

POVEĆANA UČINKOVITOST PODUZETNIKA U POSTUPKU OCJENE DOPUŠTENOSTI HORIZONTALNIH KONCENTRACIJA PREMA HRVATSKOM I EUROPSKOM PRAVU*

Dr. sc. Vlatka Butorac Malnar, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 339.13::061.1EU
347.776(497.5)
Ur.: 27. siječnja 2010.
Pr.: 22. ožujka 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Cilj ovog rada je usporedno analizirati pristup učinkovitostima u hrvatskoj i europskoj regulativi i praksi kontrole koncentracija. U kontekstu ovog rada pod učinkovitostima se prvenstveno podrazumijevaju oni učinci koncentracija koji mogu imati pozitivan utjecaj na tržišno natjecanje i time opravdati one koncentracije koje istovremeno sa generiranjem učinkovitosti predstavljaju i opasnost tržišnom natjecanju. Uvođenje elementa učinkovitosti u postupak ocjene dopuštenosti koncentracija od samih početaka iznimno je kontroveržno pitanje i do određene mjere ostaje takvo i u današnje doba, kako u europskoj tako i u hrvatskoj praksi. Posljedica kontroverznosti jest njegovo iznimno rijetko korištenje u postupcima ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija, uslijed čega se pitanje primjene ovog novouvedenog elementa materijalno pravne analize prijavljenih koncentracija pokazuje kao iznimno važan predmet analize. Vodeći se navedenim ciljem, rad je obrađen po izabranim komparativnim jurisdikcijama, ukazujući na zakonodavne manjkavosti i probleme u primjeni, te prijedlozima de lege ferenda.

Ključne riječi: europsko pravo tržišnog natjecanja, hrvatsko pravo tržišnog natjecanja, ocjena koncentracija, učinkovitosti.

1. Uvod

Postoje mnogi razlozi zašto se poduzetnici odlučuju spajati ili na neki drugi način povezati s drugim poduzetnicima na tržištu. Razloge bismo mogli grupirati u dvije skupine. One motivirane gospodarskim ciljevima i one koje se ne mogu objasniti

* Prikazani rezultati proizašli su iz znanstvenog projekta (Hrvatsko pravo nakon reforme nadzora koncentracija u Europskoj zajednici, 067-0671442-1439), provedenog uz potporu Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa Republike Hrvatske.

racionalnim ekonomskim razlozima.¹ Najčešće spominjani razlozi spadaju u prvu skupinu i odnose se na buduću sposobnost poduzetnika učinkovitijeg poslovanja na tržištu.² Tu se na prvom mjestu navodi generiranje učinkovitosti poput ekonomije obujma, pogodnosti stvaranja novih ili poboljšanih proizvoda koji su rezultat istraživanja i razvoja, povećanje tržišne snage, efikasnije korporativno upravljanje, stvaranje nacionalnih prvaka i slično.³ Dok su neke od navedenih učinkovitosti poželjne za društvo u cjelini jer potiču tržišno natjecanje, inovacije i ravnopravnu raspodjelu dobara, druge su usmjerene samo na sudionike koncentracija, a na društvo najčešće imaju negativan utjecaj budući da dovode do narušavanja ili ograničavanja tržišnog natjecanja.

Sustav kontrole koncentracija, regulatorni je oblik pokušaja javne vlasti da spriječi upravo one koncentracije koje bi mogle naštetiti tržišnom natjecanju. U tom smislu zadatak im je identificirati koje od prijavljenih koncentracija mogu imati negativan učinak i iste spriječiti zabranom provođenja ili njihovom uvjetnom dopuštenosti.

Problem je kod učinkovitosti u tome što je najčešće nemoguće razlučiti koncentracije koje proizvode pozitivne učinke od onih koje proizvode negativne učinke, budući da se navedeni učinci obično pojavljuju istodobno, što je posebno slučaj kod horizontalnih koncentracija.⁴ Kada koncentracije ne predstavljaju opasnost tržišnom natjecanju, učinkovitosti igraju sporednu ulogu, budući da kriterij ocjene dopuštenosti nije stvaranje učinkovitosti, već zabrana narušavanja tržišnog natjecanja. Drugim riječima, ukoliko je izvjesno da koncentracija neće narušiti ili ograničiti tržišno natjecanje ona će biti dopuštena neovisno o postojanju učinkovitosti. Stoga, iako iste mogu biti razmatrane od regulatornog tijela, one neće biti od presudnog značaja u donošenju odluke. Učinkovitosti, međutim, postaju iznimno bitan element analize kod onih koncentracija koje bi u nedostatku istih, sasvim sigurno negativno utjecale na tržišno natjecanje. U tom kontekstu pojavljuje se pojam obrane po kriteriju povećane učinkovitosti poduzetnika.⁵ Naime, prema navedenoj obrani sudionici koncentracije, koja bi mogla negativno utjecati na tržišno natjecanje, imaju priliku dokazati da će istovremeno doći do znatnih učinkovitosti koje suzbijaju negativne

1 U ovu skupinu ubrajaju se iracionalne odluke pojedinaca na čelu trgovačkih društava koji mogu biti motivirani pohlepom, vlastitom taštinom ili strahom. Iako neobjašnjive iz ekonomske perspektive, time motivirane koncentracije baš kao i one pobudene ostvarivanjem veće dobiti mogu značajno utjecati na tržišno natjecanje. Vidi Whish R., *Competition Law*, 5th ed., Oxford University Press, 2005., str. 785.

2 Jones, A.; Suffrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2008., str. 943.

3 U literaturi se ponavljaju navedene klasifikacije. Vidi primjerice, Whish R., *Competition law*, op. cit., str. 783.-786., Jones, Suffrin, op. cit., 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.

4 "Many mergers do both at once. [...] Horizontal mergers may create substantial efficiencies even as they facilitate collusion or enlarge market power." Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: The Law Of Competition and its Practice*, West Publishing Co., 1994., str. 446.

5 Efficiency defence.

učinke te da bi iz tog razloga koncentraciju ipak trebalo ocijeniti dopuštenom. Dakle, u kontekstu ovog rada pod učinkovitostima se prvenstveno podrazumijevaju oni učinci koncentracija koji mogu imati pozitivan utjecaj na tržišno natjecanje i time opravdati one koncentracije koje istodobno s generiranjem učinkovitosti predstavljaju i opasnost tržišnom natjecanju.

Uvođenje elementa učinkovitosti u postupak ocjene dopuštenosti koncentracija od samih početaka iznimno je kontroveržno pitanje i do određene mjere ostaje takvo i u današnje doba, čemu svjedoči pregršt znanstvenih radova objavljenih na tu temu u posljednja dva desetljeća.⁶ Europska unija je tek nedavno eksplicitno prihvatila

6 Vidi npr. Brodley, J. F., *Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures*, Antitrust Law Journal 1996, 64 ANTITRLJ 575; Camesasca, P. D., *The Explicit Efficiency Defense in Merger Control: Does it Make a Difference*, European Competition Law Review, E.C.L.R. 1999, 20 (1), 14-28, 1999; Colley, L., *From Defense to "Attack"? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers*, European Competition Law Review, E.C.L.R. 2004, 25 (6), 342-349, 2004; Conrath, C.W. Widnell N.A., *Efficiency Claims in Merger Analysis: Hostility or Humility?*, George Mason Law Review, 1999, 7 GMLR 685; Davies J., Schlossberg R., Jaspers M.B., Scholomiti K., *Efficiencies – a changing horizon in horizontal merger control*, Getting the Deal Through–Merger Control 2007, Freshfields Bruckhouse Deringer, dostupno na http://www.gettingthedealthrough.com/narrative_pdf.php?id=11; Fackelmann CH. R., *Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control: An Intractable Subject or Promising Chance for Innovation*, 2006, University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy Working paper No. L-09/06, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=910465>; Goldman C. S., Knable Gotts, I.; Piaskoski M. E., *The Role of efficiencies in Telecommunications Merger Review*, Federal Communication Law Journal, 2003, 56 FCLJ 87; Greaney, T. L., *Not for Import: Why the EU Should not Adopt the American Efficiency Defense for Analyzing Mergers and Joint Ventures*, Saint Louis University Law Journal, 2000, 44 STLULJ 871; Ilzkovitz, F., Meiklejohn, R., *European Merger Control: Do We Need An Efficiency Defence?*, Edward Elgar Publishing, 2006; Jaspers M. B., *EU: Commission Takes Closer Look at Efficiencies*, 2006, Global Competition Review, G.C.R. 2006, Nov. 41; Knable Gotts, I.; Goldman, C. S., *The Role of Efficiencies in M&A Global Antitrust Review: Still in Flux?*, 29 International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute 201, (Barry E. Hawk ed. 2003); Kocmut M., *Efficiency Considerations and Merger Control- Quo Vadis, Commission*, European Competition Law Review 2006., E.C.L.R. 2006, 27 (1), 19-27; Kolasky W. J.; Dick, A. R., *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, Antitrust Law Journal, 2003, 71 ANTITRLJ 207; Kolasky, *Lessons From Baby Food: The Role of Efficiencies in Merger Review*, Antitrust, 2002 Antitrust 82; Lagerlöf, J., Heidhues P., *On the Desirability of an Efficiency Defence in Merger Control*, 2005, International Journal of Industrial Organisation 827; Luescher, C., *Efficiency Considerations in European Merger Control- Just Another Battle Ground for the European Commission*, Economists and Competition Lawyers, European Competition Law Review, E.C.L.R. 2004, 25 (2), 72-86, 2004; Muris T. J., *The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years*, George Mason Law Review, 1999, 7 GMLR 729; Noel, *Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers Under European and US Antitrust Law*, European Competition Law Review, E.C.L.R., 1997. 458; Rosenthal M., Pate R. H., Shores. R., *Efficiencies and remedies under ECMR*, 2006., G.C.R. 2006, Nov. Supp., The European Antitrust Review 2007, 31-36; Schmidt, I. L. O., *The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic vs. Static Efficiency*, European Competition Law Review, 2007, E.C.L.R. 2007, 28(7), 408-411; Svetlicinii A., *Assessment of Non-horizontal Mergers: Is There a Chance for the Efficiency Defence in EC Merger Control*, European Competition Law Review 2007; E.C.L.R. 2007, 28 (19), 529 – 538; Werden, G. J., *An Economic Perspective on the Analysis of Merger Efficiencies*, Antitrust 1997, 11-SUM ANTITR 12; Vasconcelos H., *Efficiency gains*

mogući pozitivni značaj učinkovitosti na tržišno natjecanje Uredbom 139/2004⁷ i Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija.⁸ Što se pak Hrvatske tiče, ona je za razliku od EU, učinkovitostima pristupila na izričit način, predviđajući već Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. godine⁹ da učinkovitosti mogu biti faktor protuteže protukonkurentskih koncentracija. Očito je takav pristup smatran neusklađenim s europskim pravilima tržišnog natjecanja, budući da je novim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja,¹⁰ koji stupa na snagu u listopadu 2010. godine, navedeni kriterij izbačen iz zakonskog teksta, a način primjene učinkovitosti kao kriterija ocjene dopuštenosti koncentracija, prebačen je u neobvezujuće interpretativne akte Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

Cilj je ovog rada usporedno analizirati pristup učinkovitostima u hrvatskoj i europskoj regulativi i praksi. Rasprava o opravdanosti uvođenja elementa učinkovitosti u europsko pravo po američkom modelu, bila je već predmetom istraživanja autora,¹¹ stoga se u ovom radu središte analize premješta s teoretskih pitanja uspješnosti i poželjnosti ovog pravnog transplantata u zakonodavstvo EU, na pitanje primjene ovog novouvedenog elementa materijalno pravne analize prijavljenih koncentracija s ciljem što iscrpnije analize domaćeg zakonodavstva koje je na pragu cjelovite promjene od iznimne važnosti za poduzetnike na nacionalnom tržištu.

2. Pristup Europske komisije učinkovitostima

2.1. Prva razvojna faza: učinkovitosti kao dokaz protutržišnog učinka koncentracije

Prva Uredba o kontroli koncentracija¹² u Europskoj uniji donesena je tek 1989. godine. Dugi proces odlučivanja o navedenom propisu rezultat je mukotrpnih pregovora između država članica koje su zastupajući svoje nacionalne interese imale različite vizije svrha i ciljeva uređenja koncentracija na zajedničkom tržištu.

and structural remedies in merger control, 2007, Centre for Economic Policy Research, No. 6093, dostupno na www.cepr.org/pubs/dps/DP6093.asp; Yde P. L., Vita M. G., *Merger Efficiencies: Reconsidering the "Passing-on" Requirement*, *Antitrust Law Journal*, 1996, 64 ANTITRLJ 735; Areeda, Hovenkamp, Solow, *Antitrust Law*, 92nd ed., Aspen Law & Business 1998 Vol. IVA, a 9E

7 Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (dalje u tekstu Uredba 139/2004.) O.J. L 24, 29.01.2004, str. 1.-22.

8 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 05/02/04.

9 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 122/2003.

10 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 79/2009.

11 Butorac Malnar, V., *The Role of Efficiencies in Merger Control: Comparative EU-USA Perspective*, ZPFR vol. 29, br. 2, Rijeka 2008., str. 851.– 886.

12 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. (dalje u tekstu Uredba iz 1989.).

Konačni tekst izraz je političkog kompromisa koji se odrazio i na ulogu učinkovitosti u postupku ocjene koncentracija.¹³ Naime, konačnom verzijom Uredbe 4064/89 učinkovitostima se posvetilo vrlo malo prostora ostavljajući otvorenim pitanje njihovog načina primjene i značaja u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija. Štoviše, učinkovitosti se kao termin nisu ni spominjale u Uredbi već su one, člankom 2(1)(b) bile obuhvaćene širom pojmovnom formulacijom uzimanja u obzir „*tehničkog i gospodarskog napretka kojemu koncentracija pridonosi, ali samo ukoliko takav napredak ide u korist potrošača i ne predstavlja prepreku tržišnom natjecanju*“.¹⁴ Formulacija članka 2(1)(b), koja je u cijelosti preuzeta i novom Uredbom o koncentracijama iz 2004. godine, izvorno proistječe iz članka 101(3) Ugovora o funkcioniranju Europske unije¹⁵ kojim se također temeljem „*razvoja tehničkog i gospodarskog napretka*“ predviđa mogućnost izuzetka od ništavosti zabranjenih sporazuma iz članka 101(1) UFEU. Sukladno tomu, navedeni članci trebali su dobiti istovjetnu primjenu - dokaziv izuzetak od pravila ništavosti zabranjenog sporazuma, odnosno ocjene nedopuštenosti koncentracija.¹⁶ To međutim, nije u potpunosti bilo

13 Nacrt Uredbe predviđao je dopuštanje koncentracija koje pridonose ostvarivanju ciljeva iz Ugovora o osnivanju Europske zajednice, ukoliko ekonomske koristi prevladavaju u odnosu na opasnost od narušavanja tržišnog natjecanja. Vidi, Proposal for a Regulation, [1989] O.J. C22/14, Recital 16. Ovaj prijedlog promovirao je balansiranje između dobiti i šteta koncentracije. Odredba nije usvojena jer se članovi Vijeća nisu uspjeli dogovoriti oko ciljeva tržišnog natjecanja. Dok su Španjolska, Portugal i Francuska zastupale industrijsku, regionalnu i socijalnu politiku, Njemačka i Velika Britanija bile su sklone preuzimanju američkog modela koji ne priznaje višestrukost ciljeva tržišnog natjecanja, već se ograničava samo i isključivo na provođenje politike tržišnog natjecanja. Ovi posljednji, suprotstavili su se uvođenju odredbe o učinkovitostima, jer su smatrali da bi ista bila iskorištena u svrhu ostvarivanja industrijskih ciljeva poput stvaranja europskih šampiona koji bi svojom veličinom mogli konkurirati na svjetskom tržištu ali bi istovremeno, upravo stvaranjem vladajućeg položaja, mogli narušiti učinkovito tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu. Vidi, Hawk, B., *The EEC Merger Regulation: The First Step Toward One-Stop Merger Control*”, *Antitrust Law Journal*, 1990, 59 ANTITRLJ 195 § 213; Jones, A.; Sufirin B., *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2002., str. 798.

