

**Mr Ivana Rakić**

Stipendista Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj  
Doktorant Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Pregledni naučni rad  
UDK:341.645(4-672EU)

## **PRAKSA EVROPSKE KOMISIJE I SUDA PRAVDE U PRIMENI ARGUMENTA DRUŠTVA U FINANSIJSKIM TEŠKOĆAMA U POSTUPKU KONTROLE KONCENTRACIJA**

*U radu se analizira praksa Evropske komisije i Suda pravde u vezi sa upotrebom argumenta društva u finansijskim teškoćama u postupku kontrole koncentracija sa komunitarnom dimenzijom. Reč je o institutu prava konkurencije koji se koristi kao opravdanje za koncentraciju čiji jedan od učesnika je društvo u finansijskim teškoćama i na osnovu kojeg se koncentracija može odobriti uprkos tome što se njenim sprovođenjem značajno narušava konkurencija. Koncentracija se može odobriti pod uslovom da učesnici u koncentraciji dokažu da će društvo u finansijskim teškoćama i njegova imovina izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena i da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju, zbog čega će se smatrati da nema uzročno-posledične veze između koncentracije i pogoršanja tržišne strukture.*

**Ključne reči:** *failing firm defence, društvo u teškoćama, kontrola koncentracija, Evropska komisija, Sud pravde*

---

### **Uvod**

Argument društva u finansijskim teškoćama (*failing firm defence*) upotrebljava se u postupku kontrole koncentracija kao opravdanje za koncentracije koje mogu značajno da naruše konkurenciju, a čijim sprovođenjem se vrši povezivanje sa društvom koje inače ne bi moglo da opstane na tržištu zato što se zbog finansijskih teškoća nalazi pred stečajem. Sprovođenjem koncentracije se u stvari spasava društvo u finansijskim teškoćama, jer bi ono prestalo da postoji ukoliko koncentracija ne bi bila sprovedena. Prilikom odlučivanja o koncentraciji polazi se od toga da bi i u slučaju

stečaja i u slučaju koncentracije neuspješno društvo nestalo sa tržišta, pa bi se u oba slučaja broj konkurenata smanjio i konkurencija narušila zbog pogoršanja tržišne strukture. Pošto bi konkurencija bila narušena i kada koncentracija ne bi bila sprovedena, smatra se da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i narušavanja konkurencije, pa se koncentracija može odobriti.

Evropska komisija i Sud pravde su zasnivali prihvatanje argumenta takođe na činjenici nepostojanja uzročno-posledične veze između koncentracije i narušavanja konkurencije, zahtevajući od učesnika u koncentraciji da dokažu ispunjenost različitih uslova kako bi koncentracija bila odobrena. Iako nije postojala izričita odredba o primeni argumenta društva u finansijskim teškoćama, Komisija i Sud pravde su na osnovu prakse američkih organa i shodno okolnostima konkretnog slučaja utvrđivali uslove za njegovu primenu i tako formirali sopstvenu praksu. Tokom višegodišnje prakse ovi uslovi su unapređivani, a samo u retkim slučajevima koncentracije su bile i odobrene prihvatanjem argumenta društva u finansijskim teškoćama.

Usvajanjem Smernica za ocenu horizontalnih koncentracija 2004. godine (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, br. C. 31/2004), Komisija je izričito propisala uslove za primenu argumenta, koji su u stvari rezultat višegodišnjeg iskustva u njegovoj primeni. Prema Smernicama, osnovni uslov je da učesnici u koncentraciji dokažu da koncentracija nije uzrok pogoršanja strukture konkurencije, odnosno da će se struktura pogoršati bar u istoj meri u kojoj bi bila pogoršana kada koncentracija ne bi bila sprovedena (t. 89). To znači da Komisija mora da utvrdi da li će se sprovođenjem koncentracije konkurencija pogoršati u odnosu na stanje koje bi nastalo u slučaju nestanka sa tržišta neuspješnog društva, odnosno da li će efekti koncentracije na konkurenciju biti *neutralni, ako već nisu pozitivni*.<sup>1</sup>

Kao posebno važni za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama, u Smernicama su istaknuta tri kriterijuma koja Komisija uzima u obzir prilikom utvrđivanja da li je koncentracija uzrok pogoršanja tržišne strukture (t. 90). Prvi uslov se

---

<sup>1</sup> Mladen Cerovac, *Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika*, Zagreb, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, 2004, [http://www.aztn.hr/uploads/documents/tn/zakonodavni\\_okvir/Naputak\\_1.pdf](http://www.aztn.hr/uploads/documents/tn/zakonodavni_okvir/Naputak_1.pdf), (30.11.2010), str. 47.

odnosi na dokazivanje da će društvo u bliskoj budućnosti bilo primorano da zbog finansijskih teškoća napusti tržište ukoliko ga drugo društvo ne preuzme. Drugi uslov je da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju. Na kraju, potrebno je dokazati da će imovina tog društva neminovno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena.

### **Slučaj *Aerospatiale-Alenia/de Havilland***

Prilikom odlučivanja u slučaju *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (br. IV/M. 53, odluka Komisije od 2.10.1991. godine, *O. J.*, br. L. 334/1991), Komisija je prvi put razmatrala navode stranaka da treba odobriti koncentraciju zbog toga što će jedan od učesnika u koncentraciji napustiti tržište zbog finansijskih teškoća ukoliko koncentracija bude zabranjena.<sup>2</sup> Naime, učesnici su tvrdili da bi kompanija De Havilland u svakom slučaju nestala sa tržišta, jer bi prestala da postoji ili bi bila prodana ukoliko koncentracija ne bi bila sprovedena.

Kompanija De Havilland je bila kanadska filijala američke kompanije Boeing i bavila se proizvodnjom elisno-mlaznih aviona za regionalni saobraćaj (tzv. turboprop avioni – *turboprop aircrafts*). Kompaniju su planirale da preuzmu kompanije koje su takođe poslovale u vazduhoplovnoj industriji – francuska kompanija Aerospatiale SNI i italijanska kompanija Alenia-Aeritalia e Selenia Spa (Alenia).<sup>3</sup> Na tržištu elisno-mlaznih aviona za regionalni saobraćaj, aktivnosti sve tri kompanije su se preklapale u proizvodnji aviona srednje veličine, a koncentracijom bi se njihov zajednički udeo na svetskom tržištu povećao na 64%.

Učesnici u koncentraciji su tvrdili da, iako postupak likvidacije kompanije De Havilland ne bi bio odmah sproveden, kompanija Boeing bi kasnije obustavila proizvodnju De Havilland, što znači da bi ona u svakom slučaju bila uklonjena kao konkurent. Međutim, Komisija je smatrala da takvo uklanjanje nije bilo verovatno, jer nije

---

<sup>2</sup> Sve odluke Komisije su objavljene na sajtu Komisije: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/>, a odluke Suda pravde i Prvostepenog suda na sajtu [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

<sup>3</sup> Kompanije Aerospatiale i Alenia su imale zajedničku kontrolu nad grupacijom ekonomskog interesa Avions de Transport Régional, koja je bila vodeći svetski i evropski proizvođač elisno-mlaznih aviona za regionalni saobraćaj. Kompanija de Havilland je bila drugi proizvođač ovih aviona u svetu i Evropi.

bilo izgleda da Boeing zatvori svoju filijalu ukoliko koncentracija ne bude sprovedena. Boeing je već bio izrazio nameru da proda svoju filijalu, tako da bi se verovatno pojavio drugi kupac, jer učesnici u koncentraciji nisu bili jedini zainteresovani kupci. Pored toga, analizirajući finansijsku situaciju kompanije De Havilland, Komisija je smatrala da De Havilland proizvodi kvalitetne, opštepoznate i vrlo cenjene proizvode, da njihova cena raste, da je učinjen napredak u smanjivanju viška zaposlenih i da su unapređeni odnosi sa njihovim sindikatima, kao i da još uvek ima mogućnosti za poboljšanje produktivnosti kompanije (t. 31. odluke). To je značilo da bi zatvaranje kompanije De Havilland bila samo poslovna odluka, a ne direktna posledica ekonomskih i finansijskih činilaca.<sup>4</sup> Zbog toga Komisija nije odobrila koncentraciju, proglašivši je nesaglasnom sa zajedničkim tržištem.

