



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
JULIANE KOKOTT
od 27. travnja 2017.¹

Predmet C-248/16

Austria Asphalt GmbH & Co OG
protiv
Bundeskartellanwalt

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija))

„Tržišno natjecanje – Kontrola koncentracija između poduzetnika („kontrola koncentracija”) – Članak 3. Uredbe (EZ) br. 139/2004 („Uredba EZ-a o koncentracijama”) – Materijalno područje primjene – Pojam koncentracije – Prijelaz s isključive na zajedničku kontrolu poduzetnika – Pretvaranje postojećeg nesamostalnog pothvata u zajednički nesamostalni pothvat – Razgraničenje nadležnosti između Europske komisije i nacionalnih tijela nadležnih za kontrolu koncentracija”

I. Uvod

1. Svašta je srednjovjekovni pjesnik Ulrich von Liechtenstein mogao pomisliti kada je na svojem, u književnosti ovjekovječenom, putovanju od Venecije do Češke na koje je krenuo ljeta Gospodnjeg 1227. prolazio kroz mjesto Mürzzuschlag² u današnjoj Austriji³. No, je li već tada predvidio da će taj slikoviti gradić na obalama rijeke Mürz jednog dana postati pozornica prvog prethodnog postupka o europskoj kontroli koncentracija?

2. Povod je za taj postupak postrojenje za miješanje asfalta koje trenutačno pripada isključivo velikom građevinskom koncernu, no kojim bi u budućnosti trebao upravljati upravo taj građevinski koncern zajedno s još jednim građevinskim koncernom. Stoga se, drugim riječima, već postojeće postrojenje za miješanje asfalta namjerava pretvoriti u *zajednički pothvat*. Pritom je sa stajališta kontrole koncentracija problematično to što to postrojenje ne posluje kao *samostalni poduzetnik* jer je njegova djelatnost ograničena na opskrbu njegova trenutačnog društva majke, te u budućnosti njegovih dvaju društava majki, bez znatne samostalne prisutnosti na tržištu.

1 Izvorni jezik: njemački

2 [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

3 Pojam „Murzuslage”, koji je taj pjesnik rođen oko 1200. i umro 1275. upotrijebio u svojem epu „Frauendienst” istovremeno se smatra prvim zabilježenim spominjanjem grada Mürzzuschlaga.

3. U tim se okolnostima Sud poziva da pojasni vrlo temeljno pitanje o tome što čini koncentraciju između poduzetnika u smislu članka 3. Uredbe EZ-a o koncentracijama (Uredba o koncentracijama)⁴. Konkretno se radi o članku 3. stavku 1. točki (b) i članku 3. stavku 4. Uredbe o koncentracijama, pri čemu treba ispitati podliježu li, u skladu s tim odredbama, poduzetnici kao što je poduzetnik iz Mürzzuschlaga europskoj kontroli koncentracija kad treća osoba preuzme udjele u njima unatoč tome što nisu samostalno prisutni na tržištu.

4. Navedena problematika u pogledu pretvorbe postojećeg nesamostalnog poduzetnika u zajednički pothvat može se na prvi pogled činiti izrazito tehničkom i zasigurno je suhoparnija od pjesama Ulricha von Liechtensteina. Međutim, ne smije se podcijeniti njezina praktična važnost za sustav provedbe pravila o tržišnom natjecanju na europskom unutarnjem tržištu u okviru prava Unije. Naime, tumačenjem članka 3. Uredbe o koncentracijama ne dijeli se samo horizontalno kontrola koncentracija u skladu s Uredbom EZ-a o koncentracijama i provedba prava zabranjenih sporazuma u skladu s Uredbom (EZ) br. 1/2003⁵, nego se i vertikalno razgraničavaju nadležnosti Europske komisije kao tijela nadležnog za kontrolu koncentracija na unutarnjem tržištu i nacionalnih tijela nadležnih za koncentracije; međutim, europska kontrola koncentracija temelji se na sustavu točne podjele nadležnosti⁶.

II. Pravni okvir

5. Pravni okvir Unije u ovom predmetu određen je člankom 3. Uredbe o koncentracijama, naslovljenim „Definicija koncentracije”, čiji dijelovi glase kako slijedi:

„1. Koncentracija nastaje kada dođe do trajne promjene kontrole uslijed:

[...]

(b) stjecanja izravne ili neizravne kontrole nad cijelim ili nad dijelovima jednog ili više drugih poduzetnika od strane jedne ili više osoba koje već kontroliraju najmanje jednog poduzetnika ili od strane jednog ili više poduzetnika, bilo kupnjom vrijednosnih papira ili imovine na temelju ugovora ili na bilo koji drugi način.