14 Uredba o koncentracijama 1989., op. cit., članak 2(1)(b) u izvorniku glasi:

“Concentrations within the scope of this Regulation shall be appraised in accordance with the following provisions with a view to establishing whether or not they are compatible with the common market. In making this appraisal, the Commission shall take into account:

(b)[...] *the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition.*”

Navedeni članak u potpunosti je preuzet novom Uredbom o koncentracijama iz 2004. godine, ali je objašnjenjima iz Smjernica za ocjenu horizontalnih koncentracija ovaj put zadobio jednu sasvim novu dimenziju primjene.

15 Čl. 81(3) prema numeraciji koja je prethodila stupanju na snagu Ugovora o funkcioniranju Europske unije (tzv. Lisabonskog ugovora).

16 U Bilješkama o Uredbi o koncentracijama – Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89 [1990] 4 CMLR 314 point (d). – istaknuto je da pojam tehničkog i gospodarskog napretka mora biti shvaćen u duhu načela sadržanih u članku 81(3) (po novoj numeraciji Lisabonskog Ugovora, članak 101(3)), razvijenih temeljem tumačenja Europskog suda. Navedene Bilješke više nisu dostupne na mrežnim stranicama Komisije, međutim dio o učinkovitostima može se pronaći djelomično citiran u radu Knable Gotts, I., Goldman, C. S., *The Role of Efficiencies in M&A Global*

tako.¹⁷ Dok su stranke zabranjenih sporazuma uspijevale dokazivati učinkovitosti uslijed kojih bi inače zabranjeni sporazum bio pošteđen ništavosti, u kontekstu koncentracija stranke gotovo nikad nisu uspjele dokazati da bi inače nedopuštenu koncentraciju trebalo proglasiti usklađenom sa zajedničkim tržištem radi koristi koju bi ista proizvela. Štoviše, u ranoj razvojnoj fazi učinkovitosti su se često smatrale dodatnim dokazom protutržišnog učinka koncentracije te u rijetkim prilikama u kojima su bile razmatrane, bivane su korištene na štetu stranaka koncentracije.¹⁸ Jedan od razloga tako različitog ishoda primjene članka 101(3) i 2(1)(b) leži u jezičnoj formulaciji dvaju pravila. Kako bi došlo do izuzetka od ništavosti, članak 101(3) pretpostavlja da: sporazum mora pridonositi unapređenju proizvodnje ili distribucije dobara odnosno pridonositi promicanju tehničkog ili gospodarskog napretka; potrošači moraju dobiti *razmjernu* korist; ograničenja moraju biti *neophodna* za postizanje cilja te sporazum strankama ne smije priskrbiti mogućnost uklanjanja tržišnog natjecanja u smislu *znatnog dijela* predmetnih proizvoda.

Za razliku od članka 101(3), Uredba o koncentracijama iz 1989. godine¹⁹ predviđala je tri kumulativna uvjeta: „učinkovitosti moraju biti rezultat razvoja tehničkog i gospodarskog napretka, ići na *korist potrošača* i *ne predstavljati prepreku* tržišnom natjecanju“. Za početak, jasno je vidljivo da je Uredba o koncentracijama, izostavljajući unapređenje distribucije i proizvodnje, bila ograničena samo na tehnički i gospodarski napredak, što je po mnogima ograničavalo primjenu članka 2(1)(b) samo na učinkovitosti koje su rezultat istraživanja i razvoja. Samim time bitno se suzio opseg mogućih koristi u odnosu na članak 81(3).²⁰ Nadalje, dok je članak 101(3) propisivao obvezatnost prelijevanja *razmjernog* dijela koristi sporazuma na potrošače, članak 2(1)(b) nije kvantificirao obujam prelijevanja učinkovitosti na potrošače. Iako naizgled nebitna, ova različitost iznimno je važna pri ocjeni ispunjenja navedenog kriterija. Budući da nije postojao prag prijenosa, odnosno nije bilo jasno u kojem obujmu koristi moraju biti prenesene na potrošače, nije bilo jasno kada će se navedeni uvjet smatrati ispunjenim od strane poduzetnika. Jedino sigurno predviđanje bilo je prenošenje učinkovitosti u cijelosti, što je rijetko moguće u realnim tržišnim okvirima. Ovo otvoreno pitanje ostavljalo je veliku diskrecijsku ocjenu Komisije i pravnu nesigurnost stranaka u postupku. Što se pak tiče uvjeta neophodnosti iz

Antitrust Review: Still in Flux? 29 International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute 201, Barry E. Hawk ed., 2003., str. 220.

17 Iako ni članak 81(3) (prema novoj numeraciji 101(3)) u to doba nije imao sustavno objašnjenje načina primjene, već je do doga došlo tek 2004. godine sa Smjernicama za primjenu članka 81. stavka 3. Ugovora (O.J. C101, 27.04.2004, str. 97.-118.), ipak već samom činjenicom da je članak 81(3) bio sadržan u Rimskom ugovoru iz 1957. godine, dakle postojao je bitno prije Uredbe 4064/89, već je postojala praksa Komisije i europskih sudova koja je mogla biti od pomoći pri primjeni članka 2(1)(b) Uredbe o Koncentracijama.

18 Vidi primjerice predmet IV/M. 53, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991, predmet IV/M 214, *Du/Pont/ICI* O.J. L 7/13, 13/01/1993 ili predmet IV/M 269 *Shell/Montecatini* O.J. L 332/48, 22/12/1994.

19 Knable Gotts, I., Goldman, C. S., op. cit., str. 220.

20 Loc. cit.

članka 101(3), koji je izraz načela proporcionalnosti, isti nije bio propisan Uredbom o koncentracijama. Ta činjenica, međutim, nije predstavljala problem jer se navedeni princip smatrao implicitno sadržanim u Uredbi kao jedno od načela na kojima ona počiva.²¹ Najveći problem proizlazio je iz trećeg uvjeta, budući da analogna primjena članka 101(3) nije bila moguća. Dok članak 101(3) predviđa da „[...] sporazum ne smije strankama priskrbiti mogućnost uklanjanja tržišnog natjecanja u smislu znatnog dijela predmetnih proizvoda“, članak 2(1)(b) kao uvjet postavlja da napredak [...] ne predstavlja prepreku tržišnom natjecanju.²² Praksa je pokazala da prilikom ocjene učinaka sporazuma ili koncentracije, ključ analize leži u odnosu između učinkovitosti i protutržišnih učinaka. Drugim riječima, što je protutržišni učinak koncentracije ili sporazuma veći, to veće moraju biti koristi od istih. Kod članka 101(3) to je značilo da će ipak biti dopušteni inače zabranjeni sporazumi koji generiraju pozitivne učinke ukoliko istovremeno ograničavanje tržišnog natjecanja nije znatno. Navedene formulacija je logična budući da se pozitivni i negativni učinci i zabranjenih sporazuma i koncentracija, gotovo uvijek pojavljuju istovremeno.²³ Ukoliko međutim, napredak ne smije predstavljati prepreku tržišnom natjecanju uopće (kako je to proizlazilo iz formulacije članka 2(1)(b) Uredbe i koncentracijama), tada ni u kojem slučaju koncentracije, koje generiraju učinkovitosti i istodobno proizvode protutržišne učinke, neće moći biti dopuštene. Slijedom navedenog, učinkovitosti koncentracija nisu mogle biti sagledane u kontekstu protuteže inače nedopuštene koncentracije. Iste su bivale dopuštene samo ako nisu predstavljale prepreku tržišnom natjecanju, a u takvim slučajevima generiranje učinkovitosti u biti niti nije relevantno za donošenje odluke o dopustivosti provedbe koncentracije.²⁴ Slijedom navedenog, praksa Komisije i Europskog suda postupno je razvila različitu primjenu dviju odredbi, dokazivu i primjenjivu kod zabranjenih sporazuma, ali ne i kod koncentracija, iako su izvorno trebale biti preslika istih uvjeta kod dva različita oblika postupanja na tržištu.²⁵

Negativan pristup učinkovitostima uvelike je bio pospješeno i tada važećim testom za ocjenu dopuštenosti koncentracija. Uredbom 4064/1989 godine koncentracije su bivale ocjenjivane primjenom, tzv. „testa vladajućeg položaja“. Prema navedenom

21 De la Mano, M., *The competitive effects of efficiencies in European merger control*, Enterprise Papers No. 11, Enterprise Directorate-General European Commission, 2002., str. 27.

22 Iz navedenog razloga isticalo se da su učinkovitosti tretirane asimetrično u članku 81(3) i Uredbi o koncentracijama iz 1989. Vidi primjerice Whish, *EC competition law*, op. cit., str. 843.-844.

23 Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: The Law Of Competition and its Practice*, op. cit., str. 446.

24 Ilzkovitz, F., Meiklejohn, R., *European merger control: do we need an efficiency defence*, op. cit., str. 182.

25 U tom smislu, Ilzkovitz i Meiklejohn navode: „*It can be argued (and probably regretted) that the Commission's administrative practice (and the Courts' case law) has gradually moved these two provisions apart from each other. As a result, there is a general impression that only article 81(3) allows for an explicit weighing of pro and anti-competitive aspects of an agreement and that the ECMR does not allow for such an explicit weighing of pro and anti-competitive aspects of mergers.*“ op. cit.

testu, zabranjena je bila ona koncentracija koja je stvarala ili jačala vladajući položaj na tržištu, a što je za posljedicu moglo imati značajno narušavanje tržišnog natjecanja.²⁶ Navedeni test bio je zamišljen kao kumulativni dvostupanjski test, u kojemu se u prvom stupnju trebalo utvrditi hoće li koncentracija dovesti do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, a u drugom hoće li takva koncentracija dovesti do značajnog narušavanja tržišnog natjecanja.²⁷ Sukladno tomu, ključno je bilo odgovoriti na pitanje je li značajno narušavanje tržišnog natjecanja neposredna posljedica stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja ili to nije nužno slučaj. Europski sud je postavio pravilo prema kojemu je bilo neophodno utvrditi uzročnu vezu između dvije razine testa.²⁸ U praksi se međutim pokazalo da je najčešće takva uzročna veza presumirana,²⁹ što je učinilo drugu razinu testa nebitnom.³⁰ Drugim riječima, smatrano je da se samom činjenicom stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja značajno narušavalo tržišno natjecanje.³¹

Imajući u vidu navedeno, ne čudi da članak 2(1)(b) u ranoj praksi nije dobio pozitivnu primjenu. Naime, Europska komisija je u više navrata koristila navedeni članak upravo kao dokaz jačanja protutržišnog učinka prijavljene koncentracije, a ne kao faktor protuteže koji bi mogao biti osnova dopuštanja inače nedopuštene koncentracije.³² Srž argumentacije Komisije sastojao se u tomu da dokazivanjem učinkovitosti sudionici koncentracije samo potvrđuju činjenicu da će provedu li istu, stvoriti ili ojačati vladajući položaj na tržištu, što je po tadašnjem testu vladajućeg položaja bio osnovni kriterij zabranjivanja provedbe koncentracija. Očiti primjer navedenoga bio je slučaj *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*.³³ Komisija je uzela u obzir niz učinkovitosti poput troškovnih ušteda, raznih marketinških sinergija, poboljšanog upravljanja i slično, samo da bi zaključila da navedene učinkovitosti povećavaju tržišnu snagu poduzetnika što bi im omogućilo da u budućnosti postupaju

26 Članak 2(3) Uredbe o koncentracijama iz 1989. u izvorniku glasi: „*A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.*“

27 Röller, L. H., de la Mano, M., *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*, European Commission. January 22, 2006., str. 3. dostupno na, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/new_substantive_test.pdf, 11.12.2009.; Bellamy & Child, *European Community law on Competition*, 6th ed., Oxford University Press, 2008. str. 747., § 8.195.

28 Združeni predmeti C-68/94, *French Republic v. Commission* i C-30/95 *Société Commerciale et de l'Azote (SCPA) and Enterprise Minière et Chimique (EMC) v. Commission* [1998] ECR I-1375.

29 Npr. u predmetu T- 210/01 *GE v. Commission* [2005] ECR II-5575, [2006] 4 CMRL 686, Sud je utvrdio da jačanje vladajućeg položaja može samo po sebi značajno narušiti tržišno natjecanje, § 86.

30 Vidi npr. Basedow, J., *The modernization of European competition Law: A Story of unfinished concept.*, Texas International Law Journal, 2007., vol. 44, no. 4, str. 433.; Rinckens, A., *Welfare Standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: defining the efficiency defense*, Journal of Competition Law and Economics, 2007, 1-31, str. 17.

31 Monti, G., *EC Competition law*, Cambridge University Press, 2007., str. 249.

32 Najčešće korišteni termin je „efficiency offence“.

33 Predmet IV/M. 53, *Aerospatiale –Alenia / de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991, § 65.-69.

na tržištu nezavisno od svojih konkurenata. Time je postavila kriterij da se većina učinkovitosti neće smatrati protutežom ukoliko bi koncentracija dovela do stvaranja vladajućeg položaja.³⁴ Slična argumentacija upotrijebljena je i u slučajevima *Du Pont/ICI*³⁵ i *Shell/Montecatini*³⁶ u kojima je zaključeno da postizanje tehničkog i gospodarskog napretka može omogućiti strankama koncentracije velike prednosti u odnosu na konkurente i doprinijeti stvaranju ili jačanju vladajućeg položaja.³⁷ Stoga je u oba slučaja Komisija zatražila od stranaka koncentracije podjelu učinkovitosti sa svojim konkurentima prije negoli im je dopustila provedbu koncentracije.³⁸ Slično, godine 1999., u predmetu *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*³⁹ Komisija je izričito dovela u izravnu vezu stvaranje vladajućeg položaja s nemogućnošću uzimanja u obzir učinkovitosti.⁴⁰ Komisija je nizala slične odluke još godinama.⁴¹

34 Greaney, T. L., *Not for Import: Why the EU Should Not Adopt the American Efficiency Defense for Analyzing Mergers and Joint Ventures*, Saint Louis University Law Journal, 2000, 444 STLULJ 871, § 890.

