

**POSEBNE MJERE U KONTROLI KONCENTRACIJA U KONKURENCIJSKOM
PRAVU EU I BIH**

MERGER REMEDIES IN THE COMPETITION LAW OF EU AND B&H

STRUČNI ČLANAK

*Pred. VŠ Mirza Kulenović, MA**

Sažetak:

Predmet rada su posebne mjere u proceduri kontrole koncentracija. U radu se pristupa analizi proceduralnih i materijalnih aspekta ovog instituta, a naročito općih principa koji se na njega primjenjuju, uvjeta za njegovu primjenu, različitih vrsta mjera koje poznaje komparativno pravo konkurencije, svrsishodnost primjene ovog instituta u različitim situacijama, a sve uz pregled relevantne prakse Evropske komisije, ali također i Općeg suda, odnosno Suda pravde Evropske Unije. Naročita pažnja posvećuje se analizi pravnih propisa BiH, kao i praksi Konkurencijskog vijeća BiH, s ciljem istraživanja normativne i faktičke osposobljenosti za primjenjivanje predmetnog instituta. U radu se ukazuje na zaključak da konkurencijsko pravo BiH nije u potpunosti osposobljeno za implementaciju posebnih mjera - strukturalnih (mjere restrukturiranja koncentracija) i bihevijoralnih (mjere praćenja ponašanja učesnika koncentracija) - u proceduri kontrole koncentracija privrednih subjekata.

Ključne riječi: *posebne mjere u kontroli koncentracija, strukturalne mjere, bihevijoralne mjere, mjere restrukturiranja koncentracija, mjere praćenja ponašanja učesnika koncentracija, Zakon o konkurenciji BiH, Konkurencijsko vijeće BiH*

Summary:

The focus of this article are the merger remedies. The article analyses procedural and substantive aspects of this notion, and particularly the applicable general principles, conditions for its implementation, various types of measures known to the comparative competition law, the appropriateness of the application of these measure in different circumstances, all with the overview of the relevant practice of the European Commission, but also the General Court and the Court of Justice of the European Union. Particular attention is paid to the analysis of the legislation of B&H, and the practice of the Competition Council of B&H, with the aim of ascertaining the normative and factual competency for the implementation of this notion. The conclusion of the article indicates that the competition law of B&H is not completely ready for the implementation of the merger remedies - structural and behavioral - in the procedure of the control of concentrations of the undertakings concerned.

Key words: *merger remedies, structural measures, behavioral measures, Act on Competition of B&H, Competition Council of B&H.*

** Visoka škola "CEPS - Centar za poslovne studije" Kiseljak
E-mail: mirza.visokaskola@gmail.com*

1. UVOD

Koncentracije (spajanja, pripajanja i sl.)* privrednih subjekata predstavljaju uobičajenu poslovnu praksu koja je sa ekonomskog aspekta samih učesnika koncentracije, naročito preuzimatelja, poželjna budući da, između ostalog, osnažuje njihov tržišni položaj te ih, u uvjetima slobodnog tržišta, čini konkurentijim, dok istovremeno može efektima svoje učinkovitosti doprinijeti dobrobiti samih potrošača. Kao razloge za koncentracije privrednih subjekata često se navode i prednosti posljedica ekonomije veličine, stvaranje nacionalnih šampiona, podsticanje učinkovitosti upravljanja i korporativne kontrole, izlaz iz industrije, druge učinkovitosti (poput preuzimanja postojeće mreže distribucije), do jednostavnih razloga pohlepe i želje za širenjem (Whish, 2009:802-805). Da koncentracije privrednih subjekata nisu, kao takve, u apstraktnom smislu, zabranjene sasvim je opravdano imajući u vidu da one predstavljaju jedan od pojavnih oblika prava privređivanja.

Istovremeno, sve one koncentracije koje bi vodile značajnom narušavanju tržišne konkurencije, a naročito kroz stvaranje novog ili osnaživanje postojećeg dominantnog položaja na tržištu zabranjene su po slovu zakona. Međutim, utvrđivanje postojanja zabranjenih koncentracija dosta je rijetka pojava u praksi Evropske komisije, odnosno sudova Evropske unije, i iz razloga postojanja mogućnosti da Komisija uvjetno odobri predmetnu koncentraciju pod uslovom provođenja posebnih mjera restruktuiranja ili praćenja ponašanja učesnika koncentracije, a koje su takve prirode da u potpunosti uklone prijetnju koju bi sporna koncentracija predstavljala za učinkovitu konkurenciju na tržištu.