[...]

4. Stvaranje zajedničkog pothvata, za trajno obavljanje svih funkcija samostalnoga gospodarskog subjekta, smatra se koncentracijom u smislu stavka 1. točke (b).

[...]”

6. Članak 3. stavci 1. i 4. Uredbe o koncentracijama pojašnjeni su u uvodnoj izjavi 20. Uredbe EZ-a o koncentracijama:

„Pojam koncentracije uputno je definirati tako, da obuhvaća djelovanja koja uzrokuju trajne promjene u kontroli predmetnih poduzetnika, a time i u strukturi tržišta. Stoga u doseg ove Uredbe treba uključiti sve zajedničke pothvate, koji trajno obavljaju sve funkcije samostalnoga gospodarskog subjekta. [...]”

4 Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 2004., L 24, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 73.).

5 Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.), u daljnjem tekstu: Uredba br. 1/2003.

6 Presude od 25. rujna 2003., Schlüsseler Verlag J. S. Moser i dr./Komisija (C-170/02 P, EU:C:2003:501, t. 32.) i od 22. lipnja 2004., Portugal/Komisija (C-42/01, EU:C:2004:379, t. 50.); u istom smislu presuda od 18. prosinca 2007., Cementbouw Handel & Industrie/Komisija (C-202/06 P, EU:C:2007:814, t. 37.).

7. Osim toga, treba spomenuti uvodnu izjavu 8. te uredbe:

„Odredbe ove Uredbe trebale bi se primjenjivati na bitne strukturne promjene, čiji utjecaj na tržište nadilazi granice bilo koje države članice. Prema općem pravilu, takve koncentracije trebale bi se ocjenjivati isključivo na razini Zajednice, primjenjujući sustav ‚pružanja usluga na jednom mjestu‘ i u skladu s načelom supsidijarnosti. Koncentracije, koje ne spadaju u područje primjene ove Uredbe, u načelu su u nadležnosti država članica.”

8. Konačno treba uputiti na članak 21. Uredbe o koncentracijama, naslovljen „Primjena Uredbe i nadležnost”, i njegov sadržaj u dijelu koji je relevantan za ovaj predmet⁷:

„1. Ova se Uredba primjenjuje samo na koncentracije definirane u članku 3.; [Uredba br. 1/2003] se ne primjenjuj[e], osim na zajedničke pothvate, koji nisu od značaja za cijelu Zajednicu i čiji je cilj ili posljedica usklađivanje konkurentskog ponašanja poduzetnika, koji ostaju samostalni.

2. Podložno preispitivanju Suda, Komisija ima isključivu nadležnost za donošenje odluka predviđenih ovom Uredbom.

3. Nijedna država članica ne primjenjuje svoje nacionalno zakonodavstvo o tržišnom natjecanju na koncentracije, koje su od značaja za cijelu Zajednicu.

[...]”

9. Pročišćena obavijest Komisije o nadležnosti⁸ nije dio pravnog okvira za ovaj predmet jer ona predstavlja samo pravno neobvezujuću obavijest u kojoj Komisija radi transparentnosti objavljuje svoje pravno stajalište i upravnu praksu u pogledu nadležnosti u kontroli koncentracija⁹.

III. Činjenice i glavni postupak

10. Austria Asphalt GmbH & Co OG (AA) neizravno je društvo kći društva Strabag SE, dok je Teerag Asdag AG (TA) član Grupe Porr. Strabag i Porr međunarodni su građevinski koncerni koji se, među ostalim, bave izgradnjom cesta.

11. Tvornica asfalta Mürrzuschlag nalazi se u općini Mürrzuschlag u austrijskoj saveznoj pokrajini Štajerskoj. Tvornica proizvodi asfalt za izgradnju cesta i njime gotovo isključivo opskrbljuje TA, u čijem je trenutačno isključivom vlasništvu.

12. AA i TA namjeravaju osnovati društvo u skladu s austrijskim pravom u obliku GmbH & Co KG, pri čemu bi AA i TA trebali preuzeti po 50 % komanditorskih udjela i po 50 % udjela u društvu komplementaru. Sve odluke Skupštine novoosnovanog društva trebale bi se donositi jednoglasno.

13. TA bi tvornicu asfalta trebao prenijeti na novoosnovano društvo. Kao što je navedeno u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje, ekonomski gledano, to postupanje treba shvatiti na način da AA stječe 50 % udjela u tvornici asfalta kao već postojećem ciljnom poduzetniku, dok TA kao prodavatelj koji je do sada imao isključivu kontrolu i dalje sudjeluje u izvršavanju zajedničke kontrole nad ciljnim poduzetnikom. Asfaltom proizvedenim u toj tvornici trebali bi se gotovo isključivo opskrbljivati AA i TA.