35 Predmet IV/M 214, *DuPont/ICI* O.J. L 7/13, 13/01/1993. Slučaj DuPont sastojao se od spajanja kapaciteta dvaju najjačih poduzetnika u istraživanju i razvoju u području najlonskih vlakana. Komisija učinkovitostima nije pristupila sa gledišta potrošača koji bi profitirali novinama u navedenom području, već ja koncentraciju smatrala usmjerenom ka stvaranju vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu. Naime, prednosti koje bi proizašle iz koncentracije omogućile bi poduzetnicima velike prednosti u odnosu na konkurente.

36 Predmet IV/M 269 *Shell/ Montecatini* O.J. L 332/48, 22/12/1994.

37 Cook C. J., Kerse, C. S., *EC Merger control*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2000, str. 177. U oba slučaja Komisija je zatražila od stranaka koncentracije da učinkovitosti podijele sa svojim konkurentima prije negoli im je dopustila provedbu iste.

38 Slična argumentacija korištena je i u slučajevima zajedničkog pothvata. Primjerice u *Predmetu IV/M.469, MGS/Media Service*, O.J. L 364/1, 31/12/1994, Komisija je izrazila mišljenje da iako bi zajednički pothvat doprinio razvoju digitalne televizije, ta činjenica bi stavila poduzetnike zajedničkog pothvata u vladajući položaj na mjerodavnom tržištu i stoga je zabranila provedbu koncentracije. U paragrafu 100 odluke Komisija navodi: „*The reference to [the] criterion in Article 2 (1) (b) of the Merger Regulation [contribution to technical and economic development] is subject to the reservation that no obstacle is formed to competition [...] [T]he foreseeable effects of the proposed concentration suggest that it will lead to a sealing-off and early creation of a dominant position on the future markets for technical and administrative services and to a substantial hindering of effective competition on the future market for pay-TV.*”

39 Predmet IV/M.1313 *Danish Crown /Vestjyske Slagterier* O.J. L 20, 25/01/2000.

40 „*As far as those efficiencies are concerned, it should be noted that under Article 2(1)(b) of the Merger Regulation the Commission may take account of the development of technical and economic progress only to the extent that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition. The creation of a dominant position in the relevant markets identified above, therefore, means that the efficiencies argument put forward by the parties cannot be taken into account in the assessment of the present merger.*“ Ibid. toč 198. odluke.

41 Predmet IV/M 490, *Nordic Satellite Distribution*, O.J. L 53/20, 02/03/1996; Predmet IV/M.619, *Gencor /Lonrho*, O.J. L 11/30, 14/01/1997, toč. 214. (odluka potvrđena i u žalbenom postupku Predmet T-102/96 *Gencor v. Commission* [1999] E.C.R. II –753); Predmet IV/M 042 *Alcatel/Telettra* O.J. L 122/48, 17/05/1991; Predmet IV/M 354 *American Cyanamid/Shell* O.J. C 273, 09/10/1993; Predmet IV/M 477 *Mercedes-Benz/Kässbohrer* O.J. L 211/1, 06/09/1995; Predmet IV/M 580 *ABB/Daimler-Benz* O.J. L 11/29, 14/01/1997; Predmet IV/M 315 *Mannesmann/Valourec/Ilva* O.J. L102/15, 21/04/1994; Predmet IV/M 986 *Agfa-Gevaert/DuPont* O.J. L 211/22,

Suočena s brojnim kritikama,⁴² Komisija je 2001. godine započela rad na reformi kontrole koncentracija koja je uključivala i javnu raspravu o ulozi učinkovitosti u ocjeni dopuštenosti koncentracija.⁴³ Poziv na javnu raspravu rezultirao je mnoštvom komentara u kojima se uglavnom isticalo da Komisija treba pojasniti svoje stajalište prema učinkovitostima i učiniti ih značajnim elementom analize.⁴⁴ Reforma je rezultirala usvajanjem nove Uredbe 139/04 o koncentracijama te Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija kojima se pristup učinkovitostima bitno promijenio.

2.2. Druga razvojna faza - učinkovitosti kao kriterij ocjene dopuštenosti koncentracija

U preambuli Uredbe 139/04 po prvi puta se izričito spominje pozitivna uloga učinkovitosti na tržišno natjecanje. U točki 4. stoji da su „reorganizacije dobrodošle ukoliko odgovaraju zahtjevima dinamičnog tržišnog natjecanja, i mogu povećati konkurentnost europske industrije, poboljšati uvjete rasta i povećati životni standard u Zajednici“.⁴⁵ Navedena formulacija nešto je opreznija varijanta američkog pristupa, usvojenog još 1984. godine, a sukladno kojemu se navodi da je primarna ekonomska korist koncentracija njihov potencijal generiranja učinkovitosti koje mogu povećati konkurentnost poduzetnika i rezultirati smanjivanjem cijena.⁴⁶ Nadalje, točkom 29. Uredbe o koncentracijama izričito se navodi da „radi utvrđivanja utjecaja neke koncentracije na tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu treba voditi računa o svim njenim dokazanim i vjerojatnim koristima koje prikazu predmetni poduzetnici.“⁴⁷

29/07/1998.

42 Kritike su se posebno isticale u predmetu COMP/M. 2220, *General Electric/Honeywell*, O.J. L 48/1, 18/02/2004, povodom koncentracije između dva američka poduzetnika aktivna na svjetskom tržištu avionskih dijelova. Navedena koncentracija bila je uvjetno dopuštena od strane američkog Department of Justice, dok je Europska Komisija zabranila koncentraciju radi vjerojatnih negativnih konglomeratnih, vertikalnih i horizontalnih učinaka koncentracije na tržišno natjecanje. Isticane kritike na odluku odnosile su se većim dijelom na analizu konglomeratnih i vertikalnih učinaka Komisije, iz čega se razvila rasprava o različitostima u vrijednostima i ciljevima prava tržišnog natjecanja između SAD-a i EU. Više o tome vidi, Butorac Malnar, V., *The Role Of Efficiencies In Merger Control, Comparative Study EU-USA*, ZPFR, vol. 29, br. 2., Rijeka, 2008., str. 851.- 886.

43 Godine 2001., objavljen je Green Paper on the Review of the Council Regulation (EEC) No 4064/89, COM (2001) 745/6 final, (dalje u tekstu Zelena knjiga), gdje je između ostalog stajalo da Komisija podupire javnu raspravu o tome na koji način i do koje mjere bi učinkovitosti trebale biti uzimane u obzir u analizi dopuštenosti koncentracija. Zelena knjiga, toč. 172.

44 Ibid., toč. 114. -115., 119., 121., 125.

45 Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (dalje u tekstu Uredba 139/2004.) O.J. L 24, 29/01/2004, str. 1.-22.

46 Američke Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija već su u svojoj verziji iz 1984. godine izričito priznale da je primarna ekonomska korist koncentracija njihov potencijal generiranja učinkovitosti koje mogu povećati kompetitivnost poduzetnika i rezultirati smanjivanjem cijena. Vidi US Department of Justice, *Merger Guidelines Sec 10 A (1984)*.

47 Uredba 139/ 2004., toč. 29.

Razlog tomu je novousvojeni stav da „postoji mogućnost da koristi koje proizlaze iz koncentracije neutraliziraju učinke na tržišno natjecanje, poglavito potencijalne štete za potrošače, koje bi koncentracija inače mogla izazvati, te da zbog toga takva koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito natjecanje na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom dijelu, poglavito uslijed stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja“.⁴⁸ Ovime se prihvatila recipročna veza između uvjeta tržišnog natjecanja i učinkovitosti: povećanje učinkovitosti vodi jačanju natjecanja, a jaki konkurentski pritisak, pak, tjera poduzetnike iznaći nove načine za poboljšanje učinkovitosti.⁴⁹

Nesporno je da navedena formulacija predstavlja veliki korak u odnosu na prethodno zakonodavstvo. Taj korak međutim gubi ponešto na svom značaju, uzme li se u obzir činjenica da se učinkovitosti spominju samo u preambuli Uredbe, te da su iste detaljno razrađene samo Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija koje, iako djeluju snagom svoje uvjerljivosti ipak nisu obvezujući pravni akt.⁵⁰ U obvezujućem dijelu Uredbe nije došlo do promjena - u cijelosti je preuzeta odredba o „razvoju tehničkog i gospodarskog napretka“ iz stare Uredbe o kontroli koncentracija. Manjkavostima navedene odredbe pristupilo se posredno, interpretativnom metodom u duhu gore navedenih točaka preambule i promjenom testa za ocjenu dopuštenosti koncentracija. Naime, Uredbom 139/04 uveden je test značajnog narušavanja tržišnog natjecanja kojim je promijenjen redoslijed dva konstitutivna elementa testa vladajućeg položaja. Tako se po novom testu smatra neusklađenom ona koncentracija koja *bi bitno ograničavala učinkovito natjecanje* na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom dijelu, poglavito kao rezultat stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja.⁵¹ Slijedom navedenog, ključno pitanje pri ocjeni koncentracija postaje hoće li ona bitno smanjiti konkurenciju, a ne hoće li doći do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja. Očito je da se prilikom usvajanja novog testa nastojala zadržati primjenjivost postojeće prakse ustanovljene na starom testu ocjene dopuštenosti koncentracija.⁵² Unatoč toj činjenici, praktična implikacija promjene je značajna. Naime, ponuđenom formulacijom, stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja, iako najvažniji, postaje ipak samo jedan od primjera značajnog narušavanja tržišnog natjecanja, što označava

48 Loc. cit.

49 Ilzkovitz, F., Meiklejon, R., *European merger control: do we need an efficiency defence*, op. cit., str. 47.

50 Vidi Kocmut, M., *Efficiency Considerations And Merger Control - Quo Vadis, Commission?* European Competition Law Review, 2006., E.C.L.R. 2006, 27(1), 19 -27, § 21-22.

51 Uredba 139/2004, čl. 2(3).

52 Navedeni stav izražen je u Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija, koja u uvodnom dijelu ističe da se „[...] očekuje da će se većina slučajeva u kojima je koncentracija neusklađena sa zajedničkim tržištem i nadalje temeljiti na utvrđivanju vladajućeg položaja. [...] U tom smislu, namjera je ove Obavijesti da očuva pouke koje se mogu izvući iz dosadašnje prakse, kao i da u potpunosti uzme u obzir sudsku praksu sudova Zajednice.“ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, O.J. C 31, 05/02/2004, str. 5.-18. (dalje u tekstu Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija), toč. 4.

stroži kriterij ocjene, budući da ne mora nužno doći do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja da bi došlo do značajnog narušavanja tržišnog natjecanja.⁵³ S druge strane, test postaje fleksibilniji⁵⁴ budući da omogućava dinamičku analizu uslijed koje Komisija ima viši stupanj diskrecije pri odlučivanju o spornim koncentracijama.⁵⁵ Točnije, nezavisno o visini tržišnog udjela, Komisija ima priliku ocijeniti mogući utjecaj koncentracije na cijene i *output*, odnosno tržišno natjecanje uopće, uvažavajući pritom elemente poput učinkovitosti.⁵⁶ Sudionici koncentracije su stoga u prilici dokazati da uslijed generiranih učinkovitosti, stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja ne mora nužno narušiti tržišno natjecanje. Stoga, novim testom postaje oboriva nekadašnja predmnijeva da se samom činjenicom stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja značajno narušava tržišno natjecanje, čime se otvara prostor za pozitivnu ili čak presudnu ulogu učinkovitosti u određivanju protutržišnog učinka koncentracije.

Prije osvrta na uvjete koji moraju biti zadovoljeni da bi isticane učinkovitosti zaista imale balansirajući učinak, potrebno je istaknuti da se unatoč često korištenom terminu *efficiency defence*, odnosno obrana učinkovitostima, metodološki ne radi zaista o *obrani*, odnosno potkrijepljenom argumentu sudionika koncentracije isticanog povodom utvrđenja postojanja protutržišnog učinka, već o jednom od kriterija za dokazivanje postojanja protutržišnog učinka uopće. Ovo slijedi iz Uredbe 139/04 u kojoj se navodi da Komisija provodeći *analizu koncentracije*, uzima između ostalog

53 Ovim načinom se između ostalog, nastojala nadopuniti navodna pravna praznina testa vladajućeg položaja koja se odnosila na jednostrane učinke nekoordiniranih oligopola. Navedeni učinci postojali bi u situaciji kada bi sudionici koncentracije bez da posegnu za koordinacijom i unatoč činjenici da nemaju najveći tržišni udjel na mjerodavnom tržištu, bili u mogućnosti povećati cijene i na taj način iskorištavati svoju tržišnu moć. Više o tome vidi Kauper, E. T., *Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations*, Saint John's Law Review, 2000, 74 St. John's L. Rev. 305, § 330.

U zajedničkom odgovoru na Zelenu knjigu, niz istaknutih profesora ekonomije dali su primjer takve situacije na tržištu: „Consider for instance a market where a (possibly dominant) firm holds a 55% share, and two other firms have respectively 12% and 20% of the market share. Surely, a merger between the firm holding the highest market share and any of the other firms will likely increase prices while creating (or reinforcing) dominance. However, a merger between the second and the third firm might well allow them to increase prices without giving raise to (single firm) dominance. It is not because the merging companies face a larger competitor that they will refrain from increasing prices. In fact, economic analysis shows that in many circumstances an outsider firm will also increase its prices as a result of the merger.” Joint letter to the Commission by Crémer, J. (IDEI, Toulouse); Encaoua, D. (University Paris I); Ivaldi, M. (IDEI, Toulouse); Motta, M. (European University Institute, Florence); Neven, D., (Graduate Institute of International Studies, Genève); Rey, P. (IDEI, Toulouse); Röller, L. H. (WZB, Berlin); Seabright, P. (IDEI Toulouse); Van Damme, E. (University of Tilburg); Verboven, F. (University of Leuven); Vives, X. (INSEAD, Fontainbleau) of July 10, 2002, donedavno dostupne na mrežnim stranicama Komisije <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>, posjećeno 23.12. 2009.

54 Basedow, J., *The modernization of European competition Law: A Story of unfinished concept*, op. cit., str. 435.

55 Akšamović, D., *Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ*, ZPFR, vol. 29., br. 2., Rijeka, 2008., 1033.-1066., str. 1040.

