nije doista u opadanju, već je samo oslabljena gospodarskim prilikama.<sup>74</sup> Takva vrsta obrane primjenjuje se na situacije kada poduzetniku sudioniku koncentracije ne prijete neizbježna insolventnost ni skori izlazak s tržišta, ali je ipak malo vjerojatno da bi buduća koncentracija znatno narušila tržišno natjecanje upravo zbog ekonomske slabosti njezinih sudionika. U takvim situacijama mora biti dokazivo kako se oslabljeni poduzetnik u izostanku koncentracije sasvim sigurno neće moći natjecati na tržištu učinkovito kao u prošlosti.<sup>75</sup> Unatoč navedenom predmetu, u praksi američkih sudova nema puno slučajeva u kojima je argument oslabljene industrije igrao važnu ulogu<sup>76</sup>, što upućuje na tradicionalnu opreznost sudova i sklonost primjenjivanju striktna analize obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja.

Imajući na umu prezentirano stajalište američkih predstavnika i prakse američkih sudova, pomalo iznenađuje da je samo pola godine od održavanja Okruglog stola SAD ipak pojednostavnio pravila obrane prema kriteriju opadajućeg poslovanja u novim Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija. Toj promjeni, međutim, ne treba pristupiti prekritično jer argument oslabljene industrije ostaje i dalje samo jedan od čimbenika analize, ali nikako onaj odlučujući. Strankama se izašlo u susret rješavajući ih obveze zasebnog dokazivanja neizbježnog izlaska imovine s tržišta što, kako smo vidjeli, u pojedinim situacijama može biti opravdano neovisno o stanju industrije u kojemu stranke koncentracije posluju. Ne dotičući se izravno učinaka recesije na financijsko stanje poduzetnika, izbjegao se intervencionistički pristup gospodarstvu posredstvom pravila tržišnog natjecanja. Ostaje, međutim, činjenica da je trenutačno strankama u postupku proces dokazivanja opadajućeg poslovanja nešto lakši u SAD-u nego u EU-u. Hoće li ta činjenica bitno promijeniti ishode postupaka, malo je vjerojatno, ali nije nemoguće.

---

<sup>73</sup> *United States v. Gen. Dynamics Corp.*, 415 U.S. 450, 509 (1974).

<sup>74</sup> *Tzv. flailing firm*, odnosno *weakened firm defence*.

<sup>75</sup> OECD Report, *op. cit.* u bilj. 11, str. 180.

<sup>76</sup> Vidi primjerice *FTC v. Alliant Techsystems Inc.*, 808 F. Supp. 9, 15 (D.D.C. 1992).



Neovisno o navedenoj analizi, pred svim agencijama, neovisno o jurisdikciji, oprez je više nego uputan jer stanje industrije može dovesti do pogrešaka u zaključivanju i omesti uobičajenu analizu. Za početak, nužno je oprezno procijeniti opasnost istinskog kolapsa industrije od privremene krize i definirati usporedni scenarij. Naime, teško je usporediti tržišnu strukturu i stanje natjecanja prije i poslije koncentracije, zbog istodobnog niza mogućih koncentracija, većeg broja mogućih izlazaka s tržišta, manje vjerojatnosti novih ulazaka na tržište i sl.

Isto tako, nešto će teže biti razlučiti razliku između trajno “posrnulog” poduzetnika i onog koji se nalazi u privremenim poteškoćama. U tom smislu iznimno je važan vremenski kriterij ocjene i specifičnosti poduzetnika koji se ocjenjuje, pri čemu se mora uzeti u obzir je li propast poduzetnika uvjetovana, primjerice, istjecanjem koncesije, sirovina, inovacije i sl. ili je samo odraz privremene nedostupnosti tržištu kapitala. Nemogućnost spašavanja poduzetnika mora biti dokazana. U tom smislu vrlo je interesantan uvjet da novi koncentrirani poduzetnik ne smije pokazivati znatne učinkovitosti postkoncentracije jer bi to upućivalo na spajanje s poduzetnikom koji nije zaista opadajući u smislu prava tržišnog natjecanja.<sup>77</sup> Veliku pomoć u tom smislu može pružiti analiza odnosa korporativnog financiranja i odnosa između tržišta kapitala i proizvoda.

## VI. Obrana prema kriteriju opadajućeg poslovanja u RH

Baš kao ni Uredba Vijeća o nadzoru koncentracija 139/2004, ni hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja ne spominje izričito ocjenu dopuštenosti koncentracije prema kriteriju opadajućeg poslovanja.<sup>78</sup> Samo pravno neobvezujući akti Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (napuci za ocjenu horizontalnih i drugih koncentracija) pobliže objašnjavaju primjenu tog kriterija.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Kokkoris, *op. cit.* u bilj. 14, str. 160. Za argumente da se svaka koncentracija koja uključuje posrnulog poduzetnika ipak temelji na vjerojatnim učinkovitostima vidi Heyer, K.; Kimmel, S., *Merger Review of Firms in Financial Distress*, Economic Analysis Group discussion paper, *op. cit.*, str. 5 i dalje.

<sup>78</sup> Narodne novine, br. 79/2009. Ni raniji zakoni o zaštiti tržišnog natjecanja nisu sadržavali ovaj kriterij (Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine, br. 48/1995, 52/1997, 89/1998 te Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine, br. 122/03).

<sup>79</sup> Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 2004.; Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, 2005. (dostupni na <http://www.aztn.hr/trzisno-natjecanje/29/>)

Iz prakse Agencije jasno je da institut opadajućeg poslovanja, kao kriterij za odobravanje koncentracije koja proizvodi znatne negativne učinke na tržišno natjecanje, dolazi iz prava tržišnog natjecanja Unije. Pravna pravila Unije primjenjuju se na temelju članka 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Zajednica i njihovih država članica i Hrvatske (dalje u tekstu: SSP).<sup>80</sup> U tom smislu prikladno je postaviti pitanje usklađenosti domaćih propisa s propisima Unije, odnosno primjenjuju li se u domaćoj praksi svi potrebni kriteriji prisutni u pravu Unije.