⁷ Upućivanja na druge uredbe, osim na Uredbu br. 1/2003, sadržana u izvornom tekstu članka 21. stavka 1. Uredbe o koncentracijama bespredmetna su; stoga sam ih u sljedećem citatu ispustila radi bolje čitljivosti.

⁸ Pročišćena obavijest Komisije o nadležnosti prema Uredbi Vijeća (EZ) br. 139/2004 (SL 2008., C 95, str. 1., njemačka verzija ponovno objavljena u SL 2009., C 43, str. 10.).

⁹ Vidjeti u tom pogledu osobito točku 3. Pročišćene obavijesti o nadležnosti.

14. U skladu s austrijskim Zakonom o zabranjenim sporazumima iz 2005. (Kartellgesetz, KartG) AA je 3. kolovoza 2015. tu transakciju prijavio Saveznom tijelu za tržišno natjecanje (Bundeswettbewerbsbehörde). Kao što proizlazi iz spisa, Glavna uprava za tržišno natjecanje Europske komisije administrativnim dopisom obavijestila je ranije AA kako se čini da transakcija ne predstavlja koncentraciju u smislu članka 3. Uredbe o koncentracijama¹⁰. Međutim, ta je izjava bila povezana s izričitim upućivanjem na to da se u njemu izražava samo stajalište jedne službe Komisije, koje za Komisiju kao instituciju Unije nije obvezujuće.

15. Na temelju prijave od 3. kolovoza 2015. austrijski Bundeskartellanwalt podnio je Oberlandesgerichtu Wien kao sudu nadležnom za odlučivanje u predmetima u vezi s pravom tržišnog natjecanja zahtjev za ispitivanje u skladu s člankom 11. stavkom 1. KartG-a. Međutim, taj je zahtjev taj sud odbio odlukom od 6. listopada 2015. U obrazloženju je naveo da prijavljena transakcija predstavlja koncentraciju na razini Unije tako da se na nju ne primjenjuje austrijsko pravo tržišnog natjecanja, nego samo pravo Unije u vidu Uredbe EZ-a o koncentracijama.

16. Oberster Gerichtshof¹¹ sada u svojstvu najvišeg suda nadležnog za odlučivanje u predmetima u vezi s pravom tržišnog natjecanja mora odlučiti o žalbi društva AA protiv navedene odluke suda nadležnog za tržišno natjecanje. Svojom žalbom AA želi postići ukidanje odluke tog suda, kao i to da se i njegove transakcije tretira kao koncentracija koja se mora prijaviti u skladu s austrijskim pravom tržišnog natjecanja (članci 7. i 9. KartG-a).

IV. Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom

17. Odlukom od 31. ožujka 2016., koja je zaprimljena 2. svibnja 2016., Oberster Gerichtshof našem je Sudu u skladu s člankom 267. UFEU-a uputio sljedeće prethodno pitanje:

„Trebali li članak 3. stavak 1. točku (b) i članak 3. stavak 4. Uredbe (EZ) br. 139/2004 tumačiti na način da u slučaju promjene s isključive na zajedničku kontrolu postojećeg poduzetnika, pri čemu poduzetnik koji je prethodno imao isključivu kontrolu i dalje sudjeluje u izvršavanju zajedničke kontrole, koncentracija postoji samo ako taj poduzetnik trajno obavlja sve funkcije samostalne jedinice?”

18. U prethodnom postupku pred Sudom Austria Asphalt, Bundeskartellanwalt i Europska komisija sudjelovali su u pisanom postupku te su zastupani i na raspravi koja je održana 22. ožujka 2017.

V. Ocjena

19. Svojim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u bitnome pita treba li promjenu odnosa kontrole nad postojećim poduzetnikom, u ovom predmetu prelazak s isključive na zajedničku kontrolu nad postrojenjem za miješanje asfalta Mürzzuschlag, smatrati koncentracijom između poduzetnika u smislu članka 3. Uredbe o koncentracijama čak i onda kad zajednički pothvat koji proizlazi iz te transakcije ne predstavlja samostalnog poduzetnika.

¹⁰ Dopis od 22. prosinca 2015. (Savjetovanje C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), koji je potpisao ravnatelj nadležan za Industriju sirovina, proizvodnju i poljoprivredu u okviru Glavne uprave za tržišno natjecanje.

¹¹ U daljnjem tekstu i: sud koji je uputio zahtjev.