56 Röller, L. H., de la Mano, M., *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*, op. cit., str. 8.

u obzir i razvoj tehničkog i gospodarskog napretka [...]“.⁵⁷ Metodološka preciznost u ovom slučaju iznimno je važna. Naime, ukoliko bi se učinkovitostima pristupilo kao elementu obrane, tada bi bilo neophodno ocjenjivati odvojeno protutržišne učinke od učinkovitosti, te ih zatim usporediti kako bi se procijenilo prevladavaju li učinkovitosti u odnosu na protutržišne učinke.⁵⁸ Da bi usporedba bila moguća, bilo bi neophodno kvantificirati i kvalificirati temeljem istih kriterija i negativne i pozitivne učinke što u praksi nije uvijek moguće.⁵⁹ S duge strane, ukoliko su učinkovitosti jedan od kriterija cjelokupne analize tada se ocjena isticanih učinkovitosti kombinira sa svim ostalim elementima analize pri čemu se u konačnoj odluci može izbjeći direktna usporedba protutržišnog učinka i učinkovitosti. Samim time uloga isticanih učinkovitosti postaje značajnija.⁶⁰

Osim metodološki i konceptualno bi se moglo prigovoriti terminu obrana. Razlog tomu su različita značenja koja se mogu atribuirati pojmu tržišno natjecanje. Ako se pod pojmom natjecanje prvenstveno podrazumijeva stupanj tržišne moći, razumijevanje, koje bi se moglo pripisati nekadašnjem testu vladajućeg položaja, tada bi svaka koncentracija jake tržišne moći bila pogođena zabranom, a strankama bi jedino ostalo obraniti se od tog zaključka isticanjem učinkovitosti. U tom kontekstu termin obrana *podrazumijeva da koncentracija negativno utječe na tržišno natjecanje, ali radi potencijalnih učinkovitosti je ipak poželjna* stoga bi trebalo dozvoliti njenu provedbu.⁶¹ Navedeno bi zahtijevalo primjenu metodologije direktne usporedbe i balansiranja pozitivnih i negativnih učinaka koncentracija, što je kako smo vidjeli, vrlo problematično u praksi.

Međutim, ako se pod pojmom natjecanje prvenstveno podrazumijeva razina cijena, tada bi se koncentracija trebala zabraniti samo ukoliko se značajno povećavaju

57 Uredba 139/2004, čl. 2(1)(b).

58 Više vidi u Renckens, A., *Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining The Efficiency Defence*, Journal of Competition Law and Economics, 2007., str. 1.-31., str. 17. U radu se ističe razlika konceptualne i procesne dimenzije učinkovitosti, s temeljitim pregledom postojeće literature. Dok se konceptualna dimenzija odnosi na standard blagostanja kao mjerila učinkovitosti, procesna dimenzija učinkovitosti odnosi se prvenstveno na metodologiju procjenjivanja učinkovitosti. Istaknute su tri moguća metodološka pristupa; od slučaja do slučaja metoda, metoda opće pretpostavke i stupnjevita metoda. O tome vidi i Ilzkovitz, F., Meiklejon, R., *European Merger Control: Do We Need An Efficiency Defence*, op. cit., str. 66. -76.

59 O problemima kvantifikacije i kvalifikacije učinkovitosti vidi loc. cit.

60 Ovaj pristup istovjetan je američkom pristupu budući da je već Smjernicama iz 1984. godine odlučeno da se učinkovitosti maknu iz dijela obrane u dio antikompetitivne analize. Prema navedenom stavu DOJ ne “važe” očekivane učinkovitosti i očekivane protutržišne učinke, već se odnosi spram učinkovitosti kao odlučujućeg faktora procjene antikompetitivnosti konkretne koncentracije. Vidi Kolasky, W. J.; Dick, A. R., *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, Antitrust Law Journal, 2003, 71 Antitr. L. J. 207, § 41 (1985); Vidi također, *60 Minutes with J Paul McGarth- Interview*, 54 Antitr. L.J. 131, § 141 (1985).

61 O tome vidi Ilzkovitz, F., Meiklejon, R., *European Merger Control: Do We Need An Efficiency Defence*, op. cit., str. 145.-146.

cijene proizvoda.⁶² U tom bi slučaju stranke mogle isticanjem učinkovitosti *pobijati* pretpostavku značajnog narušavanja tržišnog natjecanja povećanjem cijena, što je u duhu novousvojenog standarda ocjene koncentracija. U tom kontekstu pobijanje pretpostavlja da *uslijed generiranih učinkovitosti koncentracija ne utječe negativno na tržišno natjecanje (ne povećava cijene)* stoga bi trebala bi biti dopuštena.⁶³ Ovo je u skladu s usvojenim metodološkim pristupom kao i testom značajnog narušavanja tržišnog natjecanja. Povećanje razine cijena kao kriterij ocjene odnosi se ponajprije na izbor modela blagostanja, tzv. *welfare standard*, koji je u EU na strani potrošača.⁶⁴ Tako Uredba 139/2004. ističe da će se razvoj tehničkog i gospodarskog napretka uzeti u obzir pod uvjetom da je na *dobrobit potrošača*.⁶⁵ Blagostanje potrošača kao referentni cilj prava tržišnoga natjecanja odraz je vrijednosnoga suda o distribuciji bogatstva u društvu.⁶⁶ Naime, prema navedenom modelu samo one koncentracije čije se učinkovitosti direktno prelijevaju na potrošače u obliku smanjenja cijena i poboljšane kvalitete proizvoda će se uzeti u obzir.⁶⁷ U ekonomskoj teoriji navedene učinkovitosti označavaju se terminom „potrošačev višak“ što označava razliku između cijene koje je potrošač spreman platiti za određeni proizvodi i cijene koju

62 Loc. cit.

63 O tome vidi i Ilzkovitz, F., Meiklejon, R., *European Merger Control: Do We Need An Efficiency Defence*, op.cit. str. 66.-76.; Renckens, A., *Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining The Efficiency Defence*, op.cit.; Padilla, J., *Efficiencies in horizontal mergers: Williamson revisited*, Wayne Dale Collins 8ed., Issues in Competition law and Policy, American Bar Association Press 2005., dostupno na <http://papers.ssrn.com/sol3papers.cfmabstractid=812989>, 23/12/2009.

64 O modelu blagostanja iznimno se puno pisalo. Vidi primjerice, Van den Bergh, Roger J., Camesasca, P. D., *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Intersentia-Hart, Antwerpen, 2001.; Lande, R. H., *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, Hastings Law Journal, 34 Hastings L.J. 65, 68 (1982) citirano u ABA Section of Antitrust Law.; Knable Gotts, I., Goldman C. S., *The Role of Efficiencies in M&A 2002* op.cit.; Renckens, A., *Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining The Efficiency Defence*, op.cit.; Malinauskaite J. *The Development of „Consumer Welfare“ and its Application in the Competition Law of the European Community and Lithuania*, International Company and Commercial Law Review 2007, I.C.C.L.R. 2007, 18 (10), 354-364.

Za detaljnu analizu navedene teme na hrvatskom jeziku vidi, Pošćić, A. *Blagostanje potrošača – krajnji cilj europskog prava tržišnog natjecanja*, u postupku objavljivanja u Zborniku radova sa Međunarodnog Jean Monnet znanstvenog skupa „Socijalna prava kao temeljna ljudska prava“, Rijeka, 26.-27. 09. 2008.

65 Članak 2(3) Uredba 139/2004.

66 Za razliku, model sveukupnog blagostanja raspodjelu bogatstva u društvu sagledava neutralno. Prema ovom modelu trebale bi se uzeti u obzir sve učinkovitosti bez obzira jesu li one prenesene na potrošače ili koriste samo proizvođačima. Temelj je ovog razmišljanja vjerovanje da učinkovitosti donose koristi društvu u cjelini bez potrebe razlikovanja korisnika tih pogodnosti. Detaljnije vidi Pošćić, A., *Blagostanje potrošača – krajnji cilj europskog prava tržišnog natjecanja*, op. cit.

67 Alistar, L., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet and Maxwell, London, 2003., str. 428.

stvarno plaća.⁶⁸ Prema teoriji blagostanja, navedeni višak pripada potrošaču. Upravo temeljem ovog postulata se pojmu natjecanje može pripisati značenje „razina cijena“. U tom slučaju umjesto o obrani govorimo o pobijanju učinkovitostima.⁶⁹ Iz teksta Uredbe 139/2004 može se zaključiti da je prihvaćen ovaj pristup, budući da se istom ističe postojanje mogućnosti da koristi koje proizlaze iz koncentracije *neutraliziraju* učinke na tržišno natjecanje, poglavito potencijalne štete za potrošače, koje bi koncentracija inače mogla izazvati te da zbog toga takva koncentracija *ne bi bitno ograničavala učinkovito natjecanje*.⁷⁰ Slično, Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija se ističe da Komisija može odlučiti da, kao posljedica učinkovitosti, *ne postoje temelji da se koncentracija ocijeni neusklađenom sa zajedničkim tržištem* ukoliko učinkovitosti koje stvara koncentracija mogu unaprijediti sposobnost i motiv poduzetnika koji nastaje koncentracijom da djeluje na način da promiče tržišno natjecanje na dobrobit potrošača i time *suzbija negativne učinke* na tržišno natjecanje koje bi koncentracija inače mogla proizvesti.⁷¹ Iz oba primjera vidljivo je izvođenje zaključka da uslijed generiranih učinkovitosti, koncentracija ne utječe negativno na tržišno natjecanje. Također je zanimljivo primijetiti da se nigdje u europskim zakonodavnim tekstovima ne spominje termin obrana učinkovitostima, iako se isti često rabi u pravnoj literaturi.

Razlika između obrane učinkovitostima i pobijanja učinkovitostima može se promatrati iz teoretske perspektive, budući da se u praksi dva značenja pojma natjecanje najčešće kombiniraju.⁷² Stoga je gotovo nemoguće napraviti čisto razgraničenje između dva pojma. Međutim budući da korištenje termina obrana dovodi do metodologijske nedosljednosti, bilo bi puno pravilnije u pravnoj literaturi izbjegavati navedeni termin, kao što uostalom radi i sam zakonodavac.

68 Van den Bergh, Roger J., Camesasca, P. D., *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, op. cit., str. 64.

69 U ovom kontekstu zanimljivo je primijetiti da je izbor modela blagostanja u EU bio uvijek na strani potrošača, uključujući i vrijeme kada se primjenjivao test vladajućeg položaja, što bi moglo označavati da je značenje pojma natjecanje i tada mogla biti razina cijena. Ipak, u većini slučajeva to nije bilo tako budući da je stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja u sebi sadržavalo presumpciju narušavanja tržišnog natjecanja i to prvenstveno kroz razinu cijena.

70 Uredba 139/2004, toč. 29.

71 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 77.

72 Autori Röller, L. H., Stennek, J., Verboven, F., *Efficiency Gains from Mergers*, Discussion Paper FS IV 00-09, Wissenschaftszentrum Berlin, 2000., u svom radu ističu navedeni zaključak objašnjavajući to na sljedeći način:

„*Merger control forbids mergers that reduce competition (significantly). The exact meaning of this prohibition depends on which of the two meanings one gives to the term competition. Consider a merger that increases mark-ups significantly, but reduces price. Since mark-ups are increased, such a merger would be blocked using the second interpretation (degree of market power) of the term competition. Since price is reduced, such a merger would be permitted using the first interpretation (price level) of the term competition.*“, str. 89.

2.2.1. Uvjeti uspješnog isticanja učinkovitosti

Uvjeti koje isticane učinkovitosti moraju ispunjavati da bi bile uzete u obzir, definirani su Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija. Sukladno smjernicama takve učinkovitosti kumulativno moraju biti na dobrobit potrošača, specifične za predmetnu koncentraciju i dokazive.⁷³

a) Dobrobit potrošača

Prvi je od uvjeta da učinkovitosti moraju biti na korist potrošača. Ovdje je bitno napomenuti da se pojam potrošača u kontekstu koncentracija razlikuje od njegovog opće prihvaćenog značenja. Naime, dok se pod pojmom potrošači inače podrazumijevaju krajnji korisnici roba i usluga, u predmetnom kontekstu se pod pojmom potrošači podrazumijevaju i posredni i konačni potrošači što dakle uključuje i kupce sudionika koncentracije.⁷⁴ Navedeno odstupanje od iznimne je važnosti budući da do koncentracije može doći na izvornom tržištu sirovina. U tom bi slučaju bilo gotovo nemoguće dokazati prelijevanje učinkovitosti na krajnje potrošače uzevši u obzir cijeli distributivni lanac do krajnjeg potrošača koji nije pod kontrolom sudionika koncentracije. Iz navedenoga razloga smatra se da ukoliko učinkovitosti budu prenesene na neposredne kupce sudionika koncentracije tada postoji vjerojatnost prelijevanja dalje u distributivnom lancu do krajnjeg potrošača. Stoga se takvi kupci smatraju potrošačima u smislu odredbi Uredbe i Smjernica.

Uvjet prijenosa koristi na potrošače izraz je već spomenutog izbora modela blagostanja. Europska unija kao i mnoge druge jurisdikcije, poglavito SAD, opredijelila se za potrošačevo blagostanje⁷⁵ umjesto sveukupnog blagostanja⁷⁶ kao standarda ocjene koncentracija i uopće prava tržišnog natjecanja.⁷⁷ Čitajući odredbu 2(1)(b) Uredbe 139/2004 dalo bi se zaključiti da koristi od koncentracije moraju biti u cijelosti prenesene na potrošače. Smjernice međutim nude nešto fleksibilnije rješenje. Prema Smjernicama, "mjerodavno polazište u ocjeni navoda o učinkovitostima jest da potrošači slijedom provedbe koncentracije *neće doći u lošiji položaj*. U tu svrhu učinkovitosti bi trebale biti znatne i pravovremene te bi u načelu trebale predstavljati dobrobit za potrošače na mjerodavnim tržištima na kojima je inače vjerojatna pojava problema u smislu tržišnog natjecanja."⁷⁸ Drugim riječima, danas čak i one koncentracije čije su učinkovitosti znatne i pravovremene, ali ne dovode

73 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 78.

74 Ibid., bilj. 105.

75 Model potrošačevog blagostanja temelji se na raspodjeli bogatstva u društvu. Smatra se da treba uzeti u obzir samo one učinkovitosti koje su prenesene na potrošače. Vidi više Poščić, A., *Blagostanje potrošača – krajnji cilj europskog prava tržišnog natjecanja.*, op. cit.

76 Model sveukupnog blagostanja raspodjelu bogatstva u društvu sagledava neutralno. Prema ovom modelu trebale bi se uzeti u obzir sve učinkovitosti bez obzira jesu li one prenesene na potrošače ili koriste samo proizvođačima. Vidi više loc. cit.

77 O jednostavnom ekonomskom objašnjenju modela blagostanja vidi Faull, J., Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, 2nd. ed., Oxford University Press, 2007., Poglavlje I (1).