### a) Napuci i praksa Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja

Uvjeti za odobravanje koncentracije na temelju kriterija opadajućeg poslovanja objašnjeni su napucima Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za ocjenu koncentracija. Naputak iz 2004. koji se odnosi na ocjenu i horizontalnih i nehorizontalnih koncentracija, a za svoj uzor navodi Komisijine Smjernice za horizontalne koncentracije iz 2004., ističe da je teret dokazivanja na sudionicima koncentracije da dokažu da su ispunjeni uvjeti za primjenu doktrine opadajućeg poslovanja, o čemu moraju dostaviti “vrlo precizne”, “kvantificirane” i “lako dokazljive podatke”. Isto tako, moraju dokazati da konkurent nad kojim se stječe kontrola dulje vrijeme, a najmanje tri uzastopne godine, neprekidno i znatno gubi tržišni udjel tako da je izvjesno da će u kratkom roku doći u financijske teškoće koje će neizbježno dovesti do stečaja, odnosno likvidacije te da nema interesa drugog poduzetnika za preuzimanje kontrole.

Naputak iz 2005., koji se odnosi na ocjenu dopuštenosti isključivo horizontalnih koncentracija, preciznije definira uvjete za ocjenu dopuštenosti koncentracije na temelju kriterija opadajućeg poslovanja. Tako sudionici koncentracije trebaju dokazati: a) da bi pogoršavanje strukture mjerodavnog tržišta i posljedično smanjenje tržišnog natjecanja u istom opsegu nastupilo i da se

---

zakonodavni-okvir-rh). Napuci su komplementarnog karaktera, odnosno odnos između njih je odnos između općeg i posebnog – Naputak za horizontalne koncentracije u odnosu na raniji Naputak sadržava posebnosti koje se odnose na reguliranje koncentracija između konkurenata.

<sup>80</sup> Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 14/2001. U svojim odlukama Agencija se poziva, osim na sekundarno europsko zakonodavstvo, i na praksu Komisije i Suda EU-a (odluka Komisije u predmetu IV/M. 308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand* OJ C 275/3, 3. 9. 1998.; potvrđeno u C-68/94 i C-30/95 Francuska protiv Komisije (1998) ECR I-1375). O pravnoj utemeljenosti primjene pravila Unije na ocjenu “domaćih” koncentracija vidi *infra*.

koncentracija ne provede, b) da će sudionik koncentracije za kojeg se tvrdi da mu poslovanje opada biti prisiljen istupiti s tržišta zbog financijskih teškoća te da je izvjesno da bi nestao i da se koncentracija ne provede, c) da taj sudionik duže vrijeme, trajno i znatno gubi tržišni udjel te d) da nema druge ponude koja bi jamčila da bi učinci provedbe koncentracije na tržišno natjecanje bili manje negativni. Naputak nije sasvim usklađen sa Smjernicama Komisije za ocjenu horizontalnih koncentracija jer ne sadržava uvjet izlaska imovine s tržišta koji je uveden praksom Komisije (odluka u predmetu BASF/Pantochim/Eurodiol iz 2002.) s kojom su kasnije usklađene i Smjernice Komisije za horizontalne koncentracije iz 2004.<sup>81</sup>

U Naputku iz 2005. Agencija se osvrće i na relevantnost “socijalnih” argumenata pri ocjeni dopuštenosti koncentracije (očuvanje radnih mjesta i sl.) te ističe da su relevantni isključivo učinci koncentracije na tržišno natjecanje. Ipak, prihvaća se da će kao posljedica koncentracije kod koje je primijenjen kriterij opadajućeg poslovanja doći do očuvanja tehnologije, *brandova*, *know-howa*, radnih mjesta. Treba istaknuti da Komisijine Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija iz 2004. ne spominju “netržišne” kriterije prilikom primjene doktrine opadajućeg poslovanja poduzetnika.<sup>82</sup>

Kada je riječ o praksi Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, na temelju Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. u samo jednom slučaju koncentracija je bila dopuštena primjenom kriterija opadajućeg poslovanja poduzetnika (Agrokor/Belje).<sup>83</sup> U drugom predmetu Agencija spominje kriterij opadajućeg poslovanja, ali se čini da to nije bio (isključivi) temelj za odobravanje koncentracije (EPH/Slobodna Dalmacija).<sup>84</sup> Ipak, u još nekoliko predmeta opadajuće poslovanje poduzetnika bilo je prisutno, ali nije predstavljalo temelj za odobravanje koncentracije.

Još je u razdoblju primjene Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 1995. u predmetu TDR/Tvornica duhana Zagreb bilo naznaka situacije u kojoj bi se

<sup>81</sup> Vidi *supra*. Usporedi para. 89-91 Smjernica za horizontalne koncentracije.

<sup>82</sup> Usp. para. 89-91 Smjernica za horizontalne koncentracije.

<sup>83</sup> Agrokor/Belje, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 28. prosinca 2005., Narodne novine, br. 9/2006. Nema prakse Upravnog suda Republike Hrvatske u vezi s pitanjem primjene kriterija opadajućeg poslovanja poduzetnika. Općenito, u vrlo malom broju slučajeva bude pokrenut upravni spor protiv odluka Agencije o dopuštenosti koncentracije poduzetnika.

<sup>84</sup> EPH/Slobodna Dalmacija, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 27. srpnja 2004., Narodne novine, br. 111/2004.

mogao primijeniti kriterij opadajućeg poslovanja.<sup>85</sup> U tom predmetu koncentracija nije bila izričito dopuštena primjenom kriterija opadajućeg poslovanja, a taj se kriterij u odluci Agencije izričito ni ne spominje.<sup>86</sup> Ipak, ovaj je predmet važan jer je riječ o prvoj koncentraciji u kojoj su, čini se, *de facto* bili ispunjeni (neki) uvjeti za primjenu kriterija opadajućeg poslovanja. Sama je koncentracija, iako je utvrđeno da se njome jača postojeći vladajući položaj, dopuštena uz određivanje različitih mjera koje se odnose na ponašanje poduzetnika. Iz činjenica je jasno da se tržišni udjel Tvornice duhana Zagreb tijekom pet godina koje su prethodile samoj koncentraciji trajno i neprekidno smanjivao te da su u trenutku ocjene koncentracije bili ostvareni uvjeti za pokretanje stečajnog postupka.<sup>87</sup> Agencija je utvrdila da je riječ o koncentraciji kojom se jača postojeći vladajući položaj TDR-a, ali ne na način da se time trajno ograničava slobodno tržišno natjecanje, te da je riječ o “kontroliranom, privremenom i ograničenom vladajućem položaju”, a propisivanjem mjera Agencija je smatrala da se isključuje mogućnost zlorabe vladajućeg položaja.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> TDR/Tvornica duhana Zagreb, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 6. listopada 1998., Narodne novine, br. 155/1998.