### **Slučaj *Kelt/American Express***

Slučaj *Kelt/American Express* (br. IV/M. 116, odluka Komisije od 20.08.1991. godine, *O. J.*, br. C. 223/1991) odnosi se na sticanje kontrole nad delom britanske kompanije Kelt Energy koja se bavila istraživanjem i proizvodnjom nafte i gasa. Kompanija Kelt Energy je u vreme notifikacije bila u postupku finansijskog restrukturiranja koji se sprovodio kako bi se izvršilo spasavanje i izbegao njen stečaj. U okviru ovog postupka, grupacija od osam banaka, predvođena bankom American Express, planirala je da preuzme filijalu kompanije Kelt Energy (Kelt Exploration Limited) i da kupi drugu njenu imovinu.

Na osnovu analize poslednjih godišnjih računa kompanije Kelt Energy i njene filijale, Komisija je utvrdila da se one nalaze u ozbiljnim finansijskim teškoćama, zbog čega je i odobrila koncentraciju. Naime, Komisija se uverila da je potrebno brzo sprovesti restrukturiranje kako bi se sprečila ozbiljna šteta za jednog ili više učesnika u koncentraciji (t. 7. odluke).

### **Slučaj *Kali und Salz/MdK/Treuhand***

---

<sup>4</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, *Failing Firm Defence* – OECD Roundtables on competition policy, OECD, Paris 1996, str. 94.

Komisija je prvi put definisala uslove za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama u svojoj odluci povodom slučaja *Kali und Salz/MdK/Treuhand* (br. IV/M. 308, odluka Komisije od 14.12.1993. godine, *O. J.*, br. L. 186/1994) i izričito prihvatila argument kao opravdanje za prijavljenu koncentraciju. Reč je o koncentraciji u kojoj je kompanija Kali und Salz kupila nemačku kompaniju Mitteldeutsche Kali AG (dalje u tekstu: MdK), sa ciljem objedinjavanja aktivnosti u proizvodnji potaše i kamene soli. Kompanije su poslovale u hemijskoj industriji, s tim što je Kali und Salz bila filijala nemačke grupacije BASF, a MdK je bila pod kontrolom institucije Treuhandanstalt (dalje u tekstu: Treuhand), zadužene za restrukturiranje i privatizaciju državnih preduzeća bivše DR Nemačke.

Učesnici u koncentraciji su tvrdili da bi kompanija MdK uskoro bila primorana da izađe sa tržišta ukoliko je ne preuzme neko privatno društvo i da bi tada njen tržišni udeo preuzela kompanija Kali und Salz (t. 70. odluke). MdK se nalazila u izuzetno teškoj ekonomskoj situaciji – duže vreme je neuspešno poslovala, uz veoma visoke troškove i bez izgleda da opstane na tržištu u takvim uslovima. Kompanija nije mogla da nastavi da posluje ukoliko njene troškove ne bi pokrivala institucija Treuhand, a takvu pomoć više nije mogla da očekuje zbog propisa EU o državnoj pomoći. Čak bi nastavila da posluje sa gubicima da je tu pomoć i dalje dobijala, tako da je njena prodaja bila jedini način da se spase (t. 73-77).

Komisija je prihvatila i argument da će tržišni udeo kompanije MdK pripasti Kali und Salz ukoliko MdK nestane sa tržišta, pošto su ove kompanije jedine poslovale na tržištu potaše i kamene soli, a nije se mogao očekivati ulazak novih konkurenata, jer su postojale brojne prepeke za ulazak na tržište (t.78). Istovremeno, Komisija je smatrala da se može odbaciti mogućnost da neka druga kompanija (pored Kali und Salz) kupi MdK, jer nijedan od zainteresovanih kupaca nije bio spreman da to učini. Pri tome, između Kali und Salz i MdK je postojala posebna sinergija, kao rezultat dobre geografske lociranosti i proizvodnih kapaciteta (t. 80-90).

Prihativši sve argumente, Komisija je odobrila koncentraciju, iako je zaključila da se njome jača dominantan položaj Kali und Salz. Naime, Komisija je smatrala da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i stvaranja dominantnog položaja, jer bi i u slučaju da je koncentracija bila zabranjena, Kali und Salz ojačala svoj dominantan položaj. To znači da je uzrok pogoršanja tržišne strukture

bio nestanak kompanije MdK sa tržišta, a ne sama koncentracija (t. 95).

Komisija je, dakle, utvrdila jasne kriterijume za prihvatanje ovog argumenta, zahtevajući od učesnika u koncentraciji da dokažu sledeće: da će ciljno društvo u bliskoj budućnosti biti primorano da napusti tržište ukoliko ga ne preuzme drugo društvo; da će društvo koje stiže kontrolu preuzeti tržišni udeo ciljnog društva ukoliko ono izađe sa tržišta; i da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju (t. 71).

Navedene uslove je kasnije potvrdio Sud pravde, u presudi kojom je poništena odluka Komisije (spojeni predmeti br. C-68/94 i C-30/95, presuda Suda od 31.03.1998. godine, slučaj *French Republic and Société Commerciale des Potasses et de l'Azote and Entreprise Minière et Chimique v. Commission of the European Communities*, „European Court Reports“ 1998, strana I-1375).<sup>5</sup> Iako je odluka poništena, Sud pravde je prihvatio pristup Komisije u vezi sa upotrebom argumenta društva u finansijskim teškoćama i naglasio da je za njegovu primenu potrebno dokazati nepostojanje uzročno-posledične veze između koncentracije i pogoršanja konkurentske strukture. Ipak, Sud je usvojio širu formulaciju, po kojoj je uzročnu vezu moguće isključiti ako će se sprovođenjem koncentracije tržišna struktura pogoršati na sličan način na koji bi bila pogoršana ako koncentracija ne bi bila sprovedena (t. 115. presude).

### **Slučaj *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM***

Slučaj *Saint-Gobain* (br. IV/M. 774, odluka Komisije od 4.12.1996. godine, *O.J.*, br. L. 247/1997) odnosi se na zajedničko ulaganje francuskog društva *Société Européenne des Produits Réfractaires* – koje je bilo zavisno društvo francuskog društva *Compagnie de Saint-Gobain SA* (dalje u tekstu: *Saint-Gobain*), nemačkog društva *Elektroschmelzwerk Kempten GmbH* (dalje u tekstu: *ESK*) – koje je pripadalo grupaciji *Wacker-Chemie GmbH*, i holandskog društva *NV Noordelijke Ontwikkelingsmaatschappij*

---

<sup>5</sup> Postupak pred Sudom pravde su pokrenule Republika Francuska, privredno društvo *Societe Commerciale des Potasses et de l'Azote* i grupacija *Entreprise Minière et Chimique*, podnošenjem tužbi za poništenje odluke Komisije. Nakon poništenja odluke, Komisija je 9. jula 1998. godine donela odluku kojom je ponovo odobrila koncentraciju između *Kali und Salz* i *MdK* (tzv. slučaj *Kali und Salz II*, *O.J.*, br. C.275/1998).

(NOM) – čiji vlasnik je bila holandska vlada (99,97% akcija). Ulaganje se odnosilo na osnivanje privrednog društva koje bi se bavilo proizvodnjom, preradom, plasmanom i prodajom silicijum-karbida.

Komisija je zabranila koncentraciju, smatrajući da nisu ispunjeni uslovi za prihvatanje argumenta društva u teškoćama, a koji su utvrđeni u slučaju *Kali und Salz*. Analizirajući ove uslove, Komisija je zaključila da je zabrana koncentracije odluka koja ima manje negativne posledice po konkurenciju, jer koncentracija može biti odobrena pozivanjem na argument samo ako bi i u slučaju zabrane koncentracije sticalac kontrole nužno stekao ili ojačao dominantan položaj (t. 247. odluke).