78 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 79.

nužno potrošače u bolji položaj, već im omogućavaju zadržavanje stanja postojećeg prije provedbe koncentracije smatrat će se prenesene na potrošače i time će sudionici koncentracije zadovoljiti kriterij prijenosa dobiti na potrošače. Održavanje *status quo* stanja na strani potrošača, kao rezultata znatnih učinkovitosti, nije u praksi zadovoljavalo kriterij prijenosa, stoga navedeno rješenje predstavlja novinu u odnosu na prethodnu praksu.⁷⁹ Očito je preduvjet ovakvog ishoda da učinkovitosti budu znatne i pravovremene. Smjernice međutim ne definiraju kada su učinkovitosti znatne i pravovremene, već umjesto toga nude niz primjera učinkovitosti koje bi mogle zadovoljiti navedeni kriterij. Tako se u Smjernicama navodi da će troškovne uštede u proizvodnji, odnosno distribuciji koje dovode do smanjenja varijabilnih ili graničnih troškova biti od veće važnosti od smanjenja fiksnih troškova.⁸⁰ Nadalje, ističe se da što se kasnije u budućnosti očekuje ostvarenje učinkovitosti to će iste više gubiti na ocjeni Komisije, što upućuje na kratkoročnu analizu učinkovitosti.⁸¹ Navedeno stajalište ima svoje uporište u ekonomskoj teoriji, iako kod kratkoročnih učinkovitosti teoretska granica između fiksnih i varijabilnih troškova može biti iznimno tanka stoga se preporuča dugoročna analiza.⁸² Međutim, koje vremensko razdoblje se može smatrati kratkoročnim, a koje dugoročnim nije nigdje definirano i može se tumačiti na različite načine. Odluka Komisije da ostavi otvoreno navedeno pitanje unatoč različitim sugestijama,⁸³ smatra se mudrom odlukom, jer se na taj način otvara mogućnost odlučivanja prilagođeno potrebama svakog konkretnog predmeta, ovisno o tomu koje vrste učinkovitosti se ističu.⁸⁴ Osim troškovnih ušteda, Komisija će uzeti u obzir i učinkovitosti koje su rezultat istraživanja i razvoja jer je za potrošače korisno uživati u novim ili poboljšanim proizvodima.⁸⁵

Nadalje, Smjernicama se ističe da je ocjena prelijevanja učinkovitosti na potrošače vezana uz postojanje konkurentskih pritisaka i potencijalnog ulaska na tržište, pri čemu se Komisija koristi *sliding scale* analizom, prema kojoj učinkovitosti moraju biti znatnije, vjerojatnije i u dovoljnoj mjeri prenesene na potrošače, što

79 Vidi Predmet IV/M126, *Accor/Wagons-Lits*, O.J. L 204/1, 28/04/1992, § 26.; Predmet IV/M053, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991, § 69.; Predmet IV/M774, *Saint-Gobain /Wacker-Chemie/NOM*, O.J. L 247/1, 10/09/1997, § 214.

80 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 80.

81 Ibid., toč. 83.

82 De la Mano, M., *For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control*, Enterprise Papers No.11 European Commission, 2002., § 31. citirano u Kocmut, M., *Efficiency considerations and merger control- Quo vadis, Commission?*, op. cit., § 24.

83 Predloženo je vrijeme od četiri godine kao prikladni kratkoročni rok, dok je vrijeme od 20 godine, u svakom slučaju predviđen kao predugi vremenski rok ostvarenja učinkovitosti. Vidi Hawk, B. E., *Substantive Standards for Mergers and the Role of Efficiencies*, op. cit., str. 319.-332.

84 Kocmut, M., *Efficiency considerations and merger control- Quo vadis, Commission?*, op. cit., § 23.

85 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 81.

su veći negativni pritisci.⁸⁶ Upravo iz navedenoga razloga, malo je vjerojatno da će gotovo monopolistička koncentracija moći biti ocijenjena pozitivno, budući da postoji presumpcija prema kojoj kod takvih koncentracija koristi od učinkovitosti ne bi bile dovoljne za uravnoteženje mogućih protutržišnih učinaka.⁸⁷ Navedeno ne znači nužno da ni u kojoj situaciji sudionici gotovo monopolističke koncentracije neće moći dokazati učinkovitosti, već samo da je navedena presumpcija prilično jaka, što čini još težim i inače teško dokazivanje učinkovitosti, a samim time i manje vjerojatnim.⁸⁸

Općenito, u ekonomskoj teoriji uvjet prijenosa učinkovitosti na potrošače jako je kritiziran, no za očekivati je da će on i dalje ostaje kamen temeljac ocjene koncentracija, budući da je isti odraz moralne vrijednosti izabranog standarda, a ne njegove ekonomske opravdanosti.⁸⁹

b) Specifičnost koncentracije

Osim što učinkovitosti moraju biti prenesene na potrošače, da bi se uzelo u obzir kao element protuteže negativnim učincima koncentracije, moraju biti specifične za konkretnu koncentraciju i biti dokazive. Učinkovitosti specifične za koncentraciju su one koje su „izravna posljedica prijavljene koncentracije i ne mogu do odgovarajuće mjere biti postignute na načine koji bi bili manje suprotni načelima tržišnog natjecanja“.⁹⁰ Za razliku od prelijevanja koristi na potrošače, uvjet specifičnosti koncentracije ne proizlazi iz izbora standarda blagostanja, već iz proporcionalnosti kao općeg

86 Ibid., toč. 84. U praksi je Komisija imala različite pristupe. Tako je primjerice u predmetu IV/M053, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, O.J. L 334/42, 5/12/1991 Komisija procijenila da učinkovitosti od 0.5% post-koncentracijskog prihoda nisu znatne, dok je u predmetu COMP/M.4057 *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*, O.J. C 209, 31/8/2006, Komisija ocijenila znatnima, učinkovitosti između 0 i 5% neto prodaje poduzetnika. Navedeni pristup odraz je pristupa „klizne skale“ uslijed kojega determinacija znatnosti varira od slučaja do slučaja. Vidi također Davies, J., Schlossberg, R., Bo Jaspers, M., Scholomiti, K., Freshfields Bruckhaus Deringer, *Efficiencies – a changing horizon in horizontal merger control*, Getting the Deal Through – merger control 2007.

87 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija toč. 84. Međutim, u predmetu COMP/M.4057 *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*, O.J. C 209, 31/8/2006, Komisija je uzela u obzir učinkovitosti u koncentraciji koja je vodila duopolu.

88 Kocmut, M., *Efficiency considerations and merger control- Quo vadis, Commission?*, op. cit., 19.-27.

89 Ibid. § 24 iznosi sljedeću analizu: „*Although the passing-on is a constituent element of the consumer welfare standard it is heavily criticised as having absolutely no basis in economic theory. The requirement has been very lucidly described by Pitofsky who has labelled it a killer qualification, which is satisfied only in a highly competitive market, where the merger would not raise concerns anyway. This observation is directly relevant for the Guidelines which claim that the degree of pass-on is often related to the existence of competitive pressures. The problem with such an assertion is not only that it precludes efficiency claims exactly in the cases in which they would matter; but also that it runs against the finding that the degree of pass-on increases with the market power of the merged undertaking and that even a monopolist will pass on cost savings to a significant degree. In addition, the evidence of passon is rarely available, which is why the burden of proof is likely, in practice, to be insurmountable for the undertakings concerned.*“

90 Smjernice toč. 85.

načela europskoga prava.⁹¹ Načelo proporcionalnosti nalaže da se pojedine aktivnosti ne smiju poduzimati ukoliko se željeni cilj može postići manje ograničavajućim sredstvima. Prilikom odlučivanja o tom pitanju, Komisija će uzeti u obzir samo one alternative koje su praktične i razumne u konkretnoj situaciji i predmetnoj djelatnosti⁹² nastojeći tako izbjeći situacije u kojima će se zabraniti koncentracija poduzetnika radi postajanja samo teoretske mogućnosti da se učinkovitosti postignu na neki manje ograničavajući način.⁹³ Naime, primjena isključivo hipotetskih alternativa mogla bi rezultirati potpunim izostankom učinkovitosti, čime bi se najviše naštetilo onima koje se nastoji zaštititi - potrošačima.

Iako na prvi pogled navedeno pravilo ne predstavlja analitički problem, ipak mu se mogu istaknuti dva bitna nedostatka. Za početak, odlučivanje o postojanju manje ograničavajućih sredstava za postizanje istih ciljeva ili učinaka, neminovno znači preispitivanje gospodarskih odluka sudionika koncentracije od strane Komisije. Takva praksa je vrlo sporna iz perspektive poduzetnika, budući da se primjenom predmetnog pravila Komisiji otvara prostor miješanja u poslovnu slobodu poduzetnika.⁹⁴ Drugi problem predmetnog pravila je teret dokaza. Naime, teret dokazivanja nepostojanja manje ograničavajuće mjere leži na sudionicima koncentracije.⁹⁵ Ovaj dokazni zahtjev predstavlja veliku prepreku strankama, jer je u pravilu teže dokazati nepostojanje manje ograničavajućih mjera od dokazivanja samih učinkovitosti.⁹⁶ Iz navedenoga razloga puno bi bolje rješenje bilo kada bi teret dokazivanja manje ograničavajućih mjera bio na Komisiji, kao tijela čiji je zadatak u ovom konkretnom kontekstu, preispitivanje odluka sudionika koncentracije.⁹⁷

91 Luescher, C., *Efficiency considerations in european merger control- Just another battle ground for teh european Commission, economists and competition lawxwrs?*, European Competition Law Review, 2004, E.C.L.R. 2004, 25 (2), 72-86, § 84.

92 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija toč. 85. Isti pristup nalazimo i u SAD-u. US Merger Guidelines, op. cit., sec. 4, navode sljedeće: "Agency will consider only those efficiencies likely to be accomplished with the proposed merger and unlikely to be accomplished in the absence of either the proposed merger or another means having comparable anticompetitive effects [...] Only alternatives that are practical in the business situation faced by the merging firms will be considered."

93 Pristup je istovjetan onome u SAD-u, Vidi, Hausman, J. A, Leonard, G. K., *Efficiencies from the Consumer Viewpoint*, 1999, 7 George Mason L. Rev. 707, § 719.

94 Green Paper on the Review of Regulation 4064/89--Summary of the Replies Received, § 123. donedavno dostupno na http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments/summary_publication.pdf.

95 Smjernice, toč. 85.

96 Yao, D. A., Dahdouh, T. N., *Information Problems in Merger Decision Making and Their Impact on Development of an Efficiency Defense*, 1993., 62 Antitrust L.J. 23, § 41.-42.

97 Kocmut, ističe da bi navedeno rješenje bilo logičnije uzevši u obzir činjenicu da postojanje manje ograničavajućih mjera nije okarakterizirano asimetričnošću informacija na strani poduzetnika, što je najčešći razlog postavljanja tereta dokaza na poduzetnike u postupku. U ovoj konkretnoj situaciji radi se o problemu nepostojanja vjerodostojnih podataka. Vidi Kocmut, M., op. cit., § 26.

c) Dokazivost

Posljednji je od uvjeta uzimanja u obzir učinkovitosti u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija, dokazivost. Sudionici koncentracije moraju uspješno dokazati da će se isticane učinkovitosti zaista i materijalizirati. Razlog tomu je prospektivna priroda ocjene dopuštenosti koncentracija. Naime, ocjena dopuštenosti koncentracija rezultat je simulirane procjene, budući da se o koncentraciji odlučuje prije njene provedbe. Kako je to slučaj sa svim predviđanjima, tako je i s učinkovitostima. Postoji mogućnost da se ne realiziraju u stvarnosti.⁹⁸ Štoviše, to je često slučaj.⁹⁹ Iz tih razloga potrebno je, koliko je to moguće, potkrijepiti dokazima ostvarivost i vjerojatnost realizacije isticanih učinkovitosti. Stupanj dokazivosti nužno je relativiziran, pa tako Smjernice navode da „učinkovitosti moraju biti dokazive na način da Komisija može u *razumnoj mjeri* biti sigurna da je ostvarenje učinkovitosti vjerojatno, te dovoljno značajno da suzbiju moguću štetu koncentracije za potrošače [...]. Ako je to razumno moguće, učinkovitosti i proizašle dobrobiti za potrošače trebale bi stoga biti kvantificirane.“¹⁰⁰ Kvantitativnom metodom nastoji se identificirati minimum neophodnih učinkovitosti koje će osigurati da koncentracija neće rezultirati povećanjem cijena u odnosu na cijene koje bi postojale da ne dođe do provedbe koncentracije.¹⁰¹ Kvantifikacija učinkovitosti postaje problematična kada učinkovitosti nisu rezultat troškovnih ušteda, već poboljšanih proizvoda i usluga koje je iznimno teško kvantificirati. U tim slučajevima, kada neophodni podaci za kvantitativnu analizu nisu dostupni, Smjernice predviđaju da mora biti moguće predvidjeti jasno utvrdivi i pozitivni, a ne tek neznatni, učinak na potrošače.¹⁰² Što se pak tiče vrsta dokumenata, koje mogu poslužiti kao dokazni materijal, Smjernice ističu posebno „interne dokumente koje je menadžment koristio kod odlučivanja o koncentraciji, izjave menadžmenta za vlasnike i financijska tržišta o očekivanim učinkovitostima, povijesne primjere učinkovitosti i dobrobiti za potrošače, kao i studije vanjskih stručnjaka, izrađene prije provedbe koncentracije, o vrsti i veličini dobitaka od učinkovitosti koji će vjerojatno biti na dobrobit potrošača.“¹⁰³ Ova lista nije iscrpna, već predstavlja primjere onih dokumenata koji su najčešće u posjedu sudionika koncentracije budući da se najčešće radi o aktima kojima su se poduzetnici

98 Iz navedenoga razloga u znanstvenim krugovima isticao se često prijedlog uvođenja post koncentracijske provjere ostvarenja navodnih učinkovitosti. Vidi Knable Gotts, I., Goldman C. S., *The Role of Efficiencies in M&A* op. cit., str. 289. sa pripadajućom bilješkom 386.

99 Alistar, L., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, op. cit., str. 442.; Ravenscraft D. J., Scherer, F. M., *Mergers, Sell'offs, and Economic Efficiency*, Brookings Institute, Washington D.C., 1987. citirano u Knable Gotts, I., Goldman C. S., *The Role of Efficiencies in M&A* op. cit., str. 289.

100 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 86.

101 Alistar, L., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, op. cit., str. 442.-443.; Vidi, Dalkir and Warren-Boulton, *Prices, Market Definition, and the Effects of merger Staples-Office depot (1997)*, objavljeno u Kwoka & White eds., *The Antitrust Revolution*, 3rd ed., Oxford University Press, 1999.

102 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 87.

103 Ibid., toč. 88.

služili za donošenje poslovnih odluka. Stoga, osim što ih ne bi trebalo biti teško predočiti, njihovo prikupljanje ne bi trebalo iziskivati dodatne troškove za stranke u postupku.

2.1.3. Praksa u EU nakon reforme iz 2004. godine

Kao što je istaknuto, do reforme iz 2004. godine bilo je gotovo nemoguće dokazati učinkovitosti koje bi neutralizirale negativne posljedice na tržišnom natjecanju. Štoviše, često je ishod dokaznog postupka išao strankama na štetu na način da je Komisija koristila vjerojatne i znatne učinkovitosti kao dokaz postojanja protutržišnog učinka. Međutim, reformom iz 2004. godine zakonodavni okvir uvelike se promijenio, ostavljajući prostora za novi analitički pristup i liberalnije odlučivanje povodom isticanih učinkovitosti. Unatoč toj činjenici i velikim nadama koje su nastale reformom, praksa Komisije gotovo da se i nije izmijenila. Od 2004. do danas Komisija niti u jednom predmetu nije učinkovitostima dala presudnu ulogu u donošenju odluke.