<sup>86</sup> U Napatku Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za ocjenu horizontalnih koncentracija navodi se da je u ovom predmetu prvi put primijenjen kriterij opadajućeg poslovanja, *op. cit.*, str. 56. Prema našem mišljenju to ne bi bila ispravna interpretacija odluke Agencije jer se u samoj odluci nigdje ne spominje ispunjavanje relevantnih uvjeta za primjenu kriterija opadajućeg poslovanja. Štoviše, osim usputnog spominjanja loših financijskih rezultata TDZ-a, nema eksplicitnog spomena kriterija opadajućeg poslovanja, a nije ni vidljivo da se sudionici koncentracije na njega pozivaju.

<sup>87</sup> Ovo je vidljivo iz podataka sadržanih u odluci Agencije da je tržišni udio u ukupnoj prodaji cigareta (domaće tržište i izvoz) TDZ-a pao s 48 % (5,605 milijuna komada) u 1993. na 30,08 % (3,482 milijuna komada) u 1997., dok je udio TDZ-a u izvozu cigareta iz Hrvatske pao s 23,7 % (564 milijuna komada) u 1993. na 0 % u 1997.

<sup>88</sup> Iz odluke je vidljivo da su motivi odobravanja koncentracije i jačanje domaće duhanske industrije, i opstanak 3.000 poljoprivrednih domaćinstava koja se bave uzgojem i preradom duhana te oko 1.100 izravno zaposlenih u proizvodnji cigareta. Agencija ovo odobrava jer je takvo stanje “privremeno”, do ulaska RH u Svjetsku trgovinsku organizaciju. Dodatni razlog za odobravanje ovakve koncentracije je i strah od “monopoliziranja hrvatskog tržišta od strane inozemnog proizvođača” te se navodi kako je provođenje koncentracije pretpostavka za “stvaranje i očuvanje tržišnog natjecanja u budućnosti” jer “domaća duhanska industrija postiže ciljani opseg proizvodnje i razinu racionalizacije poslovanja potrebne za ulazak u natjecanje s inozemnim proizvođačima”. Čini se da je odluka vođena idejom konsolidiranja nacionalne duhanske industrije kako bi se mogla uspješnije natjecati s inozemnom konkurencijom. TDR/Tvornica duhana Zagreb, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 6. listopada 1998., Narodne novine, br. 155/1998.

U predmetu ocjene koncentracije EPH/Slobodna Dalmacija Agencija je uvjetno odobrila koncentraciju te izrekla određene strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja jer je utvrđeno da koncentracijom dolazi do znatnog jačanja vladajućeg položaja na tržištu distribucije (veleprodaje) tiska.<sup>89</sup> Iz same je odluke jasno da koncentracija nije odobrena isključivo na temelju kriterija opadajućeg poslovanja, već je primjena tog kriterija bila od sekundarne važnosti.<sup>90</sup> Naime, Agencija je u konkretnom slučaju primarno utvrdila da je koncentracija takva da znatno ograničava tržišno natjecanje (na tržištu distribucije tiska), ali da se negativni učinci mogu otkloniti izricanjem mjera. Samo se usput navodi da su ispunjeni i uvjeti za primjenu kriterija opadajućeg poslovanja.<sup>91</sup> Kada je riječ o uvjetima koji trebaju biti ispunjeni za primjenu ovog kriterija, u odluci se navode “dva temeljna uvjeta: da poduzetnik koji će biti objekt preuzimanja (*target company*) trajno i značajno, kroz duže vrijeme (u pravilu kroz tri godine) gubi tržišni udjel u tolikoj mjeri da će uskoro nestati s tržišta, te da postoji samo jedan kupac ili da su drugi kupci manje prihvatljivi s obzirom na veličinu njihovih tržišnih udjela”, pri čemu se Agencija poziva na komparativno europsko pravo (predmet Kali/Salz<sup>92</sup>). Kao što je već rečeno, pravna stečevina Unije sadržava i dodatni uvjet izlaska imovine s tržišta, koji se u ovoj odluci ne primjenjuje, ni ne spominje kao relevantan.

---

Za prave učinke ove koncentracije doznajemo iz odluke AZTN-a protiv TDR-a zbog zlorabe iz 2006., u kojoj se navodi da je bila riječ o koncentraciji “jedina dva značajna i djelatna proizvođača duhanskih proizvoda (cigareta) na mjerodavnom tržištu proizvodnje i prodaje duhanskih proizvoda na području RH” kojom je TDR ostvario 100%-tni tržišni udjel u proizvodnji i prodaji cigareta u RH krajem 1998. i u 1999. Predmet AZTN protiv Tvornice duhana Rovinj, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 12. travnja 2006., Narodne novine, br. 52/2006.

U vrijeme donošenja odluke o ocjeni koncentracije TDR/TDZ nije postojala obveza hrvatskih nadležnih tijela za primjenom pravne stečevine Zajednice jer je Privremeni sporazum o trgovinskim i s njima povezanim pitanjima između Republike Hrvatske i Europske zajednice stupio na snagu tek 1. ožujka 2001. (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 3/2002). Vidi čl. 35. Privremenog sporazuma (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 15/2001).

<sup>89</sup> EPH/Slobodna Dalmacija, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 27. srpnja 2004., Narodne novine, br. 111/2004.

<sup>90</sup> U Napatku Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja spominje se da je ova koncentracija odobrena na temelju kriterija opadajućeg poslovanja, *op. cit.*, str. 56.

<sup>91</sup> Zaista, u samoj se odluci navodi da je ispunjavanje uvjeta za primjenu kriterija opadajućeg poslovanja “dodatni argument koji govori u prilog dopuštanja provedbe te koncentracije, makar i uvjetno”.

<sup>92</sup> C-68/94 i 35/95 (1998) ECR I-1375.