20. Polazište je nesporno: u skladu s člankom 3. stavkom 1. točkom (b) Uredbe o koncentracijama koncentracija je svaka transakcija koja dovodi do trajnog stjecanja isključive ili zajedničke kontrole nad cijelim poduzetnikom ili nad njegovim dijelom. Međutim, problemi nastaju zbog odnosa te odredbe i članka 3. stavka 4. Uredbe o koncentracijama. Naime, u potonjoj je odredbi pojmom koncentracije obuhvaćeno i „stvaranje zajedničkog pothvata”, no pod uvjetom da taj zajednički pothvat služi „za trajno obavljanje svih funkcija samostalnoga gospodarskog subjekta”, odnosno da je samostalni poduzetnik.

21. S obzirom na tu formulaciju i strukturni položaj članka 3. stavka 4. Uredbe o koncentracijama nejasno je podliježu li općenito zajednički pothvati europskoj kontroli koncentracija samo kada su „samostalni gospodarski subjekti”, odnosno, drugim riječima, kad su samostalni poduzetnici. Naime, članak 3. stavak 4. Uredbe o koncentracijama mogao bi se razumjeti i na način da ograničavajuće upućivanje na samostalne poduzetnike koje je sadržano u toj odredbi ima učinak samo pri *stvaranju novih* zajedničkih pothvata, ali ne i pri *pretvorbi postojećeg* poduzetnika u zajednički pothvat koji zajednički kontroliraju dva koncerna. Ako bi se potonje tumačenje uzelo kao osnova, tada bi kontroli koncentracija u konačnici podlijegala *sva djelovanja* kojima se, u smislu članka 3. stavka 1. točke (b) Uredbe o koncentracijama, kontrola nad postojećim (zajedničkim) pothvatima trajno mijenja, neovisno o tome radi li se o samostalnim poduzetnicima ili, kao u slučaju postrojenja za miješanje asfalta Mürzzuschlag, o običnoj proizvodnoj jedinici koja nije samostalno prisutna na tržištu.

22. Zanimljivo je da Europska komisija u ovom sudskom postupku zagovara posljednje navedeno tumačenje, dok je prije toga *u istom slučaju* služba Komisije nadležna za kontrolu koncentracija zauzela potpuno suprotno stajalište¹². Izrazito je nezgodno što Komisija u takvom temeljnom i čestom pitanju nadležnosti nije unaprijed utvrdila jasno i jedinstveno mišljenje te ga dosljedno ne primjenjuje¹³. Naime, tek se tada sudionici na tržištu mogu oslanjati na stajalište i savjete službi Komisije nadležnih za koncentracije između poduzetnika, čak i ako su oni izraženi u neobvezujućem administrativnom dopisu, te smisljeno ocijeniti svoje obveze u okviru prava Unije.

23. Ne čini mi se svrsishodnim samo apstraktno razmatrati dovodi li članak 3. stavak 4. Uredbe o koncentracijama za područje zajedničkih pothvata do proširenja, ograničavanja ili običnog preciziranja pojma koncentracije iz članka 3. stavka 1. točke (b) Uredbe o koncentracijama. Naprotiv, potrebno je pronaći praktično rješenje za tumačenje i primjenu članka 3. Uredbe o koncentracijama. U tu je svrhu prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda potrebno istodobno voditi računa o njezinom tekstu, kontekstu i ciljevima¹⁴.

Tekst

24. Na temelju teksta članka 3. Uredbe o koncentracijama ne može se dati točan odgovor na pitanje o kojem se ovdje raspravlja. Članak 3. stavak 4. Uredbe o koncentracijama ograničava se na utvrđenje da se stvaranje zajedničkog pothvata, za trajno obavljanje svih funkcija samostalnoga gospodarskog subjekta, smatra koncentracijom u smislu članka 3. stavka 1. točke (b) Uredbe o koncentracijama. Kod te je formulacije i dalje nejasno je li samostalnost, odnosno okolnost da se trajno obavljaju sve funkcije samostalnoga gospodarskog subjekta, nužna samo u slučaju stvaranja *novog* zajedničkog pothvata ili se misli i na pretvorbu postojećeg poduzetnika u zajednički pothvat tako da i ona podliježe europskoj kontroli koncentracija samo ako je predmetni poduzetnik samostalan.

¹² Vidjeti u tom pogledu točku 14. i bilješku 10. ovog mišljenja.

¹³ Sud koji je uputio zahtjev upućuje na to da je Komisija donedavno u svojoj praksi odlučivanja u slučajevima promjene s isključive na zajedničku kontrolu djelomično ispitivala, a djelomično zanemarivala kriterij samostalnosti.