U više navrata Komisija je raspravljala o učinkovitostima, vodeći se uspostavljenim kriterijima, ali stranke nisu uspjele učinkovitostima dokazati da koncentracija ipak ne bi značajno narušila tržišno natjecanje. U rijetkim slučajevima, učinkovitosti su ipak bile jedan od razloga neosporavanja koncentracije. Možda najuvjerljivija odluka u tom smislu je *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*¹⁰⁴ iz 2006. godine. Radi se o predmetu, koji se sastojao od koncentracije dvaju poduzetnika na tržištu kartonske ambalaže, koja je za posljedicu imala pretvaranje prethodno oligopolističkog tržišta u duopolističko, ostavljajući uz sudionike koncentracije samo još jednog značajnog poduzetnika, Stora Enso, koji je i nakon koncentracije održao vladajući položaj na mjerodavnom tržištu.¹⁰⁵ U ovom predmetu bila je osobita i struktura mjerodavnog tržišta na strani potražnje, koja je također bilježila jednog velikog kupca, Tetra Pak¹⁰⁶ i dva manja, Combibloc i Elopak. Unatoč očito nepovoljnoj strukturi tržišta Komisija je već u prvoj fazi postupka ocijenila koncentraciju usklađenom sa zajedničkim tržištem, ponajviše temeljem značajne kupovne snage Tetra Paka.¹⁰⁷ Također je bila bitna visoka zamjenljivost ponude, činjenica da dva poduzetnika koncentracije nisu bili međusobno najbliži konkurenti, da bi koncentracija poduzetnicima omogućila efikasnije natjecanje s trećim poduzetnikom na tržištu nego što bi to mogli zasebno, kao i rastući kompetitivni pritisak izvan EEA. Između svih navedenih elemenata Komisija se osvrnula i na isticane učinkovitosti. Naime, stranke u postupku isticale su niz učinkovitosti poput proširenja proizvodnog asortimana, troškovnih ušteta,

104 COMP/M.4057 *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*, O.J. C 209, 31/8/2006.

105 Ibid., toč. 28.-29.

106 Bilo je procijenjeno da 50 -70% ukupne potrošnje relevantnog proizvoda otpada na Tetra Pak. Vidi toč. 44. odluke.

107 Tako se smatralo da će upravo Tetra Pak kao najveći kupac, potaknuti utakmicu između dobavljača radi manjeg stupnja ovisnosti o njima, naravno pod uvjetom da ne dođe do koordiniranih učinaka. Vidi toč. 46. Osim toga smatralo se da poduzetnici na mjerodavnom tržištu neće diskriminirati preostale kupce budući da bi na taj način Tetra Pak postao monopsoni kupac. Vidi toč. 52.

smanjenja troškova osoblja, poboljšanja proizvoda kao i koristi istraživanja i razvoja.¹⁰⁸ U svrhu dokaza, stranke su predočile Komisiji preliminarni sporazum sklopljen s Tetra Pakom u pogledu isporuka za razdoblje između 2006. i 2009. godine, koji je sadržavao posebne odredbe za slučaj provedbe koncentracije.¹⁰⁹ Iako je sama Komisija istaknula da se javljaju mnoga pitanja vezana uz učinkovitosti koja se ne mogu razriješiti u prvoj fazi postupka, zaključila je, da je realistično za pretpostaviti da će koncentracija proizvesti određene učinkovitosti iz povećanja asortimana.¹¹⁰ Poseban značaj dala je predočenom sporazumu s Tetra Pakom te činjenici općenitog izostanka negativnih posljedica koncentracije na kupce, zaključujući time da su isticane učinkovitosti vjerojatne i da će biti prenesene na potrošače.¹¹¹ Konačno, Komisija je zaključila da je time „*pojačan*“ zaključak da koncentracija neće bitno narušiti tržišno natjecanje,¹¹² čime ukazuje na činjenicu da se radi samo o jednom dodatnom argumentu, odnosno dokazu, da koncentraciju treba proglasiti usklađenom sa zajedničkim tržištem, ali nikako ne odlučujućim.

Vidljivo je da, iako se Komisija referirala na isticane učinkovitosti, nije se upustila u detaljnije obrazlaganje što je iznimna šteta budući da je ovo jedan od rijetkih primjera uspješno dokazanih učinkovitosti od strane poduzetnika u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija.¹¹³

Možda je ipak nešto reprezentativnija odluka *Inco/Falconbridge*¹¹⁴ iz 2006. godine, u kojoj stranke nisu bile uspješne u isticanju učinkovitosti. U navedenom predmetu raspravljalo se o koncentraciji čija je implementacija bila sporna na mjerodavnom tržištu nikla i kobalta. Stranke u postupku isticale su niz troškovnih učinkovitosti koje bi proizašle iz optimizacije procesuiranja sirovina u Kanadi gdje su oba poduzetnika imala svoje rudnike, a što bi rezultiralo povećanjem proizvodnje po nižim troškovima na trajnoj osnovi.¹¹⁵ Nadalje, stranke su istaknule

108 Ibid., toč. 57.-58.

109 Ibid., toč. 59.

110 *The submission by the parties raises a lot of issues, which cannot be fully assessed within the context of a first phase investigation, in particular with respect to savings in input costs and staff reduction. Nevertheless, it appears realistic to assume that the allocation of production among the increased portfolio of machines will indeed allow the merged entity to increase overall production on the machines (for instance by running longer batches thereby reducing time spent on switching).* Toč. 62. odluke.

111 *In light of the abovementioned term sheet agreement with Tetra Pak and on the general absence of concern about the transaction among customers, the Commission considers that the parties have sufficiently established that this category of efficiencies is likely to occur and be passed on to consumers.*“ Toč. 63. odluke.

112 *These efficiencies are thus likely to enhance the ability and incentive of the merged entity to act pro-competitively for the benefit of consumers, and therefore strengthen the conclusion that the proposed transaction will not significantly impede effective competition as a result of non coordinated effects.* Toč. 64.

113 Vidi, Davies, J., Schlossberg, R., Bo Jaspers, M., Scholomiti, K., Freshfields Bruckhaus Deringer, *Efficiencies – a changing horizon in horizontal merger control*, op. cit.

114 Predmet COMP/M.4000 *Inco/Falconbridge*, O.J. L 072, 13/03/2007.

115 Ibid., toč. 532.

niz učinkovitosti u vidu optimiziranja radne snage, ušteda u nabavi i ekonomije obujma.¹¹⁶ Komisija je pregledala interne studije stranaka u postupku, temeljem kojih je zaključila da su učinkovitosti kvantificirane i dobro potkrijepljene, kako je vjerojatno da će biti realizirane, međutim da se bez obzira na to ne mogu uzeti u obzir budući da nisu specifične za koncentraciju i nije vjerojatan njihov prijenos na potrošače.¹¹⁷ Naime, Komisija je smatrala da navedene učinkovitosti mogu biti postignute manje protutržišnim načinom, primjerice formiranjem zajedničkog pothvata, što je značilo da stranke nisu uspjele dokazati da su isticane učinkovitosti specifične za koncentraciju.¹¹⁸ Osim toga, Komisija je smatrala malo vjerojatnim da će u lancu proizvodnje nikla, učinkovitosti na uzlaznom tržištu (tržištu sirovina) biti prenesene na potrošače na silaznom tržištu gdje bi sudionici koncentracije imali gotovo monopolistički položaj.¹¹⁹ Kao što je istaknuto ranije, Smjernice propisuju da je malo vjerojatno da će koncentracija, koja dovodi do tržišnog položaja, koji je gotovo monopolistički moći biti ocijenjena kao sukladna zajedničkom tržištu iz razloga što bi dobici od učinkovitosti bili dostatni da uravnoteže moguće protutržišne učinke.¹²⁰ U navedenom predmetu, Komisija je detaljno obradila sve navode povodom učinkovitosti, temeljeći svoju analizu na Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija. Međutim prag dokazivanja pokazao se previsokim za stranke.

Ukazuje li ovakva praksa na zadržanu sumnjičavost Komisije prema pozitivnim učincima učinkovitosti, na nesposobnost stranaka da dokažu svoje tvrdnje, ili iznimnu rijetkost situacija u kojima bi učinkovitosti zaista rezultirale jačanjem tržišnog natjecanja koje bi suzbijalo negativne učinke na konkurenciju, teško je reći. Ostaje činjenica da unatoč reformi, u praksi Komisije nije došlo do značajnih pomaka, pa se postavlja pitanje u kojem pravcu bi se trebala razvijati praksa hrvatske Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

3. Učinkovitosti prema hrvatskom pravu tržišnog natjecanja

Trenutno važeći Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja¹²¹ u Republici Hrvatskoj donesen je 2003. godine i ostaje na snazi do listopada 2010. godine kada će biti zamijenjen novim i u mnogočemu poboljšanim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja.¹²² Tako se novim Zakonom mijenja i normativni pristup učinkovitostima u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija. Međutim, za razliku od europskih pravila kojima se taj pristup liberalizira, u Hrvatskoj je u tijeku drugačiji proces. Novim zakonom izbacuje se izričito prihvaćanje učinkovitosti kao faktora protuteže inače protutržišne koncentracije. Razlog tomu nije zanemarivanje europskih zakona

116 Ibid., toč. 533.

117 Ibid., toč. 536.

118 Ibid., toč. 539.-542.

119 Ibid., toč. 543.-549.

120 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija, toč. 84.

121 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 122/2003.

122 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 79/2009.

i trendova već sasvim suprotno, izjednačavanje normativnog dijela prava tržišnog natjecanja sa standardima EU. Naime, hrvatski se zakonodavac svojim Zakonom iz 2003. godine odlučio za eksplicitno priznavanje učinkovitosti što se može smatrati bitnim odstupanjem od tadašnjih, a djelomično i sadašnjih odredbi Europskog prava tržišnog natjecanja. Naime, člankom 18. Zakona navodi se da su „zabranjene koncentracije kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj jednog ili više poduzetnika, pojedinačno ili skupno, ako mogu značajno utjecati na sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja, osim u slučaju ako sudionici koncentracije dokažu da će ta koncentracija dovesti do jačanja tržišnog natjecanja na tržištu koje će biti značajnije od negativnih učinaka stvaranja ili jačanja njihovoga vladajućeg položaja“.

Dok se prvi dio norme sastoji od testa vladajućeg položaja, u potpunosti usklađenim s tada važećom Uredbom 4064/89, drugi dio citirane norme odnosi se na učinkovitosti kao faktoru protuteže inače nedopuštene koncentracije¹²³ koji, na kritiku mnogih autora,¹²⁴ nije našao svoje mjesto u Uredbi 4064/89 kao niti u tadašnjoj praksi Komisije ili Europskog suda. Prethodno je prikazano da su se učinkovitosti u praksi koristile kao dokaz povrede, odnosno dokaz stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja (*tzv. efficiency offence*). Imajući u vidu da su se test vladajućeg položaja i učinkovitosti međusobno isključivali u europskoj praksi, u kontekstu harmonizacije prava moglo bi se zaključiti da je norma koja predviđa učinkovitosti kao protutežu značajnom narušavanju tržišnog natjecanja utvrđenog temeljem testa vladajućeg položaja, kako to predviđa članak 18. hrvatskog Zakona iz 2003. godine, *per se* kontradiktorna i neusklađena s europskim pravilima.

Upitno je, međutim, je li formulacija hrvatskog Zakona zaista neusklađena s Uredbom 4064/89 i kontradiktorna u pogledu njezinog mogućeg ishoda ili je navodna neusklađenost rezultat neočekivane primjene testa vladajućeg položaja u EU, odnosno načina na koji je isti bio kombiniran s uvjetima članka 2(1)(b). Drugim riječima, je li

123 Isto tumačenje nudi i Babić, B., *Reforma hrvatskog prava tržišnog natjecanja – pogled odvjetnika*, povodom Međunarodne konferencije „Stanje i perspektive hrvatskog prava tržišnog natjecanja“, 23.09.2008., Zagreb, dostupno na <http://www.hok-cba.hr/Default.aspx?art=265&sec=164>, 13. 12. 2009., str. 3. ističući pogrešnu interpretaciju navedenoga članka od strane Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, koja u Napatku u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, Klasa 011-2/2005-01/17, studeni 2005. str. 10. navodi sljedeće: „Zbog obveze RH da propise o tržišnom natjecanju uskladi s pravnom stečevinom EU, koncept značajnog narušavanja tržišnog natjecanja kao razlog nedopuštenosti koncentracija prihvaćen je u hrvatskom ZZTN iz 2003. godine“, pozivajući se pritom na članak 18. Zakona iz 2003. godine. Ovdje se nameće pitanje kako je bilo moguće uskladiti hrvatski Zakon iz 2003. godine s europskim zakonodavnim rješenjima usvojenim tek 2004. godine. Navedeni dio norme mogao bi imati jedno drugo alternativno tumačenje prema kojemu se jezična formulacija ne odnosi samo na učinkovitosti, već sve ostale faktore protuteže, *tzv. „countervailing factors“*. Autor je međutim, stajališta da bi takvo tumačenje bilo preširoko i stoga svoju argumentaciju ne temelji na istome.

124 Vidi npr. Gottlieb et al., *Merger Efficiencies and Remedies*, in *The International Comparative Legal Guide to Merger Control 2007*, Global legal group, London, 2007., str. 10. Obranu konceptualno treba razlikovati od pobijanja oborive pretpostavke.

europski *efficiency offence* bio jedini i neminovan rezultat jezične formulacije Uredbe 4064/89, ili se temeljem postojećih pravila mogao postići i drugi rezultat? Ukoliko je postojao prostor za priznavanje pozitivne uloge učinkovitosti, tada hrvatski pristup učinkovitostima ne moramo nužno smatrati neusklađenim budući da samo normira mogući ishod isticanja učinkovitosti do kojeg se u europskoj praksi moglo doći interpretativnom metodom.

Kao što je ranije prikazano, pokazalo se da je praktična nemogućnost uspješnog isticanja učinkovitosti u europskoj praksi proizašla velikim dijelom iz činjenice da drugi stupanj testa vladajućeg položaja nije zadobio značaj koji mu je izvorno bio namijenjen. Podsjetimo se da prema navedenom testu, zabranjena je bila ona koncentracija koja je stvarala ili jačala vladajući položaj na tržištu, a što je za posljedicu moglo imati značajno narušavanje tržišnog natjecanja.¹²⁵ U prvom stupnju trebalo je utvrditi hoće li koncentracija dovesti do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, a u drugom hoće li to prouzrokovati značajno narušavanje tržišnog natjecanja.¹²⁶ U praksi se, međutim, pokazalo da je najčešće uzročna veza između vladajućeg položaja i značajnog narušavanja tržišnog natjecanja bila presumirana.¹²⁷ Drugim riječima, druga razina testa postala je suvišna¹²⁸ budući da je prevladala pretpostavka po kojoj se samom činjenicom stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja značajno narušavalo tržišno natjecanje.¹²⁹

Da je u svakom konkretnom slučaju zasebno bio dokazivan značajni utjecaj koncentracije na sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja, pozitivan ishod isticanih učinkovitosti bio bi moguć. To bi značilo da one koncentracije koje stvaraju ili jačaju vladajući položaj ne narušavaju nužno tržišno natjecanje, već sasvim suprotno, mogu ga jačati ukoliko su sposobne generirati značajne učinkovitosti. U biti je pretpostavka iza testa vladajućeg položaja, a ne jezična formulacija Uredbe 4064/89 ona koja je onemogućila uzimanje u obzir učinkovitosti. Tek 2004. godine, uvođenjem testa značajnog narušavanja tržišnog natjecanja, postaje oboriva pretpostavka da stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja

125 Članak 2(3) Uredbe 4064/89 u izvorniku glasi: *A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.*

126 Röller, L. H., de la Mano, M., *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*, European Commission, 2006., str. 3 dostupno na, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economy/mis/new_substantive_test.pdf, 11.12. 2009., Bellamy & Child, *European Community law on Competition*, 6th ed. Oxford University Press, 2008. str. 747, § 8. 195. Združeni predmeti C-68/94, *French Republic v. Commission* and Case C-30/95 *Société Commerciale et de l'Azote (SCPA) and Enterprise Minière et Chimique (EMC) v. Commission*.