Zanimljivo je da se kao relevantni za ocjenu koncentracije u ovom predmetu navode i neki “netržišni” kriteriji (očuvanje branda Slobodne Dalmacije i *know-how* zaposlenika, “napose novinara koji dobro poznaju potrebe i navike čitatelja”; očuvanje Slobodne Dalmacije kao tržišnog takmaca, “u najmanju ruku u odnosu na novine nakladnika izvan koncerna EPH” te očuvanje dijela radnih mjesta) uz ogradu da “to sa stanovišta prava tržišnog natjecanja ne predstavlja razlog koji je prioritetan”. Ovo je u određenom neskladu s Napatkom za ocjenu horizontalnih koncentracija koji navodi da Agencija dopuštenost koncentracije ocjenjuje isključivo sa stanovišta učinaka na tržišno natjecanje, a da “socijalni moment” neće biti uzet u obzir kao odlučan za ocjenu koncentracije.

U predmetu Konzum/Zadranka preuzimano trgovačko društvo jest bilo u lošoj financijskoj situaciji, ali kriterij opadajućeg poslovanja nije bio primijenjen zbog specifičnih okolnosti slučaja.<sup>93</sup> Naime, u tom je slučaju tržišno uspješniji poduzetnik preuzimao izravnoga tržišnog takmaca koji je duže poslovao s gubitkom, čiji se tržišni udjel kontinuirano smanjivao te je bilo vjerojatno da će prestati obavljati djelatnost. Međutim, budući da Konzum nije ranije bio prisutan na mjerodavnom zemljopisnom tržištu te bi nakon koncentracije preuzeo 25 % tržišnog udjela Zadranke, nije moglo biti utvrđeno da je riječ o zabranjenoj koncentraciji kojom se stvara novi i jača postojeći vladajući položaj poduzetnika na tržištu na način da bi se znatno ili trajno ograničavalo ili ukidalo slobodno tržišno natjecanje. Dakle, budući da u konkretnom slučaju nisu bili ispunjeni uvjeti da bi se smatralo da je riječ o zabranjenoj koncentraciji, kriterij opadajućeg poslovanja nije ni mogao biti primijenjen.

Koncentracija Agrokor/Belje prva je koju je Agencija izričito dopustila primjenom kriterija opadajućeg poslovanja poduzetnika.<sup>94</sup> Riječ je o vertikalnoj koncentraciji s horizontalnim učincima koju je Agencija uvjetno odobrila. Njome dolazi do daljnje vertikalne integracije u okviru koncerna Agrokor, a problemi za tržišno natjecanje nakon provedbe koncentracije uočeni su na tržištima trgovine na malo mješovitom robom te na tržištu proizvodnje mesa i mesnih prerađevina. Tako je s obzirom na snažnu tržišnu poziciju Agrokora na tržištu trgovine na malo mješovitom robom na području cijele RH uočeno da može doći do ograničavanja ponude proizvođača koji konkuriraju Belju u Kon-

<sup>93</sup> Konzum/Zadranka, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 29. travnja 2004., Narodne novine, br. 64/2005.

<sup>94</sup> Agrokor/Belje, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 28. prosinca 2005., Narodne novine, br. 9/2006.

zumovim trgovinama, zatim je uočeno preklapanje maloprodajnih aktivnosti sudionika koncentracije u nekim županijama, kao i preklapanje u djelatnosti veleprodaje mesa i mesnih prerađevina, što može dovesti do usmjeravanja veleprodajnih tokova Belja isključivo na Agrokor te do smanjenja ponude prema drugim trgovcima mesom na veliko. Agencija je utvrdila da se usprkos mogućim negativnim učincima koncentracija ne može zabraniti zato što su sudionici koncentracije dokazali da slabljenje konkurencije na mjerodavnim tržištima nije uzrokovano koncentracijom jer bi ona bila narušena "barem do jednake razine i u odsutnosti" koncentracije. Drugim riječima, nije postojala potrebna uzročna veza između koncentracije i slabljenja tržišnog natjecanja. Naime, bilo je relevantno to što je Belje poduzetnik s opadajućim poslovanjem koji bi, da ga ne preuzme drugi poduzetnik, u bliskoj budućnosti bio prisiljen na izlazak s tržišta zbog financijskih poteškoća te koji kroz dulje razdoblje (2002. - 2004.) bilježi sve lošije financijske rezultate te neprekidno i značajno tijekom 2003. i 2004. gubi tržišni udjel, a bez znatnih ulaganja neće se moći održati na tržištu. Isto tako, bilo je relevantno to što nema interesa ni jednog drugog poduzetnika osim Agrokor koji je jedini dao ponudu na javni poziv Hrvatskog fonda za privatizaciju za prodaju dionica. Kao ni u odluci EPH/Slobodna Dalmacija, niti u ovoj odluci Agencija nije razmotrila uvjet izlaska imovine s tržišta koji je Komisija uvela odlukom BASF/Pantochim/Eurodiol, odnosno naknadno svojim Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija iz 2004.

Naposljetku, u koncentraciji Agrokor/Mlinar pitanje kriterija opadajućeg poslovanja pojavilo se samo kao rubno pitanje jer su sudionici koncentracije tijekom postupka upozorili da je poslovanje Žitnjaka, jednog od društava kćeri Mlinara, u posljednje vrijeme opadalo te da bi samostalan opstanak tog poduzetnika na tržištu bio upitan.<sup>95</sup> Međutim, kriterij opadajućeg poslovanja nije bio spomenut kao temelj za odobrenje koncentracije jer je Agencija utvrdila da njome, iako dolazi do porasta tržišnih udjela sudionika koncentracije, ne dolazi do znatnog ograničavanja tržišnog natjecanja na mjerodavnim tržištima.

#### **b) Primjena pravila EU-a na ocjenu koncentracija poduzetnika**

Nakon što smo razmotrili primjenu kriterija opadajućeg poslovanja u praksi Agencije, potrebno je razmotriti osnovanost primjene prava Unije na nadzor nad koncentracijama poduzetnika u Republici Hrvatskoj, odnosno konkretno

<sup>95</sup> Agrokor/Mlinar, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 28. prosinca 2005., Narodne novine, br. 9/2006.

primjenu europskog kriterija opadajućeg poslovanja u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja. Tako relevantni članak 70. SSP-a navodi:

“1. Sljedeće je nespojivo s ispravnom primjenom Sporazuma u mjeri u kojoj može utjecati na trgovinu između Zajednice i Hrvatske:

(i) svi sporazumi između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i usklađene prakse između poduzetnika, čiji je cilj ili učinak sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnoga natjecanja;

(ii) zlouporaba vladajućega položaja jednog ili više poduzetnika na teritoriju Zajednice ili Hrvatske u cjelini, ili u njihovim značajnim dijelovima;

(iii) svaka državna potpora koja narušava ili prijeti narušavanjem tržišnoga natjecanja davanjem prednosti nekim poduzetnicima ili nekim proizvodima.