Pre svega, Komisija nije prihvatila tvrdnje stranaka o neizbežnom povlačenju društva ESK sa tržišta zbog finansijskih teškoća, jer je smatrala da ESK neće biti primorano da uskoro izađe sa tržišta ukoliko ga ne preuzme drugo društvo (t. 252). Zatim, Komisija je smatrala da bi brojni privredni subjekti preuzeli tržišni udeo ESK ukoliko bi ono napustilo tržište, što je značilo da društvo Saint-Gobain ne bi preuzelo ceo tržišni udeo, već samo njegov veći deo. U slučaju zatvaranja društva ESK, na tržištu silicijum-karbida bi zbog smanjene ponude nastala praznina koju postojeći tržišni učesnici ne bi mogli da popune, pa bi se cene povećale. Zbog toga bi se oni takmičili i udruživali u cilju sticanja što većeg tržišnog udela. Istovremeno, sa povećanjem cena, evropsko tržište bi postalo privlačno za nove učesnike, pa bi i uvoznici preuzeli jedan deo tržišnog udela ESK. Zbog toga bi tržišna struktura koja nastaje kao posledica zabrane koncentracije i zatvaranja društva ESK imala manje negativne posledice po konkurenciju nego struktura koja proizlazi iz koncentracije (t. 253-254). Na kraju, Komisija je utvrdila da društvo Saint-Gobain nije jedini kupac, nego da i druga društva mogu da kupe društvo ESK ili neki njegov deo, s obzirom na to da njegova filijala Grefrath ima vrednu imovinu i da je privlačna za investitore. Takvom kupovinom bi drugo društvo bilo u prilici da uspešno konkuriše društvu Saint-Gobain, što opet potvrđuje zaključak da zabrana koncentracije ima manje negativne posledice po konkurenciju (t. 255-259).

### Slučaj *Boeing/McDonnell Douglas*

Slučaj *Boeing/McDonnell Douglas* (br. IV/M. 877, odluka Komisije od 30.07.1997. godine, *O.J.*, br. L. 336/1997) odnosi se na povezivanje kompanija Boeing i McDonnell Douglas (dalje u tekstu: MDC), koje su poslovale u vazduhoplovnoj industriji, s tim što se relevantno tržište proizvoda odnosilo na velike komercijalne mlazne avione. Učesnici u koncentraciji i Komisija se u ovom slučaju nisu izričito pozvali na argument društva u teškoćama, ali je Komisija ipak razmatrala neuspešnost u poslovanju kompanije MDC koju je trebalo da preuzme Boeing. Komisija je utvrdila da se MDC nalazi u teškoj finansijskoj situaciji i da ne postoje drugi zainteresovani kupci, ali je ipak zaključila da bi koncentracija vodila jačanju dominantnog položaja kompanije Boeing i značajnom narušavanju konkurencije na zajedničkom tržištu.

Analiziranjem položaja kompanije MDC na tržištu, zaključeno je da MDC zapravo više nema uticaj na tržištu i da postoji mogućnost da vremenom napusti tržište zbog sve slabije ponude aviona u odnosu na konkurentne kompanije Boeing i Airbus, zbog gubitka mušterija i neprekidnog smanjivanja tržišnog udela. Imajući u vidu takav položaj kompanije MDC, nije se moglo očekivati da bi neko drugi (pored kompanije Boeing) mogao da preuzme MDC, jer kompanija Airbus, kao jedini preostali konkurent, nije bila zainteresovana za kupovinu, a nije se moglo očekivati da novi učesnici uđu na tržište kupovinom MDC (t. 60. odluke). To je značilo da je samo kompanija Boeing spremna da preuzme MDC, iako je izjavila da tek treba da odluči da li će nakon preuzimanja kontrole kompanija Douglas Aircraft (filijala MDC) nastaviti sa proizvodnjom mlaznih aviona (t. 61).

Međutim, argumenti stranaka nisu bili dovoljni da Komisija odobri koncentraciju, pa se kompanija Boeing obavezala da će preduzeti određene mere (*remedies*) u cilju otklanjanja konkurentskih pritisaka i uspostavljanja konkurencije na tržištu. Na osnovu sveobuhvatne analize predloženih mera, Komisija je ipak zaključila da koncentracija neće narušiti konkurenciju i odobrila je koncentraciju.

### Slučaj *Blokker/Toys "R" US*

U slučaju *Blokker/Toys "R" US* (br. IV/M. 890, odluka Komisije od 26.06.1997. godine, *O.J.*, br. L. 316/1998), Blokker Holding je planirao da preuzme holandsko društvo Toys "R" US



(Netherlands), filijalu američke kompanije Toys “R” US Inc. (US). Blokker Holding je bio glavni holandski operator u maloprodaji, čije poslovanje se prvenstveno odnosilo na maloprodaju predmeta za domaćinstvo, igračkama i drugih proizvoda, dok je kompanija Toys “R” US bila jedan od najvećih svetskih maloprodajnih trgovaca igračkama.

Pozivajući se na argument društva u finansijskim teškoćama, kompanija Toys “R” US je tvrdila da njeno poslovanje u Holandiji više nije finansijski održivo bez podrške lokalnog partnera i da će zatvoriti svoju holandsku filijalu ukoliko koncentracija ne bude odobrena. Ona je istovremeno tvrdila da će Blokker Holding tada preuzeti tržišni udeo (ili najveći deo tržišnog udela) njene filijale i da ne postoji drugo rešenje koje bi imalo manje negativne posledice po konkurenciju. Međutim, Komisija je smatrala da stranke nisu dokazale nepostajanje uzročno-posledične veze između koncentracije i njenih efekata na tržište, odnosno na stvaranje ili jačanje dominantnog položaja, zbog čega je i zabranila koncentraciju.

Pošto nije utvrđeno da bi Blokker Holding preuzeo ceo tržišni udeo kompanije Toys “R” US, Komisija je zaključila da pogoršanje tržišne strukture ne bi bilo isto u slučaju sprovođenja i u slučaju zabrane koncentracije. Pogoršanje tržišne strukture bi bilo posledica sticanja tržišnog udela kompanije Toys “R” US od strane Blokker Holding-a i potencijala koji ova kompanija ima na tržištu specijalizovanih *outlet* prodavnica igračkama, a ne posledica nestanka Toys “R” US sa tržišta (t. 112. odluke).

Pored toga, kompanija Toys “R” US nije dokazala da ne postoji drugi kupac, jer su se njeni argumenti odnosili samo na objašnjavanje da je Blokker Holding najbolji izbor za kupovinu njene filijale. Prema njenim tvrdnjama, Blokker Holding je jedini zadovoljavao zahteve u vezi sa poznavanjem holandskog tržišta maloprodaje i imao je neophodnu infrastrukturu, dok su drugi mogući kupci bili odbijeni zbog nepoznavanja tržišnih uslova u zemljama Beneluksa ili zbog toga što su bili potencijalni konkurenti u ostalim državama članicama EU. Za Komisiju to nije bilo dovoljan argument da ne postoje drugi kupci, već je samo potvrđena njena procena da je kompanija Toys “R” US izabrala za kupca Blokker Holding, kao najjačeg učesnika na tržištu (t. 113). Zbog svega navedenog, Komisija nije prihvatila argumente stranaka kao opravdanje koncentracije i nije odobrila koncentraciju.

### Slučaj *Bertlesmann/Kirch/Premiere*

U slučaju *Bertlesmann/Kirch/Premiere* (br. IV/M. 993, odluka Komisije od 27.05.1998. godine, *O.J.*, br. L. 53/1999), Komisija je prvi put izričito razmatrala mogućnost da se na argument društva u teškoćama poziva društvo koje pripada grupi društava (zavisno društvo, filijala), a ne društvo ili grupa u celini – *failing division defence*. Komisija je zaključila da stranke nisu ispunile nijedan od uslova koji su utvrđeni u slučaju *Kali und Salz*, zbog čega nije odobrila koncentraciju. Istovremeno, Komisija je istakla da se u slučaju upotrebe argumenta društva u teškoćama koje je deo grupe društava moraju utvrditi posebno strogi kriterijumi da bi se koncentracija opravdala argumentom nepostojanja uzročno-posledične veze. Ako ovakvi kriterijumi ne bi bili utvrđeni, bilo koja koncentracija koja se odnosi na napuštanje neprofitabilne delatnosti mogla bi se tada opravdati izjavom prodavca (kontrolnog društva) da će morati da zatvori svoje zavisno društvo koje posluje u toj oblasti ukoliko koncentracija ne bude sprovedena (t. 71. odluke).