127 Npr. u predmetu T- 210/01GE v. *Commission* [2005] ECR II-5575, [2006] 4 CMRL 686 sud je utvrdio da jačanje vladajućeg položaja može samo po sebi značajno narušiti tržišno natjecanje, § 86.

128 Vidi npr. Basedow, J., *The Modernization Of European Competition Law: A Story Of Unfinished Concept*, op. cit., str. 433.; Rinckens, A., *Welfare Standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: defining the efficiency defence*, op. cit., str. 17.

129 Monti, G., *EC Competition law*, Cambridge University Press, 2007., str. 249.

može značajno narušiti tržišno natjecanje čime se otvara prostor uspješnog isticanja učinkovitosti. U hrvatskom pravu taj je ishod bio moguć i bez reforme postojećih pravila. Naime, izričita kombinacija testa vladajućeg položaja s učinkovitostima dovela je do toga da se pretpostavka testa vladajućeg položaja smatra oborivom, što odgovara željenom rezultatu novouvedenog testa značajnog narušavanja tržišnog natjecanja u EU. Još značajnije, eksplicitnim se normiranjem mogućeg pozitivnog ishoda isticanja učinkovitosti u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija onemogućilo kreiranje jako kritiziranog koncepta „povrede učinkovitostima“ kakav je to bio slučaj u EU. Da je to zaista imalo takav epilog i u praksi, svjedoči činjenica da niti u jednoj odluci Agencije od 2004. godine do danas učinkovitosti nisu korištene kao dokaz protutržišnog učinka koncentracije.

Mogućem pozitivnom tretmanu učinkovitosti pridonijela je i formulacija članka 25. Zakona iz 2003. godine, koji je u cijelosti preuzet novim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja. Navedena odredba propisuje da prilikom ocjene koncentracije Agencija razmatra moguće prednosti i učinke, koje bi nastupile provedbom koncentracije, te moguće zapreke za pristup tržištu, a osobito [...] strukturu mjerodavnog tržišta, *postojeće i moguće druge učinke koncentracije na ostale poduzetnike, a osobito s obzirom na pogodnosti za potrošače, te ostale ciljeve i učinke namjeravane koncentracije, kao što su smanjivanje cijene robe i usluga, skraćivanje tokova distribucije, smanjenje troškova prijevoza i distribucije te drugih troškova, specijalizacija proizvodnje, te druge pogodnosti koje su u izravnoj svezi s provedbom koncentracije.* Moglo bi se reći da je ponuđena formulacija Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, elaborirana lista najčešćih načina razvoja tehničkog i gospodarskog napretka i stoga predstavlja proširenu verziju „tehničkog i gospodarskog razvoja“ iz članka 2(1)(b) Uredbe o koncentracijama, s tom razlikom da se nigdje ne propisuje uvjet prema kojemu napredak ne smije predstavljati prepreku tržišnom natjecanju. Izostavljanje navedenoga uvjeta pokazalo se iznimno mudrom odlukom zakonodavca, budući da je u europskom pravu od samih početka navedeni uvjet predstavljao najveću prepreku primjeni predmetne norme. Kako se ne radi o slučajnom ili nepreciznom normiranju od strane hrvatskog zakonodavca vidi se i iz Napatka u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika¹³⁰. Navedeni je dokument izradila Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja i iako isti nema značaj podzakonskog akta, njime se nastoji upoznati poduzetnike s analizom ocjene dopuštenosti koncentracija pred Agencijom. Naputak se, između ostalog, osvrće i na učinkovitosti ili točnije, „obrani po kriteriju povećane učinkovitosti poduzetnika“ u kojem se precizno definira da će Agencija „kao pozitivne učinke koncentracije prihvatiti isključivo one sinergijske učinke kojima se stvaraju pogodnosti za potrošače i to samo ako podnositelj prijave dostavljanjem kvantitativnih analiza i drugih dokaza učini

130 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, klasa 011-02/2004-01/15, srpanj 2004.; dostupno na http://www.aztn.hr/pdf-novo/uredbe_vlade/7.4.pdf, 12/01/2010.

uvjerljivim da će takve pogodnosti nastupiti.“¹³¹ Kao što je vidljivo, Agencija zahtijeva da učinkovitosti idu na korist potrošača baš kao i u EU, ali ne zahtijeva da navedene učinkovitosti istovremeno ne predstavljaju zapreku tržišnom natjecanju, držeći se tako duha Zakona i izbjegavajući zamku članka 2(1)(b). Za razliku od europskih pravila, članak 25. Zakona, obuhvaća tipične koristi koje proizlaze i iz horizontalnih i nehorizontalnih koncentracija, a odnose se na kvalitativne i kvantitativne učinkovitosti. Tim je putem hrvatski zakonodavac obvezujućim pravnim aktom strukturirao učinkovitosti u smislu neiscrpe liste mogućih učinaka koji bi se u konkretnoj koncentraciji mogli smatrati pozitivnim učinkom koji bi prevagnuo u odnosu na protutržišni učinak namjeravane koncentracije. U Europskoj uniji ne postoje obvezujuće pravne norme kojima se strukturiraju pozitivni učinci koncentracija. Jedina objašnjenja u tom smislu sadržana su u Smjernicama o horizontalnim, odnosno nehorizontalnim koncentracijama koja, iako djeluju snagom svoje uvjerljivosti ipak nisu obvezujući pravni akti.

U kontekstu učinkovitosti, hrvatskom zakonu iz 2003. se ipak može uputiti jedna kritika. Naime, sukladno članku 18. neće biti zabranjene koncentracije kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj i time značajno utječe na sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja, *osim u slučaju* ako sudionici koncentracije dokažu pozitivne učinke koji će prevladavati u odnosu na negativne učinke. Učinkovitosti su tretirane kao jedini razlog mogućeg dopuštanja inače antikompetitivne koncentracije. Činjenice međutim ukazuju da to nije slučaj. Osim učinkovitosti, postoji još jedan izuzetak od zabrane provedbe koncentracija koje znatno utječu na tržišno natjecanje, poznat hrvatskom i europskom pravu, a koji je razvijen kroz praksu europskih sudova.¹³² To je tzv. *failing firm defence*, odnosno „obrana po kriteriju opadajućeg poslovanja“, koja je bila temeljem dopuštanja broja koncentracija pred Agencijom.¹³³ Dopuštanje koncentracije u tim slučajevima motivirano je očuvanjem *brandova* i *know-howa* koji bi prestali postojati u slučaju zabrane koncentracije.¹³⁴ Taj ishod, međutim, nema za posljedicu jačanje tržišnog natjecanja kako to imaju učinkovitosti i stoga ne mogu biti protuteža negativnim učincima. Radi se o kvalitativnom sudu prema kojemu je očuvanje *know-howa* i *brandova* za potrošače vrednije od narušavanja tržišnog natjecanja koje neminovno ide s time. Stoga se obrana prema kriteriju opadajućeg poslovanja, ne može svesti pod opis učinkovitosti iz članka 18. Zakona iz 2003. godine. U tom smislu učinkovitosti ipak nisu jedini temelj dopuštanja potencijalno protutržišne koncentracije.

131 Ibid., str. 47.

132 Komisija je prvi put primijenila koncept opadajućeg poslovanja 1993. godine u predmetu IV/M 308, *Kali Salz/MdK/Treuhand*, O.J. C 275/3, 03/09/1998.

133 Primjerice, *Konzum Trgovina na veliko i malo d.d. Zagreb/Mediator d.o.o. Dubrovnik*, Kl.: UP/I 030-02/2004-01/15, od 22/07/2004.; *Europapress holding d.o.o. Zagreb/Slobodna Dalmacija d.d. Split*, kl.: UP/I 030-02/2004-01/33, 27/07/2004.; *Agrokor d.d. Zagreb/ Belje d.d. Darda*, Kl.: UP/I-030-02/2004-02/91, 28/12/ 2005.

134 Za kratko objašnjenje vidi primjerice Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, op. cit., str. 46.

Usklađen ili ne, hrvatski Zakon iz 2003. godine u pogledu učinkovitosti bio je bolje formuliran od tadašnjih europskih pravila, koja su morala biti predmetom znatnih izmjena ne bi li se omogućilo upravo onakvo tumačenje učinkovitosti kakvo hrvatski zakon poznaje još od 2003. godine. Unatoč toj činjenici, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja mijenjan je i u svezi s učinkovitosti. Novim zakonom iz 2009. godine test vladajućeg položaja zamijenjen je testom značajnog narušavanja tržišnog natjecanja, a dio norme koji se odnosio na učinkovitosti u potpunosti je izbačen iz zakonskog teksta. Promjena testa za ocjenu dopuštenosti koncentracija opravdana je potrebom harmonizacije normi u segmentima koji se ne tiču učinkovitosti već utvrđenjima mogućih protutržišnih učinaka koncentracije.¹³⁵ Izbacivanjem učinkovitosti međutim, Hrvatska poput EU mora interpretativnim metodama definirati njihovu važnost u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija. U tu su svrhu u EU izrađene Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija koje daju jedan cjeloviti i iscrpan opis postupka pred Komisijom koji obuhvaća i dio posvećen učinkovitostima. Iako u RH nema podzakonskog akta usporedivog sadržaja,¹³⁶ postupak je ipak detaljno opisan u svojevrsnim vodičima namijenjenima poduzetnicima. Radi se tri komplementarna naputka izrađena od strane Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja: Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija iz 2004.¹³⁷; Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija na tržištu elektroničkih medija iz 2005.¹³⁸ i Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija iz 2005. godine.¹³⁹ Navedeni napuci nemaju značaj zakona ili podzakonskog akta i ne obvezuju Agenciju. Unatoč toj činjenici, oni su vrijedni interpretativni dokumenti, koji uvelike pridonose transparentnosti postupka pred Agencijom. Glede učinkovitosti, Naputku iz 2004. godine može se uputiti kritika korištenja termina „obrana po kriteriju povećane učinkovitosti poduzetnika“ i još važnije, načina njegova korištenja. Kao što je prethodno objašnjeno, unatoč činjenici da se u znanstvenoj literaturi u kontekstu kontrole koncentracija uobičajeno koristi termin „obrana učinkovitostima“, metodološki su učinkovitosti jedan od kriterija za ocjenu dopuštenosti koncentracije uopće, te se sukladno tomu trebaju uzeti u obzir prilikom definiranja protutržišnog učinka. Upravo iz ovog razloga nigdje u pravilima EU se o učinkovitostima ne raspravlja u kontekstu obrane, već u kontekstu kriterija utvrđivanja protutržišnog učinka koncentracije. Točnije, učinkovitostima se pristupa kao jednom od mogućih kompenzirajućih čimbenika štetnog utjecaja koncentracije

135 Tu se u prvom redu spominju nekoordinirani učinci oligopola. Za kratak pregled na hrvatskom jeziku, vidi. Pecotić Kaufman, J., *Nadzor koncentracija poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja Europske unije*, Pravo i porezi br. 10/09, RRIF, 80.-86., str. 82.

136 Jedini podzakonski akt je Uredba o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija poduzetnika, NN 51/2004 koja je međutim vrlo štura u pogledu kriterija. Samo jednim člankom (čl. 19.) obuhvaćena je lista kriterija ocjene dopuštenosti koncentracija bez objašnjenja o načinu njihove primjene.

137 Klasa 011-02/2004-01/15, srpanj 2004.

138 Klasa 011-02/2005-01/02, ožujak 2005.

139 Klasa 011-02/2005-01/17, studeni 2005.

na tržišno natjecanje, uz kupovnu snagu i zapreke ulaska na tržište.¹⁴⁰ Svo troje sastavni su dio analize ocjene dopuštenosti koncentracija.¹⁴¹ Za razliku od Smjernica, Naputak koristi učinkovitosti u oba konteksta što je u najmanju ruku zbunjujuće. Naime, o učinkovitostima se prvo govori u kontekstu kriterija za ocjenu dopuštenosti koncentracija,¹⁴² a potom u kontekstu obrane, odnosno *posebnih slučajeva* dokazivanja prednosti koncentracije poduzetnika za tržišno natjecanje i interese potrošača.¹⁴³ U oba dijela ponavljaju se u biti isti uvjeti, isti *ratio* i isti mogući ishod njihova isticanja. Unatoč toj činjenici, tretirani su kao dva zasebna instituta s time da se iz Naputka ne razabire razlika između njih. Tako se primjerice navodi da je možda najvažnija točka prijave detaljni opis iz kojeg proizlazi da će provedbe koncentracije rezultirati nastupanjem pogodnosti sa stajališta interesa potrošača, budući je to jedan od kriterija za ocjenu dopuštenosti koncentracija.¹⁴⁴ Odmah se potom navodi da će se „u posebnim slučajevima sudionici koncentracije za dokazivanje dopuštenosti koristiti i *nekim drugim institutima* prava tržišnog natjecanja“, što obuhvaća i „obranu prema kriteriju povećane učinkovitosti poduzetnika“. Ova formulacija ne ostavlja puno prostora za tumačenja: izričito se razlikuje dokazivanje pogodnosti koncentracije za potrošače kao kriterij ocjene dopuštenosti koncentracija od obrane prema kriteriju povećane učinkovitosti koncentracija. Međutim, radi se uvijek o istom institutu čiji se značaj očituje u onim situacijama u kojima bi koncentracija bila potencijalno opasna za tržišno natjecanje.¹⁴⁵ Takva bi se koncentracija mogla ocijeniti dopuštenom iz razloga što uslijed učinkovitosti koncentracija u stvari ne bi narušavala tržišno natjecanje i stoga ne bi bilo osnova za zabranu iste – upravo zato što se koristi kao kriterij za ocjenu protutržišnog učinka koncentracije. Autor je mišljenja da to ne proizlazi jasno iz Naputka iz 2004. godine, čime se narušava njegova temeljna svrha - biti jasan vodič zainteresiranim poduzetnicima.