2. Svako postupanje suprotno ovom članku ocjenjivat će se na temelju kriterija koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Zajednici, posebice članaka 81., 82., 86. i 87. Ugovora o osnivanju Europske zajednice i instrumenata za tumačenje koje su usvojile institucije Zajednice.”

Iz izričaja članka 70. SSP-a vidljivo je da on ne spominje koncentracije poduzetnika, već određuje primjenu pravne stečevine Unije samo na sporazume koji ograničavaju tržišno natjecanje, zluporabu vladajućeg položaja te državne potpore, i to samo ako postoji utjecaj na trgovinu između Hrvatske i Zajednice.

Kao što je već rečeno, primjenu pravila Unije Agencija u svojim odlukama o koncentracijama poduzetnika temelji na odredbi Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja koja se poziva na članak 70. SSP-a. Tako u Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. (članak 35. stavak 3.) stoji: “U ocjeni oblika sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja koji mogu utjecati na trgovinu između Republike Hrvatske i Europskih zajednica, Vijeće u skladu s člankom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske (»Narodne novine« - Međunarodni ugovori, broj 14/01), primjenjuje na odgovarajući način kriterije koji proizlaze iz pravilne primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskim zajednicama.”

U Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009., koji je stupio na snagu 1. listopada 2010. i koji je zamijenio Zakon iz 2003., nalazi se slična, ali ponešto izmijenjena odredba: “U primjeni ovoga Zakona, a osobito u slučajevima postojanja pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju propisa, u skladu sa člankom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske (»Narodne novine – Međunarodni ugovori«, br. 14/01.), primjenjuju se na odgovarajući način kriteriji koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskim zajednicama.”



Iako bi se moglo tvrditi da ove odredbe Zakona proširuju doseg odredbe članka 70. SSP-a tako da se pravo Unije primjenjuje i na koncentracije poduzetnika, čini se da to ne bi bilo pravilno tumačenje. Naime, moglo bi se tvrditi da sintagma “u primjeni ovog Zakona, a osobito u slučajevima postojanja pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju propisa...” iz članka 74. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. proširuje doseg članka 70. SSP-a zato što taj Zakon regulira restriktivne sporazume i zlorabe vladajućeg položaja, ali i koncentracije poduzetnika. Dakle, “primjena Zakona” podrazumijeva primjenu i u pogledu restriktivnih sporazuma, zlorabe vladajućeg položaja, kao i nadzora nad koncentracijama. Međutim, ta odredba Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja i dalje sadržava pozivanje na članak 70. SSP-a koji, treba smatrati, definira doseg članka 74. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja. Zbog toga se članak 74. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja treba tumačiti tako da određuje primjenu prava Unije samo na restriktivne sporazume i zlorabu vladajućeg položaja, tj. one oblike ograničavanja konkurencije na tržištu izričito navedene u članku 70. SSP-a. Ako bi se htjelo proširiti doseg članka 70. SSP-a tako da on obuhvati i nadzor nad koncentracijama poduzetnika, bilo bi potrebno u Zakonu izričito navesti da se pravna pravila Unije primjenjuju i na koncentracije. Hipotetski govoreći, ako bi se primjena članka 70. SSP-a zakonom suzila tako da bi se on odnosio samo, primjerice, na zlorabu vladajućeg položaja, to bi bilo protivno Ustavu Republike Hrvatske jer je međunarodni ugovor po svojoj pravnoj snazi iznad zakona.<sup>96</sup> Međutim, treba smatrati da bi u ovom kontekstu proširenje dosega međunarodnog sporazuma izričitim zakonskim odredbama bilo dopušteno kao izraz legitimne volje zakonodavca. Ipak, takvo proširenje nije provedeno Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja, pa ostaje upitno koji je pravni temelj za primjenu pravne stečevine Unije na nadzor nad koncentracijama poduzetnika.

Na prvi se pogled čini da tumačenje pravnog statusa pravila pravne stečevine Unije na području tržišnog natjecanja koje je dao Ustavni sud Republike Hrvatske u predmetu P. Z. Auto nije od pomoći u rasvjetljavanju ovog pitanja.<sup>97</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske navodi kako slijedi: “...kriteriji, standardi i instrumenti tumačenja (Unije) ne primjenjuju (se) kao primarni izvor prava, nego samo kao pomoćno sredstvo za tumačenje. Odredbe članka 70.

<sup>96</sup> Članak 141. Ustava Republike Hrvatske (pročišćeni tekst), Narodne novine, br. 85/2010.

<sup>97</sup> Predmet P. Z. Auto protiv Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske od 13. veljače 2008., Narodne novine, br. 25/2008.

stavka 2. SSP-a i članka 35. stavka 2. privremenog sporazuma valja promatrati u kontekstu obveze Republike Hrvatske da svoje zakonodavstvo, pa tako i ono koje se tiče tržišnog natjecanja, uskladi s pravnom stečevinom Europske unije. Kada primjenjuje tako usklađeno zakonodavstvo, obveza je državnih tijela Republike Hrvatske da to čine na način kako je to slučaj u (Uniji), dakle po smislu i duhu propisa na temelju kojih je usklađivanje obavljeno. Dakle, odredbom članka 70. stavka 2. SSP-a se u bitnom određuje da je za ocjenu je li neko postupanje poduzetnika u skladu s pravilima tržišnog natjecanja relevantno ne samo hrvatsko pravo, već treba voditi računa o cjelokupnom pravu (Unije) koje se odnosi na tržišno natjecanje. Time se pravo (Unije) formalno-pravno ne uvodi u hrvatski pravni sustav temeljem odredaba SSP-a kao međunarodnog ugovora, ali se propisuje da hrvatske propise tržišnog natjecanja treba primjenjivati i tumačiti uzimajući u obzir pravila, mjerila i načela prava tržišnog natjecanja.”