¹⁴ Vidjeti, umjesto mnogih, presudu od 8. rujna 2015., Španjolska/Parlament i Vijeće (C-44/14, EU:C:2015:554, t. 44.) i u istom smislu presudu od 8. studenoga 2016., Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, t. 31.).

25. Postupak koji se vodi pred Sudom jasno dokazuje da se mogu zastupati oba tumačenja. Naime, u skladu sa stajalištem društva AA, članak 3. stavak 4. Uredbe o koncentracijama može se razumjeti na način da, posve općenito, europskoj kontroli koncentracija podliježu *samo* samostalni zajednički pothvati, neovisno o tome nastaje li pri njihovom „stvaranju” potpuno novi poduzetnik ili se pak postojeći poduzetnik pretvara u zajednički pothvat. Međutim, u pogledu teksta članka 3. stavka 4. Uredbe o koncentracijama može se prihvatiti i Komisijino stajalište da se samostalnost samo u slučaju stvaranja novog zajedničkog pothvata smatra preduvjetom za provedbu europske kontrole koncentracija, dok promjena kontrole nad postojećim poduzetnikom, njegovom pretvorbom u zajednički pothvat, u svakom slučaju podliježe kontroli koncentracija, čak i ako on nije samostalan; naime, ni u članku 3. stavku 4. ni u članku 3. stavku 1. točki (b) Uredbe o koncentracijama nije izričito utvrđeno da i *postojeći* poduzetnici moraju trajno obavljati sve funkcije samostalnoga gospodarskog subjekta.

26. Ako su na temelju teksta neke odredbe prava Unije, kao što je ovdje članak 3. Uredbe o koncentracijama, moguća različita tumačenja, tada odgovarajuće tumačenje treba utvrditi na temelju njezina cilja i strukture u koju je ta odredba ugrađena. Dodatno se može razmotriti povijest nastanka te odredbe.

Cilj

27. Sporna odredba članka 3. stavka 4. Uredbe o koncentracijama pobliže je pojašnjena u uvodnoj izjavi 20. drugoj rečenici Uredbe EZ-a o koncentracijama. U toj se odredbi navodi da u doseg te uredbe treba uključiti sve zajedničke pothvate, koji trajno obavljaju sve funkcije samostalnoga gospodarskog subjekta, odnosno, drugim riječima, sve zajedničke pothvate koji su samostalni.

28. Stoga se u uvodnom dijelu Uredbe EZ-a o koncentracijama *ne* razlikuju novoosnovani zajednički pothvati i oni koji, kao u ovom predmetu, proizlaze iz prenošenja postojećih poduzetnika s isključive kontrole jednog koncerna na zajedničku kontrolu dvaju koncerna. U tim se okolnostima može pretpostaviti da se ni u članku 3. stavku 4. Uredbe o koncentracijama ne primjenjuje takva razlika, nego da se u toj odredbi posve općenito za *sve zajedničke pothvate* utvrđuje uvjet samostalnosti, neovisno o tome je li predmetni zajednički pothvat novoosnovano poduzeće ili njegovo „osnivanje” proizlazi iz pretvorbe postojećeg poduzetnika u zajednički pothvat.

29. Osim toga, to je stajalište potvrđeno i u općem cilju europske kontrole koncentracija. Kao što proizlazi iz uvodne izjave 8. Uredbe EZ-a o koncentracijama, ta bi se uredba, naime, trebala primjenjivati na *bitne strukturne promjene*, čiji utjecaj na tržište nadilazi granice bilo koje države članice. U istom se smislu u uvodnoj izjavi 20. prvoj rečenici navodi da je pojam koncentracije uputno definirati tako, da obuhvaća djelovanja koja uzrokuju trajne promjene u kontroli predmetnih poduzetnika, a time i u strukturi tržišta.

30. Stoga s obzirom na taj cilj europskoj kontroli koncentracija podliježu djelovanja koja dovode do promjene strukture tržišta. Međutim, takva promjena strukture tržišta nastaje samo u slučaju značajnih izmjena odnosa kontrole nad poduzetnicima koji stvarno posluju na tržištu ili barem to ozbiljno planiraju.

31. Podlijeganje pretvorbe postojećeg nesamostalnog poduzetnika u zajednički pothvat obveznoj Komisijinoj *ex ante* kontroli prema kriterijima Uredbe EZ-a o koncentracijama bilo bi suprotno biti europske kontrole koncentracija. Naime, kad neki subjekt nije samostalno prisutan na tržištu, tada ni izmjena odnosa kontrole nad tim subjektom ne može dovesti do promjene strukture tržišta.