Koncentracija se odnosila na sticanje zajedničke kontrole nad društvima *Premiere Medien GmbH & Co. KG* (dalje u tekstu: *Premiere*), *BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH* (dalje u tekstu: *BetaDigital*) i *BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH* (dalje u tekstu: *BetaResearch*) od strane društava *CLT-UFA SA* i *Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG* (dalje u tekstu: *Taurus*). Društvo *CLT-UFA* je bilo pod kontrolom društva *Bertelsmann AG*, koje je bilo matično društvo vodeće nemačke medijske grupacije, dok je *Taurus* bila holding kompanija koja je pripadala medijskoj grupaciji *Kirch*. Društvo *Premiere* je bilo pod kontrolom *CLT-UFA* (37,5%), *Canal+ S.A.* (37,5%) i *Kirch* (25%), dok su *BetaDigital* i *BetaResearch* pripadale grupi *Kirch*. Sprovedenjem koncentracije, *CLT-UFA* i *Kirch* bi preuzele zajedničku kontrolu nad ciljnim društvima tako što bi u svakom društvu njihovo učešće bilo 50%, a grupa *Kirch* bi istovremeno zatvorila svoj *pay-TV* kanal *DF1* i njegovu imovinu prenela na društvo *Premiere*.<sup>6</sup>

Osnovni argument učesnika u koncentraciji odnosio se na tvrdnju grupe *Kirch* da bi njeno zavisno društvo *DF1* u svakom slučaju bilo primorano da napusti tržište zbog neuspešnog poslovanja i

---

<sup>6</sup> Relevantno tržište proizvoda se odnosilo na pružanje *pay-TV* usluga.

velikih gubitaka i da bi zbog toga konkurencija na tržištu bila ista kao i nakon sprovođenja koncentracije. Međutim, Komisija je naglasila da poslovanje DF1 čini samo deo poslovanja grupe Kirch na tržištu *pay-TV* usluga i da njegovo zatvaranje ne bi automatski značilo da bi grupa napustila ovo tržište. Čak i potpuno napuštanje ove oblasti ne bi značilo nestajanje sa tržišta cele grupe niti bi ona bila zatvorena. To bi bilo samo napuštanje dela ogromnog poslovanja i jednostavno bi predstavljalo poslovnu odluku da se odustane od jedne oblasti poslovanja zato što nisu ispunjena očekivanja uprave društva (t. 71). Argumenti stranaka, dakle, nisu bili dovoljni da se utvrdi nepostojanje uzročne veze između koncentracije i narušavanja konkurencije, jer stranke nisu navele dokaze da bi društvo DF1 verovatno napustilo tržište ukoliko koncentracija ne bi bila sprovedena.

Komisija nije prihvatila ni argument da bi tržišni udeo društva DF1 preuzelo društvo Premiere, jer je smatrala da bi u slučaju nesprovođenja koncentracije potencijalni *pay-TV* operatori mogli da uđu na tržište i postanu konkurenti društva Premiere. Nije prihvaćena ni tvrdnja da je Premiere jedini mogući kupac, jer stranke to nisu dokazale. One su samo izjavile da grupa Kirch nije uspela da pronađe partnera, bez ikakvog dodatnog objašnjenja, npr. sa kime su sve pregovarale ili koji su razlozi zbog kojih su ti pregovori bili bezuspešni. Na kraju, Komisija je zaključila da bi nakon koncentracije društvo Premiere steklo monopolski položaj na tržištu *pay-TV* usluga i da bi zbog toga čak i zatvaranje društva DF1 imalo manje negativne posledice po konkurenciju, jer bi tada imovinu i prava društva DF1 preuzeli drugi *pay-TV* operatori, a ne Premiere (t. 76).

### **Slučaj *Rewe/Meinl***

Problem u vezi sa upotrebom argumenta društva u teškoćama koje pripada grupi društava pojavio se i u slučaju *Rewe/Meinl* (br. IV/M. 1221, odluka Komisije od 3.02.1999. godine, *O.J.*, br. L. 274/1999), koji se odnosio na preuzimanje grupacije Julius Meinl AG, koja je se bavila trgovinom, i to uglavnom maloprodajom robe svakodnevnne potrošnje. Grupaciju je trebalo da preuzme nemačka grupa društava Rewe, koja je, između ostalog, poslovala na tržištu maloprodaje, posebno u prehrambrenom sektoru.

Nakon što je utvrdila da nisu ispunjeni uslovi za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama, Komisija je zaključila da bi sprovođenjem koncentracije grupa Rewe ojačala dominantan

položaj na austrijskom tržištu maloprodaje prehrambenih proizvoda (t. 69. i 116. odluke). Ipak, koncentracija je odobrena, jer su se učesnici obavezali da će preduzeti određene mere kako bi se ublažili negativni efekti stvaranja dominantnog položaja.

Ukazujući na veličinu i razvoj grupe Meinl, stranke su tvrdile da se Meinl nalazi u nepovoljnijem položaju nego drugi, mnogo jači konkurenti i da bi njen tržišni udeo preuzela grupa Rewe ukoliko bi Meinl napustila tržište ili smanjila proizvodnju. Stranke su tvrdile i da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju, jer je društvo Spar, kao jedini potencijalni kupac, izuzetno snažno u zapadnoj Austriji i ima veću prodaju nego Rewe, iako ima sličan tržišni udeo (t. 62).

Međutim, Komisija je ponovo istakla da se u ovom slučaju ne radi o nestanku celog društva sa tržišta, jer aktivnosti grupe Meinl na relevantnom tržištu čine samo deo njenih poslovnih aktivnosti. Napuštanje ovog tržišta bi predstavljalo samo stratešku odluku da grupa Meinl odustane od određene delatnosti zbog toga što njen razvoj nije ispunio očekivanja uprave, a ne zato što je grupa insolventna (t. 65). Iako se finansijska situacija ove grupe pogoršala, stranke nisu pružile nikakve dokaze da je Meinl insolventna ili da bi mogla biti insolventna, zbog čega je Komisija smatrala da se ne može prihvatiti tvrdnja da bi Meinl u svakom slučaju napustila tržište u bliskoj budućnosti ukoliko je ne bi preuzelo drugo društvo. Nije prihvaćen ni argument da će njen tržišni udeo uglavnom pripasti grupi Rewe ukoliko koncentracija ne bude sprovedena, jer su i sami učesnici isticali društvo Spar kao potencijalnog kupca, što je značilo da konkurencija neće biti ista u slučaju sprovođenja i u slučaju nesprovođenja koncentracije. Nije dokazano ni da je društvo Spar nepodesno zbog svog tržišnog položaja, jer učesnici nisu ukazali na druge potencijalne kupce sa kojima su pregovarali, kao ni na razloge zbog kojih su pregovori bili bezuspešni (t. 66-68).

Na osnovu svega Komisija je zaključila da nije utvrđeno nepostojanje uzročno-posledične veze između koncentracije i pogoršanja tržišne strukture, pa je odobrila koncentraciju tek nakon sveobuhvatne analize uticaja mera na čije preduzimanje su se stranke obavezale kako bi se otklonili negativni efekti koncentracije na konkurenciju.

**Slučaj *BASF/Eurodiol/Pantochim***

Posle slučaja *Kali und Salz*, slučaj *BASF/Eurodiol/Pantochim* je jedini u kojem je Komisija odobrila koncentraciju izričitim pozivanjem na argument društva u teškoćama (slučaj br. COMP/M. 2314, odluka Komisije od 11.07.2001. godine, *O.J.*, br. L. 132/2002). Međutim, Komisija je u ovom slučaju utvrdila nove kriterijume za upotrebu argumenta, smatrajući da postojeći kriterijumi ne mogu da se primene kao opravdanje za prijavljenu koncentraciju. Komisija je delimično izmenila kriterijume iz slučaja *Kali und Salz*, prilagodila ih konkretnim okolnostima i tako stvorila uslove da odobri koncentraciju primenom argumenta društva u finansijskim teškoćama. Novi kriterijumi su kasnije prihvaćeni i u Smernicama za ocenu horizontalnih koncentracija, tako da slučaj *BASF/Eurodiol/Pantochim* ima važnu ulogu u razvoju argumenta društva u teškoćama.

Slučaj se odnosio na preuzimanje kontrole nad belgijskim društvima Eurodiol i Pantochim, koja su poslovala u hemijskoj industriji i koja su se u vreme notifikacije nalazila u tzv. predstečajnom režimu (*concordat judiciaire*). Kontrolu nad ovim društvima je preuzelo nemačko privredno društvo BASF, koje je takođe poslovalo u hemijskoj industriji.

U postupku kontrole, društvo BASF je tvrdilo da će i u slučaju nesprovođenja koncentracije društvo steći sličan položaj, a da će imovina ciljnog društva definitivno izaći sa tržišta. Prema ovim navodima, to je značilo da su ispunjeni uslovi za primenu argumenta društva u teškoćama i da zato treba odobriti koncentraciju.