Jasno je vidljivo iz ovog navoda da Ustavni sud Republike Hrvatske smatra da primjena domaćih propisa mora biti u duhu pravne stečevine Unije. Međutim, i ovdje je riječ o primjeni pravne stečevine Unije u slučajevima ograničavanja konkurencije predviđenima člankom 70. SSP-a što je, čini se, jasno iz ovog odlomka iz odluke Ustavnog suda. U konkretnom slučaju podnositelj ustavne tužbe tražio je da se utvrdi povreda ustavnih prava podnositelja od strane Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja i Upravnog suda Republike Hrvatske u slučaju zlorabe vladajućeg položaja. Naime, podnositelj je smatrao je da “kriteriji, standardi i instrumenti tumačenja Europske (unije) na koje se poziva (Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja) nisu sadržani u tekstu (SSP-a odnosno Privremenog sporazuma), niti su preuzeti i objavljeni u bilo kojem drugom hrvatskom zakonu ili propisu, ne mogu biti izvor prava”. To je Ustavni sud odbio smatrajući da se, kao što je citirano, pravna pravila Unije ne primjenjuju kao izravni izvor prava, nego kao pomoćno sredstvo za tumačenje.

Koje su implikacije stajališta da pravna pravila Unije o nadzoru nad koncentracijama nisu obvezujuće pomoćno sredstvo za tumačenje? Ako bismo smatrali valjanim stajalište da članak 70. SSP-a ne određuje obvezu primjene pravne stečevine Unije na nadzor nad koncentracijama poduzetnika koji obavljaju nadležna tijela u Republici Hrvatskoj, to bi značilo da domaća pravna pravila u domeni koncentracija poduzetnika koja odstupaju od pravne stečevine Unije ne bi trebalo tumačiti u svjetlu prava Unije.

Međutim, i dalje nema odgovora na pitanje smije li tijelo nadležno za primjenu pravila tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj primjenjivati na kon-

centracije poduzetnika koje se ocjenjuju na temelju hrvatskog Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja i relevantnih podzakonskih akata (tj. koncentracije sa značenjem za tržište Republike Hrvatske) “kriterije koji proizlaze iz primjene” prava tržišnog natjecanja Unije. Na to pitanje možda možemo odgovoriti pozivanjem na članak 69. SSP-a koji obvezuje na usklađivanje domaćeg zakonodavstva s pravnom stečevinom Unije. Ako postoji obveza usklađivanja zakona i podzakonskih akata s pravnom stečevinom Unije, i ako su važeći domaći propisi u području nadzora nad koncentracijama modelirani prema europskim propisima, to bi značilo i da se njih treba tumačiti u duhu prava Unije. U tom smislu, možda gore spomenuta odluka Ustavnog suda ipak nije sasvim beskorisna u rješavanju ovog pitanja. Naime, kao što je vidljivo iz gornjeg citata, Ustavni sud referira se na obvezu Republike Hrvatske da svoje zakonodavstvo uskladi s pravnom stečevinom Unije – kada primjenjuje tako usklađeno zakonodavstvo, kaže Ustavni sud, obveza je državnih tijela to činiti na način kao što je to slučaj u Uniji, odnosno po smislu i duhu propisa na temelju kojih je usklađivanje obavljeno. Ovaj navod Ustavnog suda može se, čini se, primijeniti ne samo na odredbu članka 70. SSP-a, već i na sva pravna područja na kojima su hrvatski propisi usklađeni s europskima, pa ih treba tumačiti “u smislu i duhu” propisa koji su služili kao uzor. Ako smatramo ovakvo čitanje presude Ustavnog suda prihvatljivim, naša dvojba smiju li se pri ocjeni (domaćih) koncentracija poduzetnika primjenjivati i pravila Unije biva razriješena. Sada na to pitanje možemo odgovoriti potvrdno jer je riječ o propisima (Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, podzakonski akti) koji su usklađeni s pravnom stečevinom Unije i koje je nužno tumačiti “u smislu i duhu” prava tržišnog natjecanja Unije. U tom smislu, relevantno je istraživati dolazi li u praksi nadležnih domaćih tijela do ispravne primjene europskog kriterija opadajućeg poslovanja.

Naposljetku, zasebno pitanje koje se postavlja jest zašto članak 70. SSP-a ne uređuje obvezu primjene pravila Unije i na ocjenjivanje dopuštenosti koncentracija poduzetnika. Mogući bi odgovor bio da se Uredba o nadzoru koncentracija 139/2004 i popratni propisi odnose na koncentracije od značenja za Uniju, dok se koncentracije koje nemaju “dimenziju Zajednice” ocjenjuju na temelju domaćih pravila država članica, pa nije potrebno uputiti na primjenu europskih propisa o koncentracijama kada se oni odnose na ocjenu “nacionalnih” koncentracija. Nadalje, također treba upozoriti na činjenicu da na temelju Uredbe Vijeća 1/2003<sup>98</sup> članke 101. (sporazumi

<sup>98</sup> Council Regulation (EC) No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4. 1. 2003., str. 1.

koji ograničavaju tržišno natjecanje) i 102. (zloraba vladajućeg položaja) Ugovora o funkcioniranju Europske unije osim Europske komisije u potpunosti izravno primjenjuju i nacionalni sudovi i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Stoga i u slučajevima kada postoji utjecaj na trgovinu između Hrvatske i Unije treba primijeniti kriterije koji proizlaze iz odredbi članaka 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, pa je logično da takva odredba postoji u hrvatskom SSP-u. Konačno, moglo bi se smatrati da se nadzor nad koncentracijama izričito ne spominje jer je iz starije sudske prakse Suda Europske unije jasno da se koncentracije poduzetnika mogu preispitivati i na temelju članaka 101. i 102.<sup>99</sup> Međutim, takva je sudska praksa postala u određenoj mjeri suvišna nakon što je 1990. na snagu stupila Uredba o nadzoru koncentracija 4064/89, pa je malo vjerojatno da bi to bilo ispravno obrazloženje izostanka koncentracija poduzetnika iz članka 70. SSP-a.