32. U tom se pogledu ne čini svrsishodnim Komisijino upućivanje na rječicu „auch” („takoder”) u drugoj rečenici uvodne izjave 20. Uredbe EZ-a o koncentracijama. Naime, s jedne strane, ta se formulacija zapravo nalazi samo u nekim jezičnim verzijama Uredbe, kao na primjer u njemačkoj, dok je u brojnim drugim jezičnim verzijama, osobito u engleskoj i francuskoj, uopće nema. S druge strane, Komisijin argument ni sadržajno nije posebno uvjerljiv. Točno je da se na prvi pogled tom formulacijom prema kojoj „[*takoder*] sve zajedničke pothvate, koji trajno obavljaju sve funkcije samostalnoga gospodarskog subjekta”¹⁵, treba uključiti u doseg Uredbe EZ-a o koncentracijama, ne bi isključilo da europska kontrola koncentracija uz to obuhvaća još i druge vrste zajedničkih pothvata, odnosno one koji *nisu* samostalni. Međutim, iz pažljivijeg promatranja proizlazi da bi primjena *ex ante* kontrole na transakcije koje dovode do promjena u strukturi tržišta bila protivna općem cilju Uredbe EZ-a o koncentracijama.

33. Suprotno Komisijinu stajalištu pretvorba nesamostalnog poduzetnika u zajednički pothvat ne može podlijegati europskoj kontroli koncentracija ni pozivanjem na članak 3. stavak 1. točku (b) Uredbe o koncentracijama. Naime, za opću transakciju koja predstavlja koncentraciju i koja je sadržana u joj odredbi nužna je trajna promjena kontrole nad *cijelim poduzetnikom* ili *njegovim dijelom*. Pritom pojam poduzetnika, kao i inače u europskom pravu tržišnog natjecanja, treba razumjeti funkcionalno te on obuhvaća svaki subjekt koji obavlja gospodarsku djelatnost, neovisno o pravnom statusu tog subjekta i njegovu načinu financiranja¹⁶. S druge strane, s obzirom na to da se gospodarska djelatnost može sastojati od ponude kako robe tako i usluga na određenom tržištu¹⁷, zajednički pothvati *bez* samostalne prisutnosti na tržištu, to jest nesamostalni poduzetnici, već u startu ne mogu podlijegati članku 3. stavku 1. točki (b) Uredbe o koncentracijama.

Kontekst

34. Drukčiji se zaključak ne može izvesti ni ako se uzme u obzir kontekst članka 3. Uredbe o koncentracijama.

35. U konačnici, i Uredba EZ-a o koncentracijama i s njom povezana Uredba br. 1/2003 služe provedbi pravila o tržišnom natjecanju za unutarnje tržište koja su sadržana u člancima 101. i 102. UFEU-a, pri čemu se uvijek može primijeniti samo jedna od te dvije uredbe (vidjeti u tom pogledu članak 21. stavak 1. Uredbe o koncentracijama).

36. Dok je u području primjene Uredbe EZ-a o koncentracijama za promjenu strukture tržišta uspostavljen sustav preventivne i obvezne *ex ante* kontrole, ponašanje poduzetnika na tržištu, bez obzira na to radi li se o koluzivnom ponašanju ili jednostranoj zlorabi vladajućeg položaja na tržištu, inače, u skladu s Uredbom br. 1/2003, podliježe samo represivnoj *ex post* kontroli za čiju su provedbu, osim toga, nadležna tijela za tržišno natjecanje.

¹⁵ Moje isticanje

¹⁶ Presude od 23. travnja 1991., Höfner i Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, t. 21.), od 16. ožujka 2004., AOK Bundesverband i dr. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01, EU:C:2004:150, t. 46.) i od 17. rujna 2015., Total/Komisija (C-597/13 P, EU:C:2015:613, t. 33.); vidjeti slično tome i presudu od 12. srpnja 1984., Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, t. 11.).

¹⁷ Presude od 18. lipnja 1998., Komisija/Italija (C-35/96, EU:C:1998:303, t. 36.), od 12. rujna 2000., Pavlov i dr. (C-180/98 do C-184/98, EU:C:2000:428, t. 75.), od 10. siječnja 2006., Cassa di Risparmio di Firenze i dr. (C-222/04, EU:C:2006:8, t. 108.), od 1. srpnja 2008., MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, t. 22.) i od 23. veljače 2016., Komisija/Madarska (C-179/14, EU:C:2016:108, t. 149.).