Polazeći od argumenata društva BASF, Komisija je preispitala postojeće uslove, ali nije odustala od zahteva da se dokaže nepostojanje uzročno-posledične veze između koncentracije i stvaranja dominantnog položaja, odnosno narušavanja konkurencije. Komisija je utvrdila da se u svakom slučaju mora dokazati da će sprovođenjem koncentracije konkurentska struktura biti pogoršana bar u istoj meri u kojoj bi bila pogoršana kada koncentracija ne bi bila sprovedena (t. 143. odluke).

Učesnici u koncentraciji su prvo dokazali da će ciljna društva u bliskoj budućnosti biti primorana da napuste tržište ukoliko ih ne preuzme društvo BASF. Naime, u predstečajnom postupku je utvrđeno da zbog nelikvidnosti društava i previsokih dugova nije moguće sprovesti plan restrukturiranja i da je opasnost od stečaja očigledna. Čak je i belgijski sud potvrdio Komisiji da će ciljna društva

otići u stečaj ukoliko se ne pronađe njihov kupac. Bilo je jasno da će ciljna društva neizbežno napustiti tržište ukoliko ih ne preuzme drugo društvo (t. 144). Zatim, učesnici su dokazali da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju, pošto niko od zainteresovanih kupaca nije bio spreman da preuzme ciljna društva i njihovu imovinu. U predstečajnom postupku je kontaktirano s brojnim društvima, a čak je i Komisija istraživala da li postoje drugi kupci. Međutim, utvrđeno je da je društvo BASF jedini kupac, pa je Komisija zaključila da je ispunjen i drugi uslov za primenu argumenta društva u teškoćama (t. 146-148).

Međutim, Komisija je smatrala da ispunjavanje prva dva uslova nije dovoljno da se odbaci mogućnost da treća lica steknu imovinu ciljnih društava ukoliko ona odu u stečaj. Ekonomski efekti takvog sticanja bi bili slični efektima koje bi imalo preuzimanje ciljnih društava od strane drugih društava (t. 141). To znači da kupovina imovine u stečajnom postupku ima manje negativne posledice po konkurenciju, jer bi imovinu koristila i druga društva, a ne samo društvo koje je učesnik u koncentraciji. Naime, pošlo se od toga da je efikasnije da imovina ostane na tržištu i da je bar neko koristi, nego da izađe sa tržišta i da je niko ne koristi. Ukoliko postoji takva mogućnost, odnosno mogućnost da treća lica kupe imovinu i da se ona vrati na tržište, to bi bilo povoljnije od sprovođenja koncentracije, pa koncentraciju treba zabraniti. Zbog toga je potrebno isključiti mogućnost kupovine imovine u stečajnom postupku, jer se samo tako može dokazati da je koncentracija najpovoljnije rešenje za konkurenciju.

Zato je utvrđen i treći uslov za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama – da će imovina društva u teškoćama neizbežno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena. Utvrđivanje ovog uslova bilo je neophodno zato što se nije moglo očekivati da društvo BASF preuzme ceo tržišni udeo društava Eurodiol i Pantochim ukoliko ona napuste tržište. Komisija je zapravo utvrdila da bi imovina ciljnih društava definitivno izašla sa tržišta i da bi se zbog toga značajno pogoršali tržišni uslovi, i to na štetu potrošača (t. 149-151. i 156). Zaključeno je da niko ne bi hteo da kupi imovinu društava Eurodiol i Pantochim, jer je izuzetno skupa i predstavlja rizik za životnu sredinu, a istovremeno se nije moglo očekivati da neko drugi kupi delove imovine, jer bi odvajanjem od celine oni postali nefunkcionalni (t. 152-155).

Na osnovu svega Komisija je zaključila da se konkurentna struktura manje narušava u slučaju koncentracije nego u slučaju njenog nesprovođenja, pa je i odobrila koncentraciju. Zapravo, moglo se očekivati da će za potrošače i konkurenciju tržišni uslovi posle koncentracije biti povoljniji od uslova koji bi nastali kada bi imovina ciljnih društava izašla sa tržišta (t. 160. i 163).

### Slučaj *SEB/Moulinex*

Slučaj *SEB/Moulinex* (br. COMP/M. 2621, odluka Komisije SG (2002) D/228078, od 8.01.2002. godine) odnosi se na povezivanje francuskih kompanija SEB i Moulinex, koje su poslovale na tržištu malih električnih kućnih aparata, pri čemu je kompanija SEB preuzela deo kompanije Moulinex. U vreme notifikacije, kompanija Moulinex je bila u stečajnom postupku i prijavljena koncentracija je bila rezultat sprovedenog postupka reorganizacije, u okviru kojeg je kompanija SEB predložila preuzimanje određenih delova kompanije Moulinex. Komisija je uslovno odobrila koncentraciju, ali je istovremeno donela i odluku o delimičnom upućivanju slučaja francuskim organima nadležnim za zaštitu konkurencije, tako da se odobrenje koncentracije nije odnosilo na francusko tržište.<sup>7</sup>

Prilikom odlučivanja o koncentraciji, Komisija je odbila primenu argumenta društva u teškoćama, zato što je smatrala da se efekti koncentracije na konkurenciju razlikuju od efekata koje bi imala

---

<sup>7</sup> Odluka o upućivanju slučaja francuskim organima doneta je na osnovu čl. 9(3) Uredbe Saveta EU o kontroli koncentracija iz 1989. godine, zato što je utvrđeno da postoji opasnost ugrožavanja konkurencije na francuskom tržištu malih električnih kućnih aparata (odluka C(2002)38 od 8.01.2002. godine), a francuski ministar privrede je 8.07.2002. godine odobrio koncentraciju na osnovu argumenta društva u teškoćama. Odluku Komisije o upućivanju koncentracije potvrdio je Prvostepeni sud, u presudi kojom je odbijena tužba za poništenje koju je podnelo privredno društvo Philips Electronics NV (slučaj T-119/02, presuda Suda od 3.04.2003.godine). Tužbom je traženo poništenje odluke Komisije o odobrenju koncentracije i poništenje odluke o upućivanju koncentracije francuskim organima. Međutim, odluka o odobrenju koncentracije je delimično poništena u presudi Prvostepenog suda kojom je odlučeno po tužbi koju je podnelo društvo BaByliss (slučaj T-114/02, presuda Suda od 3.04.2003. godine). Tužbom je traženo poništenje odluke Komisije o odobrenju koncentracije i odluka je poništena u delu koji se odnosio na tržišta Finske, Italije, Španije, Ujedinjenog Kraljevstva i Irske. Komisija je kasnije donela novu odluku kojom je odobrena koncentracija na tržištu ovih zemalja (odluka Komisije C(2003) 4157, od 11.11.2003.godine).

likvidacija kompanije Moulinex. Utvrđeno je da su od početka postupka reorganizacije brojna društva bila zainteresovana za sticanje robnih marki kompanije Moulinex, a nije se mogla odbaciti mogućnost da treća lica steknu i određene delove opreme ili industrijsku svojinu ove kompanije. Ovakvo sticanje bi verovatno omogućilo da se u potpunosti ili delimično obnovi konkurentnost kompanije Moulinex (t. 41. odluke).

### Slučaj *Danish Crown/Steff-Houlberg*

U slučaju *Danish Crown/Steff-Houlberg* (br. COMP/M. 2662, odluka SG (2002) D/228516 od 14.02.2002. godine), Komisija je odobrila spajanje danskih klanica Danish Crown i Steff-Houlberg, koje su bile najveće danske klanice organizovane kao zadruge, ali se odluka nije odnosila na dansko tržište. Utvrđeno je da postoji opasnost stvaranja ili jačanja dominantnog položaja i ugrožavanja konkurencije na danskom tržištu, pa je slučaj delimično upućen nadležnim organima Danske da oni procene uticaj koncentracije na dansko tržište (odluka od 14.02.2002. godine – Decision relating to the referral of the Case No COMP/M.2662 Danish Crown/Steff-Houlberg to Danish Competition Authority, pursuant to Article 9 of Regulation 4064/89). U odluci o upućivanju koncentracije zaključeno je i da nisu ispunjeni uslovi za primenu argumenta društva u teškoćama, a koji su utvrđeni u slučaju *BASF/Eurodiol/Pantochim*.<sup>8</sup>

Učesnici u koncentraciji su tvrdili da klanica Steff-Houlberg već tri godine ne može da isplaćuje odgovarajuću dobit svojim članovima i da će zbog toga brojni članovi da napuste klanicu i da pristupe drugim zadrugama, pre svega klanici Danish Crown. Istupanje članova Steff-Houlberg bi verovatno uslovilo ekonomski slom klanice, tako da je koncentracija predstavljala spasavanje Steff-Houlberg od predstojećeg stečaja (t. 161-165. odluke o upućivanju koncentracije).