Što se tiče Naputka iz 2005. godine, isti ne ponavlja gore navedeni nedostatak. Razlog tomu može biti i činjenica da se Naputak iz 2005. godine temelji na Smjernicama za ocjenu horizontalnih koncentracija slijedeći njihovu strukturu i sadržaj. Ne čudi stoga, da je način ocjenjivanja učinkovitosti pred Agencijom zamišljen na isti način kao i onaj pred Komisijom o čemu je već bilo dosta riječi. Stranke moraju dokazati da su isticane učinkovitosti na korist potrošača, (tako da položaj kupca neće biti lošiji u odnosu na stanje prije njene provedbe), da su pozitivni učinci na tržišno natjecanje

140 Smjernice za ocjenu horizontalnih koncentracija toč. 11.(c)(d)(e), toč. 12.

141 Ibid., toč. 12: „*In order to assess the foreseeable impact of a merger on the relevant markets, the Commission analyses its possible anticompetitive effects and the relevant countervailing factors such as buyer power, the extent of entry barriers and possible efficiencies put forward by the parties.*“

142 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, op. cit., toč. 7.5.2.2. (iii) i 8.2.3.

143 Ibid., toč. 8.2.4.2.

144 Ibid., toč. 8.2.3.3.

145 Kada koncentracije ne predstavlja opasnost za tržišno natjecanje jer njome ne dolazi do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, tada se ista mora dopustiti bez obzira proizvodi li pogodnosti za potrošače ili ne.

specifični za konkretnu koncentraciju (isticane koristi se ne mogu ostvariti drugim, manje ograničavajućim sredstvima) te da su učinkovitosti jednostavno provjerljive. Uz iznimku članka 25. Zakona iz 2003. godine koji je u cijelosti preuzet Novim zakonom i gore navedenom nedostatku Naputka iz 2004. godine, hrvatski propisi su izjednačeni s europskim propisima, a čini se i praksa. Naime, unatoč činjenici da prema hrvatskom pravu nikada nije bila sporna pozitivna uloga učinkovitosti, iz prakse Agencije pokazalo se da stranke tu mogućnost gotovo da i nisu koristile. Prema podacima dostupnim na službenim stranicama Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, od 2004. godine, Agencija je na drugoj razini postupka donijela 13 odluka povodom prijavljenih koncentracija.¹⁴⁶ Međutim niti u jednoj, odluka nije temeljena na učinkovitostima kao odlučujućem elementu analize. Štoviše, mali je broj predmeta u kojima su učinkovitosti uopće bile predmetnom analize Agencije.¹⁴⁷ Razlog tomu može biti činjenica da poduzetnici očito nisu ulagali dovoljne napore u dokazivanje pogodnosti koncentracija, što je vidljivo iz gotovo svih predmeta. Učinkovitosti su najčešće navodne paušalno, bez prilaganja ikakvih dokaza, često ne udaljavajući se dalje od konstatacije da će koncentracija ići u korist potrošača. Naravno da u

146 *Konzum Trgovina na veliko i malo d.d. Zagreb/ Trgovačko društvo Japetić, Jastrebarsko*, Kl.: UP/I 1030-2/2003-01/144, 19/02/2004., NN 28/2004.; *Phoenix International Beteiligungs GmbH Mannheim Njemačka/ Medifarm-Velebit d.d. Varaždin*, Kl.: UP030-02/2003-01/154, 19/02/2004., NN 32/2004.; *Konzum Trgovina na veliko i malo d.d. Zagreb/Mediator d.o.o. Dubrovnik*, Kl.: UP/I 030-02/2004-01/15, od 22/07/2004. NN 121/2004.; *Europapress holding d.o.o. Zagreb/Slobodna Dalmacija d.d. Split*, Kl.: UP/I 030-02/2004-01/33, 27/07/2004. NN 111/2004.; *Distri-press d.o.o. Zagreb/Ivan Granić, Zagreb/Europress holding d.o.o. Zagreb/Veltrade d.o.o. Zagreb/ Adris grupa d.d. Rovinj*, Kl.: UP/I-030-02/2004-01/17. 12/01/2005., NN 11/2005.; *Agrokor d.d. Zagreb/ Belje d.d. Darda*, Kl.: UP/I-030-02/2004-02/91, 28/12/ 2005. NN 9/2006.; *Agrokor d.d. Zagreb/ PIK Vrbovec d.d. Vrbovec*, Kl.: UP/I-030-02/2004-02/90, 28/12/2005., NN 9/2006.; *Glaxo group limited/ Pliva*, UP/I-030-02/2006-02/16, 23/03/2006., NN 42/2006.; *Styria Media International Ag/ G+J International Publishing Holding GmbH/ Sanoma Magazines International B.V.*, Kl.: UP/I030-02/2005-02/54, 09/05/2006., NN 61/2006.; *Euroherc osiguranje d.d./ Jadransko osiguranje d.d./ Euroherc životno osiguranje d.d./ Euro Daus i dr.*, Kl.: UP/I-030-02/2005-01/51, 14/06/2006, NN 81/2006.; *Agrokor d.d. Zagreb/ Tisak d.d. Zagreb*, Kl.: UP/I-030-02/2006-02/33, 15/03/2007., NN 37/07.; *Slobodna dalmacija d.d. /Šibenski list d.o.o.*, Kl.: UP/I-030-02/2007-02/09, 09/11/2007., NN 129/2007.; *Konzum d.d./ Lokica d.o.o.*, Kl.: UP/I-030-02/2008-02/06, 20/12/2008., NN 14/2009.; *MOL/INA*, Kl.: UP/I-030-02/2009-02/05, 09/09/2009., NN 113/2009.

Vidi, <http://www.aztn.hr/odluke.asp>.

147 Primjerice u predmetu *Phoenix International Beteiligungs GmbH Mannheim Njemačka / Medifarm-Velebit d.d. Varaždin*, Kl.: UP030-02/2003-01/154, 19/02/2004., NN 32/2004, učinkovitosti nisu bile ključne za donošenje odluke, ali je Agencija ipak istaknula da će predložena koncentracija značajno doprinijeti zaštiti interesa krajnjih potrošača osiguranjem brze i sveobuhvatne distribucije lijekova po konkurentnim cijenama; u predmetu *Distri-press d.o.o. Zagreb/Ivan Granić, Zagreb/Europress holding d.o.o. Zagreb/Veltrade d.o.o. Zagreb/ Adris grupa d.d. Rovinj*, Kl.: UP/I-030-02/2004-01/17. 12/01/2005., NN 11/2005 u kojemu je pak Agencija istaknula kako smatra da stranke nisu dokazale da će koncentracija dovesti do jačanja tržišnog natjecanja, točnije da se učinkovitosti mogu postići na manje protutržišni način. Isticane učinkovitosti obuhvaćale su unaprjeđenje i podizanje standarda trgovine na veliko tiskom, racionalizacijom troškova distribucije, održavanjem postojeće cijene tiska te ekonomičnijom organizacijom poslovanja.

takvim slučajevima nekvalificiranih niti kvantificiranih učinkovitosti, Agencija nema puno prostora za raspravljanje i analizu. Međutim, budući da su prema hrvatskom pravu stranke obvezne prilikom prijave namjeravane koncentracije opisati i detaljno obrazložiti očekivane pogodnosti koje će nastati provedbom koncentracije s gledišta interesa potrošača,¹⁴⁸ bilo bi logično da je i Agencija obvezna osvrnuti se na isticane učinkovitosti, makar obrazlažući zašto iste ne smatra relevantnim faktorom u donošenju odluke. Možda će upravo detaljne odluke Agencije potaknuti poduzetnike da se posluže svim pravnim sredstvima koja im pruža hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja.

4. Zaključak

Učinkovitosti su jedan od kriterija za ocjenu dopuštenosti koncentracija, čija se važnost ističe u onim situacijama u kojima je sasvim izvjesno da bi bez njihove protuteže, koncentracija narušila tržišno natjecanje. Otuda i često metodološki pogrešno korištenje termina „obrana učinkovitostima“. Uloga učinkovitosti u Europskoj uniji oduvijek je bila kontroverzna i unatoč zakonodavnoj reformi kojom su učinkovitosti zadobile puno konkretniju ulogu, praksa još nije potvrdila taj trend. Od povrede učinkovitosti u prvoj razvojnoj fazi, do ključnog elementa utvrđivanja protutržišnog učinka koncentracija u drugoj razvojnoj fazi, prošla su gotovo dva desetljeća, a jedino što se može zaključiti jest da je navedeni proces sporog kretanja i očito neizvjesnog ishoda.

Ne čudi stoga niti hrvatska praksa u kojoj također učinkovitosti nisu odigrale glavnu ulogu u odlučivanju u postupku povodom prijavljene koncentracije. Za razliku od europskih pravila međutim, trenutno važeći Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. godine, izričito priznaje balansirajuću ulogu učinkovitosti u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija, što je bitno moglo olakšati njihovu primjenu u praksi. Nažalost, radi se o mogućnosti koju stranke u postupku nisu znale iskoristiti i kriterij koji Agencija nije imala hrabrosti primijeniti, uslijed vrlo oskudne europske prakse i njezinom povijesno skeptičnom stavu prema učinkovitostima. Ali ostaje činjenica, da su poduzetnici mogli biti sigurni da dokazi o pogodnostima koncentracije neće ni u kojem slučaju biti korištene protiv njih na način na koji je to bio u više navrata slučaj u EU. Hrvatski pristup trenutno važećega Zakona omogućio je ishod za koji je u Europskoj uniji bilo potrebno raditi prilično velike izmjene. Takva formulacija Zakona se međutim, očito smatra neusklađenom s europskim pravilima budući da je novim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja, koji će stupiti na snagu u listopadu ove godine, izbačen dio norme kojim se izričito priznaje moguća pozitivna uloga učinkovitosti u postupku ocjene dopuštenosti koncentracija. Novi Zakon je tako manje eksplicitan i više harmoniziran s pravilima EU. Učinkovitosti su sada, baš ako i u EU, dio neobvezujućih pravila, u nas sadržanim u Naputcima Agencije za zaštitu

¹⁴⁸ Uredba o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija poduzetnika, čl. 11.(18), NN 51/2004.

tržišnog natjecanja. Tri komplementarna naputka treba pohvaliti, jer su trenutno jedini akti kojima se obrazlaže način ocjene koncentracije pred Agencijom, što je ključan preduvjet transparentnosti postupka i pravne sigurnosti. Naputku iz 2004. međutim, može se uputiti kritika da nejasno objašnjava metodologiju uzimanja u obzir učinkovitosti, razlikujući dva instituta koja u biti čine jedan jedinstveni element analize. Ovim radom odgovoreno je na mnoga pitanja vezana za usporedni postupak i pravnu analizu učinkovitosti, pa ipak ostaje otvoreno možda najvažnije pitanje - možemo li od Agencije očekivati dosljednu primjenu pravila o učinkovitostima i prije negoli se na taj korak odluči sama Komisija. Autor je mišljenja da je to odavno trebalo biti učinjeno.

Summary

INCREASED EFFICIENCY OF THE ENTREPRENEURS IN THE ASSESSMENT PROCESS OF PERMISSIBILITY OF HORIZONTAL MERGERS ACCORDING TO THE CROATIAN LAW AND THE EUROPEAN LAW

The aim of the article is to make a comparative analysis of existing approaches towards efficiency in Croatian and European regulations and merger control practice. In the context of this article, the efficiency is primarily comprehended as merger effects which could have a positive impact on competition, and therefore, which could justify certain mergers being perceived as dangerous to competition and at the same time as mergers generating efficiency. The introduction of the element of efficiency in the assessment process of permissibility of mergers has been from the beginning a highly controversial issue, and to a certain extent is as such nowadays in the European as well as in the Croatian practice. The described controversy has caused its highly exceptional application in assessing processes of permissibility of horizontal mergers. Consequently, the issue concerning applicability of this newly introduced element when conducting the material legal analysis of registered mergers is of the most importance as an object of analysis. Having this in mind, the article gives an analysis of selected comparative jurisdictions and points at legislative imperfections and issues concerning application of laws and proposals *de lege ferenda*.

Key words: *European Competition Law, Croatian Competition Law, merger assessment, efficiencies.*

Zusammenfassung

**MEHR EFFIZIENZ FÜR UNTERNEHMEN BEI DER
BEURTEILUNG HORIZONTALER ZUSAMMENSCHLÜSSE
NACH DEM KROATISCHEN UND DEM EUROPÄISCHEN
RECHT**

Parallele Analysen des Zugangs zur Effizienz in der kroatischen und der europäischen Regelung und Praxis der Kontrolle über Unternehmenszusammenschlüsse stellt das Kernanliegen der vorliegenden Arbeit. Unter Effizienzen versteht man im Rahmen dieser Arbeit positive Auswirkungen der Zusammenschlüsse auf den Wettbewerb. Dadurch werden aber Zusammenschlüsse, die gleichzeitig eine Gefahr für den Wettbewerb darstellen, rechtfertigt. Die Einführung von Effizienz in die Beurteilung der Zusammenschlüsse war und blieb eine kontroverse Frage sowohl in der europäischen, als auch in der kroatischen Rechtspraxis. Da das Element der Effizienz bei der Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse äußerst selten angewendet wird, umso wichtiger sei die Frage der Analyse dieser materiell-rechtlichen Beurteilung angemeldeter Zusammenschlüsse. Zu diesem Zweck analysiert diese Arbeit ausgewählte komparative Zuständigkeiten, und weist auf Gesetzgebungsmängel und Probleme in der Anwendung, wie auch auf Vorschläge *de lege ferenda* hin.

Schlüsselwörter: *europäisches Wettbewerbsrecht, kroatisches Wettbewerbsrecht, Beurteilung von Zusammenschlüssen, Effizienzen.*

Riassunto

L'AMPLIATA EFFICIENZA DELL'IMPRENDITORE NEL PROCEDIMENTO DI VALUTAZIONE DELL'AMMISSIBILITÀ DELLA CONCENTRAZIONE ORIZZONTALE NEL DIRITTO CROATO ED EUROPEO

Lo scopo del lavoro consiste nell'analisi comparata dell'accesso alle efficienze nella disciplina croata ed europea, come pure nella prassi di controllo della concentrazione. Nel presente lavoro per efficienza s'intendono in primo luogo quegli effetti della concentrazione che possono avere una conseguenza positiva sulla concorrenza e con ciò giustificare quelle concentrazioni che al contempo, generando un'efficienza, rappresentano altresì un pericolo per la concorrenza. Sin dagli inizi, l'introduzione di elementi di efficienza nel procedimento di valutazione dell'ammissibilità di concentrazioni è apparsa una questione estremamente controversa; del resto, in certa misura tanto nella prassi europea, quanto in quella croata lo è ancora oggi. A riprova del fatto che si tratti di questione alquanto controversa, si osserva come venga usata assai di rado nei procedimenti di valutazione di ammissibilità delle concentrazioni orizzontali; di qui, del resto, l'estrema importanza di approfondire scientificamente la questione dell'utilizzo di tale elemento di analisi giuridica delle concentrazioni dichiarate. Al fine di condurre detta analisi, il lavoro è stato strutturato attraverso la comparazione di diverse giurisdizioni, evidenziando le lacune legislative, come pure le difficoltà applicative e offrendo all'uopo proposte de lege ferenda.

Parole chiave: *Diritto europeo della concorrenza, diritto croato della concorrenza, valutazione delle concentrazioni, efficienza.*