37. Kao što se može iščitati iz članka 21. stavka 1. Uredbe o koncentracijama, pojmom koncentracije u smislu članka 3. Uredbe o koncentracijama razgraničavaju se dva navedena područja europskog prava tržišnog natjecanja¹⁸. Za razumijevanje članka 3. Uredbe o koncentracijama u skladu sa sustavom potrebno je stoga pojam koncentracije tumačiti na način da europskoj kontroli koncentracija podliježu samo stvarne promjene strukture tržišta, a ne i obično ponašanje poduzetnika na tržištu.

38. U skladu s tim članak 3. stavak 4. Uredbe o koncentracijama trebao bi se tumačiti na način da i u slučaju pretvorbe postojećeg poduzetnika u zajednički pothvat koncentracija u smislu članka 3. stavka 1. točke (b) Uredbe o koncentracijama postoji samo onda kad se radi o samostalnom poduzetniku. Naime, samo tada dolazi do promjene strukture tržišta kojom se može opravdati provedba kontrole koncentracija. Međutim, ako predmetna transakcija dovodi do nastanka zajedničkog pothvata koji *nije* samostalan, tada je u svakom slučaju potrebno osigurati usklađivanje ponašanja obaju društava majki na tržištu u okviru njihove suradnje unutar zajedničkog pothvata. Takvo usklađivanje ponašanja na tržištu, čak i ako može biti potpuno relevantno s obzirom na članke 101. i 102. UFEU-a, nije pitanje europske kontrole koncentracija, nego Uredbe br. 1/2003.

39. Bundeskartellamt ističe da u slučaju neprovođenja *ex ante* kontrole mogućeg narušavanja tržišnog natjecanja na ionako već vrlo koncentriranom tržištu u slučajevima kao što je ovaj tijela za tržišno natjecanje ne bi mogla više tako brzo intervenirati. Međutim, to je nužna posljedica sustava provedbe prava zabranjenih sporazuma uvedenog Uredbom br. 1/2003. Zakonodavac Unije posve je svjesno odustao od prethodne prijave sporazuma između poduzetnika za razdoblje nakon 1. svibnja 2004. kako bi, s jedne strane, čvršće obvezao sudionike na tržištu i, s druge strane, kako bi tijelima za tržišno natjecanje oslobodio resurse, čime se u konačnici proširuje njihova margina prosudbe pri određivanju prioriteta u provedbi prava zabranjenih sporazuma. Ako bi se sada širokim tumačenjem pojma koncentracije u području primjene europske kontrole koncentracija željelo obuhvatiti više slučajeva, tada bi to dovelo do nepoštovanja nove strukture provedbe europskih pravila o tržišnom natjecanju uvedene 1. svibnja 2004. Uredbom EZ-a o koncentracijama i Uredbom br. 1/2003. Ničim se nacionalna tijela za tržišno natjecanje ne sprječava da u okviru svojih prioriteta u provedbi prava zabranjenih sporazuma (članci 101. i 102. UFEU-a) posebnu pažnju posvete događajima na vrlo koncentriranim tržištima kao što je tržište u ovom slučaju.

Povijest nastanka

40. Naposljetku, drukčiji zaključak ne proizlazi ni iz razmatranja povijesti nastanka članka 3. stavka 4. Uredbe o koncentracijama.

41. Članak 3. stavak 4. Uredbe o koncentracijama oslanja se na Uredbu (EZ) br. 1310/97¹⁹, kojom je već u odredbama koje su prethodile današnjoj Uredbi EZ-a o koncentracijama ugrađena odredba istog naslova.

¹⁸ Ranija praksa mjestimične primjene članka 85. Ugovora o EEZ-u (danas članak 101. UFEU-a) odnosno članka 86. Ugovora o EEZ-u (danas članak 102. UFEU-a) te njihovih provedbenih propisa (danas Uredba br. 1/2003) o koncentracijama između poduzetnika (vidjeti presude od 21. veljače 1973., Europemballage i Continental Can/Komisija, 6/72, EU:C:1973:22 i od 17. studenoga 1987., British American Tobacco i Reynolds Industries/Komisija, 142/84 i 156/84, EU:C:1987:490) postala je bespredmetna stupanjem na snagu samostalnih odredbi o europskoj kontroli koncentracija, kako su sada navedene u Uredbi EZ-a o kontroli koncentracija.

¹⁹ Uredba Vijeća (EZ) br. 1310/97 od 30. lipnja 1997. o izmjeni Uredbe Vijeća (EEZ) br. 4064/89 o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 1997., L 180, str. 1.).

42. Zakonodavac Unije već je tada smatrao da trajne promjene strukture poduzetnika trebaju podlijevati kontroli koncentracija. Deklarirani cilj u to vrijeme nove uredbe, čiji nepromijenjeni tekst, uostalom, do danas ima zakonsku snagu²⁰, bio je uključiti *sve samostalne zajedničke pothvate* u doseg europske kontrole koncentracija²¹.