Komisija nije prihvatila ove argumente, jer je smatrala da dobit koju ostvaruje Steff-Houlberg nije toliko mala da bi njeni članovi morali da je napuste, a da istupanje određenog broja članova iz zadruge ne bi finansijski ugrozilo njeno poslovanje niti bi je odvelo u stečaj. Utvrđeno je istovremeno da bi i druge klanice preuzele članove

---

<sup>8</sup> Danski organ za zaštitu konkurencije je uslovno odobrio koncentraciju, iako nije prihvatio argument društva u teškoćama (odluka od 26.04.2002. godine).



Steff-Houlberg, a ne samo klanica Danish Crown, pošto je postojalo nekoliko klanica kojima bi članovi Steff-Houlberg mogli da pristupe (t. 166-169). Komisija je zatim utvrdila da Steff-Houlberg ne bi napustila tržište ukoliko koncentracija ne bi bila sprovedena, jer je klanica ostvarivala dobit i nalazila se u povoljnoj finansijskoj situaciji. Bila je izuzetno snažan učesnik na tržištu i privlačna za konkurente, čak i za kupce izvan tržišta Danske, a stranke nisu učinile dovoljno da dokažu da je Danish Crown jedini kupac (t. 170). Stranke nisu uspele da dokažu ni da će imovina klanice Steff-Houlberg neizbežno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena, pošto bi se zbog zatvaranja klanice povećala tražnja na tržištu, pa bi njenu imovinu kupile Danish Crown i druge klanice (t. 171).

Na osnovu svega Komisija je zaključila da će konkurentna struktura biti više pogoršana ukoliko koncentracija bude sprovedena i da se zbog toga ne može prihvatiti argument društva u finansijskim teškoćama. Komisija je smatrala da se u slučaju zatvaranja klanice Steff-Houlberg moglo očekivati da njeni članovi pristupe brojnim klanicama i da bi to zapravo ojačalo konkurentnost tih klanica i doprinelo razvoju konkurencije na danskom tržištu (t. 172-172).

### Slučajevi *Andersen*

Slučajevi *Andersen* se odnose na koncentracije čiji učesnici su bila društva koja su poslovala u okviru kompanije Arthur Andersen, jedne od pet najvećih međunarodnih kompanija za pružanje profesionalnih usluga. Posle tzv. afere Enron, kompanija Arthur Andersen se raspala, a društva koja su bila njeni članovi u državama EU povezala su se drugim društvima koja su poslovala na tržištima tih zemalja. Kao posebno važne, izdvajaju se dve koncentracije čiji učesnici su bila društva koja su u Velikoj Britaniji i Francuskoj bila članovi kompanije Arthur Andersen (dalje u tekstu: Andersen UK i Andersen France) – slučaj *Deloitte & Touche/Andersen UK* (br. COMP/M.2810, odluka Komisije od 1.07.2002. godine) i slučaj *Ernst & Young France/Andersen France* (br. COMP/M.2816, odluka Komisije od 5.09.2002.godine). Kontrolu nad Andersen UK je preuzelo britansko društvo Deloitte & Touche, član međunarodne mreže Deloitte Touche Tohmatsu, a kontrolu nad Andersen France su preuzela francuska društva koja su bila članovi međunarodne mreže Ernst & Young.

Komisija je odobrila ove koncentracije, jer je smatrala da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i stvaranja dominantnog položaja na tržištu usluga revizije i računovodstvenih usluga. Međutim, prilikom odlučivanja, Komisija nije izričito upotrebila argument društva u teškoćama, već je na osnovu sveobuhvatne analize uticaja koncentracije na konkurenciju zaključila da koncentracija nije uzrok stvaranja dominantnog položaja i narušavanja konkurencije. Komisija je smatrala da će se bez obzira na sprovođenje koncentracije broj učesnika na tržištu smanjiti, a da, u poređenju sa koncentracijom, nije moguće drugo rešenje koje bi imalo manje negativne posledice po konkurenciju (t. 44-61. odluke u slučaju br. 2810, t. 75-90. odluke u slučaju br. 2816).

U vreme notifikacije, na tržištu je poslovalo pet međunarodnih kompanija za reviziju i računovodstvo – Arthur Andersen, Deloitte Touche Tohmatsu, Ernst & Young, KPMG i PricewaterhouseCoopers (tzv. Velika petorka), ali je zbog afere Enron i propasti kompanije Arthur Andersen bilo neizbežno da se njihov broj smanji na četiri. Naime, zbog gubitka ugleda, kompanija Arthur Andersen više nije mogla da konkuriše drugim međunarodnim mrežama i ostalim učesnicima na tržištu, a ubrzana podela ove kompanije je sprečila bilo kakvu mogućnost njenog oporavka. Osim toga, utvrđeno je da se ne može očekivati da celu kompaniju ili većinu društava koja su njeni članovi preuzme nov učesnik na tržištu i tako zauzme mesto kompanije Arthur Andersen u okviru Velike petorke.

Komisija je posebno analizirala i mogućnost da koncentracija ne bude sprovedena i zaključila da bi u tom slučaju neka od preostalih kompanija iz Velike petorke preuzela Andersen UK, odnosno Andersen France, ili bi njihove klijente preuzele ove kompanije ukoliko nijedna koncentracija ne bi bila sprovedena. Na osnovu izvršene analize, Komisija je zaključila da bi se struktura tržišta u tim situacijama pogoršala na sličan način na koji će se pogoršati ukoliko se sprovede koncentracija. To je značilo da nema uzročno-posledične veze između koncentracije i pogoršanja konkurentske strukture, pa je Komisija i odobrila prijavljene koncentracije.

### **Slučaj *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital***

Slučaj *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital* (COMP/M.2845, odluka Komisije od 14.08.2002. godine) odnosio se na povezivanje dva vodeća španska *pay-TV* operatora – društva

Sogecable i društva DTS Distribuidora de Televisión Digital (dalje u tekstu: Vía Digital), ali Komisija nije odlučivala o koncentraciji, već je slučaj uputila nadležnim organima Španije, zato što je utvrđeno da postoji opasnost ugrožavanja konkurencije na španskom tržištu. U odluci o upućivanju koncentracije, Komisija je razmatrala i upotrebu argumenta društva u teškoćama i zaključila da nisu ispunjeni uslovi za njegovu primenu.<sup>9</sup>

Sprovođenjem koncentracije je trebalo da se spoje društvo Canalsatélite Digital, koje je bilo pod kontrolom Sogecable, i društvo Vía Digital, koje je bilo pod kontrolom društva Admira Media koje je poslovalo u okviru grupacije Telefónica. Društvo Sogecable je bilo pod zajedničkom kontrolom društva Canal+, člana grupacije Vivendi Universal, i društva Promotora de Informaciones.

Učesnici u koncentraciji su tvrdili da se društva Vía Digital i Canalsatélite Digital nalaze u izuzetno teškoj finansijskoj situaciji i da zbog toga treba primeniti argument društva u teškoćama, iako su i sami priznali da nisu ispunjeni svi uslovi za njegovu primenu. Oni su istakli da nije ispunjen uslov da će imovina društva u teškoćama neizbežno izaći sa tržišta, ali će zato društvo Vía Digital ili društvo Canalsatélite Digital u svakom slučaju napustiti tržište, što znači da njihovo spajanje ima manje negativne posledice po konkurenciju od drugih rešenja.

Stranke su tvrdile da društva Vía Digital i Canalsatélite Digital posluju sa značajnim gubicima i da je takvo stanje posledica krize na španskom i evropskom tržištu *pay-TV* usluga, a da jedini način da se ostvari dobit jeste spajanje ovih društava kako bi se povećao broj korisnika *pay-TV* usluga (t. 111-112. odluke). Međutim, Komisija je smatrala da, uprkos velikim gubicima, društvo Vía Digital neće napustiti tržište, jer redovno izvršava svoje obaveze, a akcionari društva su snažne i stabilne kompanije. Pored toga, njegovo matično društvo (Telefónica) raspolaže značajnim finansijskim resursima, što je važno za poslovanje društva Vía Digital.