Konkurencijsko pravo koje ćemo analizirati sadrži razvijenu praksu u području posebnih mjera u procesu kontrola koncentracija, odnosno kako obavezujuće pravne akte, tako i akte tzv. mekog prava („soft-law“), uključujući uputstva, obavještenja, odnosno smjernice najbolje prakse. Također, potrebno je ispitati u kojem opsegu je konkurencijsko pravo BiH, u predmetnoj oblasti, usklađeno sa relevantnim zakonodavstvom EU. U kontekstu BiH nužno je podsjetiti na Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu: „SSP“) kojeg je BiH potpisala sa Evropskim zajednicama 16. juna 2008. godine,* te ukazati na činjenicu da su relevantne odredbe koje se odnose na konkurencijsko pravo dio materije koja se počinje primjenjivati stupanjem na snagu Privremenog sporazuma (čl. 135 SSP-a), odnosno da obaveza o usklađivanju zakonodavstva iz relevantnih odredaba SSP-a „počinje danom potpisivanja ovog sporazuma (SPP-a, op.a.), a ne tek njegovim stupanjem na snagu“ (Meškić, 2012:71). U členu 70. SSP propisuje se općenita obaveza postepenog usklađivanja postojećeg zakonodavstva BiH za pravnom stečevinom EU u području konkurencijskog prava, do kraja određenog prijelaznog perioda (čl. 8 SSP-a). Značajno je ukazati i na član 71. SSP-a, odnosno 36. Privremenog sporazuma, koji uređuje materijalne aspekte prava konkurencije, odnosno određuje aktivnosti nespojive sa propisanim funkcioniranjem Sporazuma. U pogledu pravnog učinka navedenih odredaba, slažemo se sa mišljenjem da se u najmanju ruku može smatrati ispravnim stanovište o posrednom

* Vidi, čl. 12 Zakona o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07, 80/09). U daljem tekstu: „ZoK“).

* Vidi: Odluka o prihvatanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine i Privremenog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 5/08-1); Odluka o ratifikaciji Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 10/08-1).

učinku SPP-a, odnosno Privremenog sporazuma, koje bi barem zahtijevalo da tumačenje konkurencijskog prava bude usklađeno sa relevantnim pravom EU.*

Tržište u Bosni i Hercegovini prolazi i kroz proces sve veće liberalizacije, a koja će neminovno otvoriti tržišta oligopolske strukture za dalju privatizaciju, te gdje će institut koji će biti predmet ovog rada biti od iznimnog značaja. Stoga je vrijedno ispitati normativnu i strukturalnu pripremljenost BiH za primjenu kompleksnih instituta konkurencijskog prava poput posebnih strukturalnih i bihevijoralnih mjera - odnosno mjera restruktuiranja i mjera praćenja ponašanja učesnika koncentracija - u procesu kontrole koncentracija privrednih subjekata.

2. OPĆENITO O POSEBNIM MJERAMA

Za ovaj rad je značajno imati u vidu ograničeni domet konkurencijskog prava koji se može uvidjeti u tome što je njegova svrha relativno skromana, a to je sprečavanje, odnosno osuđivanje, protukonkurencijskog ponašanja privrednih subjekata. (Monti, 2007:2). Drugim riječima, svrha konkurencijskog prava ne ogleda se u visokom nivou državnog intervencionizma s ciljem “osiguravanja blagostanja svakog segmenta ekonomije, niti je osmišljeno da prisili ili stvori poticaje za kompanije da se ponašaju na način koji promovira ekonomsko blagostanje” (Monti, 2007:2). Ovo je značajno utoliko što nudi teorijsko ograničenje djelovanja supranacionalnih, pa i državnih organa, kojima je povjereno provođenje konkurencijskog prava, odnosno u području kontrole koncentracija, pa i po pitanju nametanja posebnih mjera, određujući njihov legitimni opseg.