## VII. Zaključak

Nadzor nad koncentracijama poduzetnika provodi se kako bi se spriječio nastanak takve protukonkurentne tržišne strukture nakon provedbe koncentracije koja bi imala negativne posljedice na razinu tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Ključni kriterij za ocjenu dopuštenosti koncentracije u Europskoj uniji jest “znatno ograničavanje učinkovitog tržišnog natjecanja, osobito ako je ono rezultat stvaranja odnosno jačanja vladajućeg položaja”. Međutim, u nekim slučajevima moći će se dopustiti koncentracija koja ima negativne učinke na tržišno natjecanje i koja bi zbog toga trebala biti zabranjena jer ne postoji uzročna veza između provedbe koncentracije i narušavanja tržišnog natjecanja nakon provedbe koncentracije. Riječ je o situacijama kada se može dokazati da je sudionik koncentracije u takvim financijskim poteškoćama da bio ionako nestao s tržišta te bi zbog toga do narušavanja tržišnog natjecanja došlo i bez koncentracije poduzetnika. Ovaj kriterij opadajućeg poslovanja poduzetnika ponikao je iz sudske prakse u Sjedinjenim Državama, a prihvaćen je i u pravu tržišnog natjecanja Unije, iako se uvjeti potrebni za primjenu toga kriterija ponešto razlikuju.

<sup>99</sup> Predmet 6/72 *Europemballage Corp & Continental Can Co Inc protiv Komisije* (1973) ECR 215 (primjena članka 102. Ugovora o osnivanju Europske zajednice); predmeti 142 i 156/84 *BAT i Reynolds protiv Komisije*, (1987) ECR 4487 (primjena članka 101. Ugovora o osnivanju Europske zajednice). Vidi detaljnije Jones, Suffrin, *op. cit.* u bilj. 4, str. 950 - 952.

Američke Smjernice za horizontalne koncentracije iz 2010. traže da je riječ o poduzetniku koji ne može ispuniti svoje financijske obveze u bliskoj budućnosti, koji ne može provesti uspješnu reorganizaciju sukladno 11. poglavlju Zakona o stečaju te koji unatoč pokušajima u dobroj vjeri nije uspio prikupiti alternativne, manje protukonkurentne ponude za kupnju imovine opadajućeg poduzetnika kojom bi se ona zadržala na mjerodavnom tržištu. Autorice uočavaju da je, u odnosu na ranije Smjernice iz 1997., izbačen dodatni kriterij koji je zahtijevao da bi, i da koncentracije nema, imovina posrnulog poduzetnika izašla s tržišta. Iako bi se ovo moglo smatrati ublažavanjem uvjeta za primjenu kriterija opadajućeg poslovanja, s obzirom na to da se stranke sasvim sigurno nalaze u nešto povoljnijem položaju jer ne moraju više dokazivati uvjet izlaska imovine s tržišta, autorice smatraju da sam ishod analize koncentracije ne mora nužno gubiti na važnosti jer će u mnogim situacijama u slučaju izlaska poduzetnika s tržišta s njega izaći i njegova imovina. U pravu tržišnog natjecanja Unije primjenjuju se u osnovi isti uvjeti kao i u protutrustovskom američkom pravu: ako ga ne preuzme drugi poduzetnik, posrnuli poduzetnik bit će primoran u bliskoj budućnosti izaći s tržišta zbog financijskih poteškoća, ne postoji kupac koji bi bio manje protukonkurentna alternativa te, kao treći uvjet, koji se više ne zahtijeva na temelju američkih Smjernica iz 2010., imovina posrnulog poduzetnika bi, i da ne dođe do predložene koncentracije, neizbježno izašla s tržišta. Autorice opažaju da su uvjeti za primjenu kriterija opadajućeg poslovanja u Uniji stroži od onih u Sjedinjenim Državama jer se uvjet neizbježnog izlaska imovine s tržišta u praksi Europske komisije striktno primjenjuje, a u pravilu ga je vrlo teško dokazati.

Posebno pitanje o kojem se raspravlja jest treba li u uvjetima recesije, odnosno gospodarske krize ublažiti pravila za odobravanje koncentracija poduzetnika na temelju kriterija opadajućeg poslovanja. Ovdje će biti relevantno je li riječ o istinski posrnulim poduzetnicima ili o onima koji su u privremenim teškoćama upravo zbog recesije. Većinsko je stajalište u skladu s poznatom krilaticom da su recesije prolazne, ali da su koncentracije trajne. Iz američkog iskustva nakon Velike depresije 1929. godine, kada su se otvoreno dopuštale protutružišne transakcije radi spašavanja gospodarstva, može se vidjeti da su stvorena mnoga koncentrirana, monopolna i oligopolna tržišta na kojima su godinama nakon toga poduzetnici zloupotrebljavali svoj položaj na tržištu, dugoročno narušavajući stabilnost američkoga gospodarstva. To nam iskustvo pokazuje da treba biti iznimno oprezan kada je posrijedi moguće ublažavanje primjene kriterija opadajućeg poslovanja u gospodarskoj krizi, a autorice

upozoravaju na moguće teškoće prilikom utvrđivanja je li zaista riječ o trajno posrnulom poduzetniku ili o onom koji se nalazi u privremenim poteškoćama zbog recesije.

Kada je riječ o kriteriju opadajućeg poslovanja u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja, autorice uočavaju da hrvatski propisi i praksa još nisu u potpunosti usklađeni s pravnom stečevinom ponajprije zato što nije prihvaćen uvjet neizbježnog izlaska imovine s tržišta. U praksi Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja kriterij opadajućeg poslovanja pojavljuje se kao relevantan u nekoliko odluka, ali je samo koncentracija Agrokor/Belje u potpunosti odobrena na temelju toga kriterija, dok je u koncentraciji EPH/Slobodna Dalmacija on od sekundarne važnosti. Zasebno pitanje o kojem se raspravlja jest pitanje osnovanosti primjene pravnih pravila Unije za ocjenu koncentracija poduzetnika u hrvatskom pravu s obzirom na činjenicu da se u članku 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju navodi da se kriteriji koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Uniji primjenjuju samo na sporazume koji ograničavaju tržišno natjecanje, zlorabitu vladajućeg položaja i državne potpore. Autorice inspiraciju za odgovor na to pitanje nalaze u odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu P. Z. Auto iz 2008.