Komisija je naglasila da se u ovom slučaju radi o upotrebi argumenta društva u teškoćama koje pripada grupi društava (*failing*

---

<sup>9</sup> Odluku o upućivanju koncentracije je potvrdio Prvostepeni sud, u presudi povodom tužbi za poništenje odluke koje su podnela brojna španska društva (spojeni predmeti br. T-346/02 i T-347/02, odluka Suda od 30.09.2003.godine, slučaj *Cableuropa SA and others v. Commission of the European Communities*, „European Court reports” 2003, strana II-04251).

*division defence*) i da se on ne može prihvatiti, jer društvima Vía Digital i Canalsatélite Digital ne preči stečaj. Zatvaranje društva Vía Digital ili njegova prodaja je u stvari rezultat poslovne odluke društva Telefónica da napusti jednu od svojih filijala (t. 115).

Komisija zatim nije mogla na osnovu raspoloživih informacija da zaključi da nije moguća druga kupovina koja bi imala manje negativne posledice po konkurenciju ni da će imovina društva Vía Digital neizbežno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena (t. 116). Zbog toga nije prihvatila argumente stranaka, zaključivši da će konkurentna struktura biti više pogoršana ukoliko koncentracija bude sprovedena i da će to ojačati dominantan položaj učesnika u koncentraciji i ugroziti konkurenciju na španskom tržištu (t. 117).

### **Slučaj *Newscorp / Telepiù***

U slučaju *Newscorp / Telepiù* (br. COMP/M. 2876, odluka Komisije od 2.04.2003. godine, *O.J.*, br. L. 110/2004) izvršeno je povezivanje italijanskih *pay-TV* operatora Stream i Telepiù, tako što je njihovim spajanjem osnovano novo društvo nad kojim je kontrolu preuzela australijska medijska grupacija News Corporation Limited (dalje u tekstu: *Newscorp*). Društvo Telepiù je pripadalo grupaciji Vivendi Univerzal, a društvo Stream je bilo pod kontrolom društava *Newscorp* (50%) i *Telecom Italia* (50%).

Komisija je uslovno odobrila koncentraciju, iako je odbila upotrebu argumenta društva u teškoćama, smatrajući da nisu ispunjeni uslovi za njegovu primenu. Ipak, Komisija je prilikom odobravanja koncentracije uzela u obzir mogućnost da društvo Stream napusti tržište zbog finansijskih teškoća i zaključila da sprovođenje koncentracije potrošačima više koristi nego moguće zatvaranje društva Stream (t. 221. odluke).

Pozivajući se na argument društva u teškoćama, društvo *Newscorp* je tvrdilo da su ispunjeni uslovi za njegovu primenu, jer će društvo Telepiù imati sličan položaj u slučaju sprovođenja koncentracije i u slučaju njene zabrane, a da će imovina društva Stream neizbežno izaći sa tržišta (t. 210). Društvo *Newscorp* je tvrdilo da će društvo Stream zbog finansijskih teškoća otići u stečaj, jer nema izgleda da postane profitabilno društvo ukoliko nastavi samostalno da posluje. Međutim, Komisija je smatrala da to nije dovoljno da se prihvati argument društva u teškoćama, zato što celo društvo

NewsCorp nije u teškoćama i neće izaći sa tržišta, a zatvaranje društva Stream bi bilo samo rezultat poslovne odluke društva NewsCorp da napusti neprofitabilnu delatnost zato što nisu ispunjena očekivnja uprave društva (t. 213-215).

Komisija nije prihvatila ni navode da ne postoje drugi učesnici na tržištu zainteresovani za kupovinu društva Stream, jer je smatrala da društvo NewsCorp nije ukazalo na moguće kupce sa kojima se pregovaralo niti je navelo razloge zbog kojih su pregovori završeni bezuspešno. Osim toga, društva Stream i Vivendi Univerzal se nisu dovoljno angažovala da pronađu druge kupce, a društva NewsCorp i Telecom Italia nisu nikada javno oglasile prodaju društva Stream (t. 216-217).

Za Komisiju je ovo bilo dovoljno da odbije upotrebu argumenta društva u teškoćama, pa nije ni razmatrala navode da će imovina društva Stream neizbežno izaći sa tržišta (t. 218). Komisija je na kraju zaključila da nije dokazano da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i narušavanja konkurencije, jer se nije moglo očekivati da se uslovi konkurencije pogoršaju na sličan način na koji bi bili pogoršani ako koncentracija ne bi bila sprovedena (t. 221).

### **Slučaj *Rockwood/Süd-Chemie***

U slučaju *Rockwood/Süd-Chemie* (br. COMP/M.3910, odluka Komisije od 13.12.2005. godine) Komisija nije razmatrala upotrebu argumenta društva u teškoćama, ali je analizirala mogućnost da jedan od učesnika u koncentraciji izađe sa tržišta zbog neuspešnog poslovanja. Uzimajući u obzir takvu mogućnost, Komisija je zaključila da se sprovođenjem koncentracije tržišna struktura neće promeniti, pa je odobrila koncentraciju.

Koncentracija se odnosila na povezivanje društava koja su poslovala u hemijskoj industriji – američkog društva Rockwood i nemačkog društva Süd-Chemie. Društvo Rockwood je preuzelo kontrolu nad delovima društva Süd-Chemie koji su poslovali na tržištu reoloških aditiva i nekarbonske gline, pa se relevantno tržište odnosilo na reološke aditive i nekarbonske razvijače.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Nekarbonska glina se dobija kiselinskom aktivacijom gline i spada u grupu nekarbonskih razvijača, koji se koriste u proizvodnji samokopirnog papira.

Društva Rockwood i Süd-Chemie su bili jedini proizvođači nekarbonske gline u Evropi, i u postupku su ukazala na to da se proizvodnja i korišćenje nekarbonske gline napušta ne samo u Evropi, već i u drugim delovima sveta, jer se radi o najstarijem tipu nekarbonskih razvijača koji se koristi manje nego druge vrste i čiji troškovi korišćenja su viši. Zbog toga su kupci nekarbonske gline i proizvođači samokopirnog papira prešli na kupovinu i korišćenje drugih vrsta nekarbonskih razvijača (t. 22-23. odluke).

Stranke su zatim naglasile da će zbog gubitaka i slabljenja tržišta, one biti prinuđene da napuste tržište tako što će obustaviti proizvodnju ili prodati svoje delove koji se bave proizvodnjom nekarbonske gline ukoliko koncentracija ne bude sprovedena (t. 38). Planirano preuzimanje je otuda predstavljalo odbrambenu meru, a ne njihovu stratešku odluku da se prošire na tržištu.

Komisija je prihvatila argumente stranaka i na osnovu sveobuhvatne ocene uticaja koncentracije na konkurenciju zaključila da koncentracija ne ugrožava konkurenciju na relevantnom tržištu.

### **Slučaj *JCI/ VB/ FIAMM***

Slučaj *JCI/ VB/ FIAMM* (br. COMP/M.4381, odluka Komisije od 10.05.2007. godine) je prvi slučaj u kojem je posle usvajanja Smernica za ocenu horizontalnih koncentracija Komisija razmatrala upotrebu argumenta društva u teškoćama. Komisija je, međutim, odbila upotrebu argumenta društva u teškoćama, iako je uslovno odobrila koncentraciju.