43. Međutim, obične suradnje poduzetnika, koje, točno je, dovode do stvaranja zajedničkih pothvata, ali ne i do samostalne prisutnosti na tržištu tih zajedničkih pothvata, još nikada nisu bile predmet europske kontrole koncentracija, ni u skladu s Uredbom EZ-a o koncentracijama ni u skladu s odredbama koje su joj prethodile²².

Zaključna razmatranja

44. U svakom slučaju, pojam koncentracije u smislu članka 3. Uredbe o koncentracijama stoga treba razumjeti na način da osnivanje zajedničkih pothvata, neovisno o tome radi li se o stvaranju potpuno novih poduzetnika ili o pretvorbi postojećih poduzetnika u zajedničke pothvate, europskoj kontroli koncentracija podliježe isključivo onda kad se radi o samostalnom poduzetniku.

45. Naime, ono što se primjenjuje na stvaranje zajedničkog pothvata, mora se osobito uzeti u obzir i pri pretvorbi postojećeg poduzetnika u zajednički pothvat. To vrijedi tim više u slučaju kao što je ovaj, u kojem se sporna transakcija zbog planiranog osnivanja novog trgovačkog društva²³ već ionako vrlo približila stvaranju društva.

46. Ne mogu razumjeti zabrinutost koju je Komisija izrazila tijekom rasprave da bi trajna primjena kriterija samostalnosti mogla dovesti do jaza u učinkovitoj provedbi europske kontrole koncentracija (engleski: „*enforcement gap*”). Potpuno suprotno, čini mi se da bi odustajanje od kriterija samostalnosti pri pretvorbi postojećeg poduzetnika u zajednički pothvat koje Komisija zagovara moglo dovesti do razvodnjavanja pojma koncentracije u smislu članka 3. Uredbe o koncentracijama i skrenuti Komisijinu pažnju s transakcija koje su stvarno relevantne za strukturu tržišta.

47. Osim toga, za razliku od Komisije, smatram da u ovom predmetu nije nužno utvrditi u kojim okolnostima moguće nestajanje zajedničkog pothvata s tržišta podliježe europskoj kontroli koncentracije. Naime, ovaj se predmet ne odnosi na nestajanje, nego, posve suprotno, na nastajanje zajedničkog pothvata. Ako bi se dogodilo da poduzetnika *nakon* njegove pretvorbe u zajednički pothvat, odnosno *nakon* promjene odnosa kontrole nad tim poduzetnikom, njegovo društvo majka ukloni s tržišta, tada bi to prije bilo pitanje ponašanja društava majki na tržištu (članak 101. ili 102. UFEU-a), nego pitanje promjene struktura tržišta.

20 Donošenjem danas važeće Uredbe EZ-a o koncentracijama došlo je samo do promjene brojeva relevantnih odredbi unutar članka 3. Uredbe o koncentracijama.

21 Vidjeti u tom pogledu uvodnu izjavu 5. Uredbe br. 1310/97, čiji dijelovi glase kako slijedi: „Pojam koncentracije uputno je definirati tako, da obuhvaća postupanja koja uzrokuju trajne promjene u strukturi predmetnih poduzetnika. U posebnom slučaju zajedničkih pothvata primjereno je sve samostalne zajedničke pothvate uključiti u područje primjene Uredbe (EEZ) br. 4064/89 i obuhvatiti ih njezinim postupovnim odredbama. [...]” [neslužbeni prijevod]

22 U skladu s prvotnom odredbom u članku 3. stavku 2. Uredbe (EEZ) br. 4064/89 *zadružni* zajednički pothvati, koji se posve razlikuju od *koncentrativnih* zajedničkih pothvata, *nisu* podlijevali europskoj kontroli koncentracija.

23 Vidjeti u tom pogledu točku 13. ovog mišljenja.

VI. Zaključak

48. S obzirom na prethodno navedena izlaganja predlažem Sudu da na zahtjev za prethodnu odluku austrijskog Oberster Gerichtshofa (Vrhovnog suda) odgovori na sljedeći način:

Prenošenje postojećeg poduzetnika ili njegova dijela iz isključive kontrole jednog koncerna pod zajedničku kontrolu tog istog koncerna i još jednog koncerna koji je neovisan od njega predstavlja koncentraciju u smislu članka 3. Uredbe (EZ) br. 139/2004 samo onda kad zajednički pothvat koji proizlazi iz te transakcije trajno obavlja sve funkcije samostalnoga gospodarskog subjekta.