## Summary

Vlatka Butorac Malnar \*  
Jasminka Pecotić Kaufman \*\*

**ASSESSMENT OF CONCENTRATIONS OF UNDERTAKINGS  
APPLYING A FAILING FIRM DEFENCE IN TIMES  
OF RECESSION**

*The supervision of concentrations of undertakings is carried out in order to prevent the formation of anti-competitive market structures following the concentration, which may negatively impact competition on the pertinent market. However, in some cases a concentration having a negative impact on competition, which should for these reasons be prohibited, will be permitted as causation between the concentration and the disruption of competition following that concentration cannot be established. This refers to situations in which it can be proved that a party to the concentration is in such financial difficulty that it would disappear from the market regardless of the concentration, meaning that the disruption of competition would inevitably occur. The failing firm defence stems from US case law and has been accepted in EU competition law, although the conditions required for its application are somewhat different. In the article the authors look at the conditions for the application of the failing firm defence in the United States, the EU and Croatia, noting that the conditions applied in the EU are more stringent than those in the US, primarily due to the condition that the failing firm's assets would inevitably exit the market. The authors further debate whether it is necessary to relax the criteria for approving concentrations of undertakings applying the failing firm defence in times of recession, i.e. economic crises. The authors point to possible difficulties in establishing whether an undertaking is failing permanently or temporarily, due to recession. As concerns the failing firm defence in Croatian competition law, the authors note that Croatian regulations and court practice have not been fully aligned with the *acquis communautaire*, mainly because the condition of inevitable exit of the firm's assets from the market has not been accepted. The article also analyses the relevant practice of the Croatian Competition Agency. A separate issue dealt with in the article is one of groundedness of the application of EU legal rules for assessing concentrations of*

---

\* Vlatka Butorac Malnar, Ph. D., Senior Assistant, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka

\*\* Jasminka Pecotić Kaufman, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Economics and Business, University of Zagreb, Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb

*undertakings in Croatian law, considering the fact that Article 70 of the Stabilisation and Association Agreement states that the criteria stemming from the application of competition rules in the EU apply only to agreements adversely affecting competition and provision of state aid, and facilitating abuse of position. In answering this question, the authors look for inspiration in the judgement of the Constitutional Court of the Republic of Croatia in the P. Z. Auto case of 2008.*

*Key words: competition law, concentrations of undertakings, failing firm defence, recession*



## Zusammenfassung

Vlatka Butorac Malnar\*  
Jasminka Pecotić Kaufman\*\*

**BEWERTUNG DER KONZENTRATION VON UNTERNEHMERN  
NACH DEM KRITERIUM DES GESCHÄFTSRÜCKGANGS IN  
ZEITEN DER REZESSION**

*Die Aufsicht bei der Konzentration von Unternehmen wird durchgeführt, um die auf eine Konzentration folgende Entstehung einer wettbewerbsfeindlichen Marktstruktur, die das Wettbewerbsniveau auf dem maßgeblichen Markt beeinträchtigen würde, zu verhindern. In bestimmten Fällen kann eine Konzentration, die den Wettbewerb beeinträchtigt und daher verboten werden müsste, dennoch zugelassen werden, weil nämlich zwischen der Durchführung der Konzentration und der Wettbewerbsbeeinträchtigung danach kein ursächlicher Zusammenhang besteht. Es geht dabei um Situationen, in denen sich einer der Konzentrationsteilnehmer nachweislich in so schwerwiegenden finanziellen Schwierigkeiten befand, dass er ohnehin vom Markt verschwunden wäre und sich so auch ohne die Unternehmerkonzentration eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ergeben hätte. Dieses Kriterium des Geschäftsrückgangs geht aus der Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten hervor und ist, wenn auch mit etwas veränderten Voraussetzungen, ins Wettbewerbsrecht der Europäischen Union eingegangen. Die Autorinnen haben die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Kriteriums in den Vereinigten Staaten, der Europäischen Union und Kroatien einer Analyse unterzogen und festgestellt, dass die Anwendungsvoraussetzungen in der EU in erster Linie aufgrund der Voraussetzung des unvermeidlichen Marktaustritts des Vermögens strenger sind als in den Vereinigten Staaten. Besonders wird die Frage erörtert, ob in Zeiten der Rezession beziehungsweise einer Wirtschaftskrise die Regeln für die Genehmigung einer Unternehmerkonzentration aufgrund des Geschäftsrückgangs gelockert werden sollten. Die Autorinnen machen darauf aufmerksam, dass es sehr schwierig zu ermitteln sein kann, ob es sich in der Tat um einen endgültig gescheiterten oder um einen wegen der Rezession in vorübergehenden Schwierigkeiten befindlichen Unternehmer handelt. In Bezug auf das Kriterium des Geschäftsrückgangs im kroatischen Wettbewerbsrecht stellen die Autorinnen fest, dass*

---

\* Dr. Vlatka Butorac Malnar, Oberassistentin an der Juristischen Fakultät der Universität Rijeka, Hahlić 6, Rijeka

\*\* Dr. Jasminka Pecotić Kaufman, Dozentin an der Volkswirtschaftlichen Fakultät der Universität Zagreb, Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb

*die kroatischen Vorschriften und Handhabung mit dem Gemeinschaftlichen Besitzstand immer noch nicht völlig harmonisiert sind, in erster Linie da die Voraussetzung des unvermeidlichen Marktaustritts des Vermögens nicht übernommen wurde. Sie analysieren desweiteren die relevante Praxis der kroatischen Kartellbehörde. Gesondert wird auch die Frage behandelt, ob die Anwendung der Rechtsregeln der EU bei der Bewertung der Unternehmerkonzentration im kroatischen Recht rechtmäßig sei, da nach Art. 70 des Stabilierungs- und Assoziierungsabkommens die aus der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln hervorgehenden Regeln nur auf den Wettbewerb einschränkende Vereinbarungen, den Missbrauch der beherrschenden Stellung und staatliche Beihilfen anzuwenden sind. Anregungen für die Antwort auf diese Frage sehen die Autorinnen in der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien im Fall P. Z. Auto aus dem Jahr 2008.*

*Schlüsselwörter: Wettbewerbsrecht, Unternehmerkonzentrationen, Kriterium des Geschäftsrückgangs, Rezession*