U koncentraciji su učestvovali italijanska grupacija FIAMM, koja se bavila proizvodnjom baterija i proizvodnjom sirena, antena, kablova i akumulatora za automobile, i nemačko društvo VB Autobatterie (dalje u tekstu: VB), koje se bavilo proizvodnjom akumulatora. Društvo VB je bilo pod zajedničkom kontrolom društava Johnson Controls Inc. (dalje u tekstu: JCI) i Robert Bosch, i sprovođenjem koncentracije je preuzelo kontrolu nad društvom koje se u okviru grupe FIAMM bavilo proizvodnjom akumulatora za automobile (dalje u tekstu: FIAMM SBB)

Osnovni argument učesnika u koncentraciji je bio da će cela grupa FIAMM biti primorana da napusti tržište zbog slabog finansijskog poslovanja (t. 691. odluke). Naime, zbog izuzetno velikih gubitaka FIAMM SBB i nagomilanih dugova iz prethodnih godina, bilo je ugroženo poslovanje cele grupe, jer je prodaja FIAMM SBB

činila skoro polovinu prodaje cele grupe. Ovakva finansijska situacija je zabrinula i poverioce grupe FIAMM, uglavnom banke i hedž fondove, koji su zbog toga od nje zahtevali da sprovede restrukturiranje grupe kako bi se izbegao njen stečaj ili likvidacija. Deo tog plana je bila i prijavljena koncentracija, pošto je utvrđeno da se stečaj grupe može sprečiti samo ako se proda FIAMM SBB (t. 692-707).<sup>11</sup>

Komisija je prihvatila ovaj argument, pošto je na osnovu detaljne analize utvrdila da bi grupa FIAMM verovatno pokrenula stečajni ili likvidacioni postupak ukoliko FIAMM SBB ne bude preuzeto od strane nekog drugog društva. Komisija je zaključila da će FIAMM SBB u svakom slučaju biti primorano da napusti tržište ukoliko koncentracija ne bude sprovedena ili ukoliko ga ne preuzme drugo društvo, čak i ako grupa FIAMM ne pokrene stečajni postupak (t. 712-721).

Grupa FIAMM je zatim naglasila da je još od 2001. godine pokušavala da pronađe društva ili investitore koji bi kupili celu grupu ili njene delove, uključujući i FIAMM SBB. Pokazalo se da su pokušaji bili bezuspešni, a da je jedini ozbiljan mogući kupac društvo JCI. U prilog tome, FIAMM je navela sve učesnike na tržištu sa kojima je kontaktirala i sa kojima se pregovaralo, ali je istakla da nije kontaktirala sa manjim učesnicima na tržištu, jer je smatrala da nisu zainteresovani i da nemaju dovoljno finansijskih sredstava za kupovinu. Kao razloge zbog kojih su pregovori bili bezuspešni, FIAMM je navela neatraktivnost grupe u celini, njenu veličinu (stotine zaposlenih, velike fabrike i dr.) i visoke troškove radne snage u Italiji, gde je grupa uglavnom i poslovala.

Društva sa kojima je kontaktirano su bila ona koja su odgovarala zahtevima koje su postavili poverioci grupe FIAMM, a koji su istovremeno odgovarali standardima koje ima društvo JCI. Zbog nedostatka vremena nisu vođeni pregovori sa drugim društvima, tako da su stranke smatrale da nema drugog kupca za FIAMM SBB. Komisija je takođe smatrala da je teško pronaći drugog kupca, ne samo zbog neuspešnih pregovora, već i zbog toga što je potrebno brzo sprovesti restrukturiranje da bi se izbeglo pokretanje stečajnog

---

<sup>11</sup> Komisija u ovom slučaju nije pravila razliku između argumenata *failing firm defence* i *failing division defence*, jer je smatrala da to neće uticati na njenu ocenu, pošto je i grupa FIAMM bila ugrožena, a društvo FIAMM SBB bi sigurno izašlo sa tržišta (t. 710-711).

postupka. Pored toga, zbog nelikvidnosti grupe FIAMM i velikih gubitaka FIAMM SBB, nije se moglo očekivati da novi poverioci pristanu da finansiraju neprofitabilnu delatnost grupe FIAMM. Komisija je na kraju zaključila da nije moguća druga kupovina koje bi imala manje negativne posledice po konkurenciju nego prijavljena koncentracija (t. 722-736).

Međutim, Komisija nije prihvatila argumente stranaka da će imovina FIAMM SBB neizbežno izaći sa tržišta ukoliko koncentracija ne bude sprovedena, jer je smatrala da se to ne može zaključiti na osnovu podataka koje su stranke dostavile. Ona je smatrala da se imovina FIAMM SBB (mašine, proizvodne linije, robne marke) može prodati manjim proizvođačima i društvu JCI u likvidacionom ili stečajnom postupku i tako se vratiti na tržište posle određenog vremena (t. 749-750).

Iako je Komisija utvrdila da nisu ispunjeni svi uslovi za primenu argumenta društva u teškoćama, ona je smatrala da je potrebno dodatno utvrditi da li je koncentracija uzrok značajnog narušavanja konkurencije. Zbog toga je izvršila detaljnu analizu uticaja likvidacije ili stečaja FIAMM SBB na konkurenciju (*liquidation or failed-firm scenario*) i poređenje sa efektima koje ima sprovođenje koncentracije (*merger scenario*) (t. 751).

Na osnovu sveobuhvatne analize (t. 753-815), Komisija je zaključila da su štetni efekti koncentracije strukturalne prirode, a da su štetni efekti prestanka društva FIAMM SBB kratkoročni i da se odnose na pad vrednosti robnih marki cele grupe FIAMM. Utvrđeno je i da društvo JCI ne bi steklo ove robne marke u likvidacionom postupku, jer bi i druga društva mogla da mu konkurišu i tako kupovinom imovine FIAMM SBB uđu na tržište. To je značilo da su efekti koncentracije mnogo štetniji od efekata nesprovođenja koncentracije. Zbog toga je Komisija zaključila da postoji uzročna veza između predložene koncentracije i štetnih efekata, jer se ne može očekivati da se uslovi konkurencije pogoršaju na isti način ukoliko koncentracija ne bude sprovedena, čak i ako bi zbog toga FIAMM SBB bilo likvidirano (t. 816).



### Zaključak

Praksa Evropske komisije i Suda pravde pokazuje da je argument društva u finansijskim teškoćama izričito prihvaćen samo u slučajevima *Kali und Salz/MdK/Treuhand* i *BASF/Eurodiol/Pantochim*, iako je Komisija više puta razmatrala da li se neki od učesnika u koncentraciji nalazi u finansijskim teškoćama i da li će zbog toga biti primoran da izađe sa tržišta. U slučajevima *Andersen*, Komisija je odobrila koncentracije, ali ne izričitim pozivanjem na argument društva u teškoćama, već na osnovu sveobuhvatne ocene koncentracije, zaključivši da ne postoji uzročno-posledična veza između koncentracije i narušavanje konkurencije.

Ovakva praksa pokazuje da Komisija primenjuje stroge kriterijume za primenu argumenta i da oprezno pristupa oceni koncentracija čiji učesnici tvrde da se jedan od njih nalazi u finansijskim teškoćama. Ocena takvih koncentracija se razlikuje od uobičajene ocene, jer Komisija mora da analizira konkurentsku strukturu koja bi nastala kao posledica nesprovođenja koncentracije. Ona zapravo mora da razmotri druge mogućnosti, kao što su prestanak društva u teškoćama (stečaj, likvidacija – *post-failure situation*) ili njegovo preuzimanje od strane nekog drugog učesnika na tržištu, i uporedi ih sa sprovođenjem koncentracije. To dodatno otežava njen rad, jer ona obično samo upoređuje konkurentsku strukturu u momentu notifikacije (*pre-merger situation*) sa strukturom koja nastaje kao posledica koncentracije (*post-merger situation*).

U uslovima ekonomske krize se može očekivati da se poveća broj koncentracija čiji učesnici će kao opravdanje koristiti argument društva u teškoćama, uprkos intervenciji država članica u finansijskom sektoru sa ciljem očuvanja stabilnosti na tržištu. Ostaje da se vidi kako će Komisija i Sudovi postupati u takvim situacijama i da li će možda promeniti svoju praksu i ublažiti kriterijume za primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama.

---

**Ivana Rakić, LL.M**

Postgraduate student, Faculty of Law, University of Belgrade

**THE PRACTICE OF THE EUROPEAN  
COMMISSION AND COURT OF JUSTICE  
CONCERNING THE APPLICATION OF THE  
FAILING FIRM DEFENCE IN THE CONTROL OF  
CONCENTRATIONS**

*The article deals with the practice of the European Commission and Court of Justice concerning the application of the failing firm defence. The failing firm argument is a time-honoured defence in assessment of a concentration when merging party is failing firm due to financial difficulties. It allows the Commission to permit an otherwise anticompetitive concentration if one of the parties can demonstrate that it would fail in the absence of the proposed concentration and that it would in any event be forced out of the market. Namely, the parties must demonstrate that there is no causality between concentration and impediment of effective competition, i.e. that concentration does not lead to a deterioration of the competitive structure of the market.*

**Key words:** *failing firm defence, control of concentrations, competition law, European Commission, Court of Justice*