Zabrana koncentracija, odnosno mjere sličnog dometa u kontroli kartela, najekstremniji su oblici intervencije u slobodno privređivanje privrednih subjekata, koje je moguće koristiti tek iznimno. Jedan od instrumenata koji se koristi za izbjegavanje tako drastičnih poteza jesu posebne mjere koje konkurencijska tijela mogu izricati kako u kontroli koncentracija, tako i u kontroli kartela. U teoriji ne postoji univerzalno prihvaćena definicija posebnih mjera, koja bi naročito izvršila delimitaciju njenog opsega, međutim Obavještenje o posebnim mjerama u kontekstu kontrole koncentracija nudi nam temeljnu ideju kada ističe: “Kada koncentracija stvara konkurencijske sumnje koje bi mogle značajno narušiti učinkovitu konkurenciju, naročito kao rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, strane mogu tražiti modifikaciju koncentracije s ciljem rješavanja konkurencijskih sumnji i tako dobiti odobrenje svoje koncentracije.”* Uz ovo jasno je da

* Vidi, npr: Siniša Rodin i Tamara Čapeta (2009). *Osnove prava Evropske unije*. Zagreb: Novi informator, str. 52. Također: Meškić, op.cit., passim. Ne treba zanemariti činjenicu da je konkurencijsko pravo BiH već u značajnoj mjeri harmonizirano sa pravom EU. Vidi, npr: “Izvještaj o radu konkurencijskog vijeća: 01. januar 2010. - 31. decembar 2010”, Sarajevo, februar 2011. (dostupno na: <http://www.bihkonk.gov.ba/ba/index.html>); “Mišljenje o usaglašenosti Zakona o konkurenciji sa *acquis communautaire*”, Direkcija za Evropske integracije, br. 03B-02 AA-1664-1/04, citirano prema Stjepo Pranjić (2010). “Neka divergentna prava tržišne konkurencije (ni)su podnošljiva na putu integracija: Primjer uređenja koncentracija u Zakonu o konkurenciji”. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Travniku, br. 1, str. 171, fusnota 7; Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2011., prilog uz Saopćenje Komisije Evropskom Parlamentu i Vijeću, 21.12.2011., SEC(2011)1206, str. 34 (“Zakon o konkurenciji je uglavnom u skladu sa *acquis-em* EU, ali ga treba dodatno uskladiti”).

* Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267, 22.10.2008, para. 5. Vidi, također: Council Regulation (EC) No 139/04 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ L

posebne mjere u kontroli kartela imaju sličnu namjenu, odnosno uklanjanje kršenja konkurencijskog prava, te pokušaj vraćanja u prvobitno stanje okolnosti učinkovite konkurencije na tržištu. Kao što će se pokazati u nastavku, najveći broj problematičnih koncentracija biva riješen upravo preko ovog instrumenta, dok je tek iznimno nužno primijeniti najdrastičnije mjere.* Predmet ovog rada jesu posebne mjere u postupku kontrole koncentracija, tako da posebne mjere u kontroli kartela neće biti predmet detaljnije analize.

2.1. Posebne mjere u kontroli koncentracija

Među temeljnim dokumentima u ovom pogledu javljala se, historijski, prva uredba o kontroli koncentracija, te prvo obavještenje o posebnim mjerama, dok su danas to nova uredba o kontroli koncentracija, uredba o provedbi uredbi o koncentracijama, nova uputa o posebnim mjerama, te smjernice najbolje prakse, odnosno modeli tekstova za posebne mjere divestiture, odnosno određivanja skrbnika. Posebno ćemo se osvrnuti na dokumente koji su najrelevantniji za samu proceduru u vezi posebnih mjera u kontroli koncentracija.* U pogledu Obavještenja o posebnim mjerama, u ovom radu ćemo se prvenstveno bazirati na novom obavještenju, s tim da ćemo na posebnim mjestima ukazati na relevantne izmjene.*

Osnovne odredbe o posebnim mjerama, u prvoj fazi postupka, sadržane su u čl. 6(2), dok čl. 8(2) Uredbe o koncentracijama br. 139/2004 (u daljem tekstu: "ECMR") sadrži odredbu o posebnim mjerama u drugoj fazi postupka. Tu je, između ostalog, propisano da Komisija donosi odluku kojom koncentraciju, koja je prethodno bila problematična, proglašava usklađenom sa zajedničkim tržištem, nakon što se uvjeri da su izmjene koje provedu učesnici koncentracije takve da koncentraciju čine dopuštenom, odnosno otklanjaju ozbiljne sumnje. Nadalje, propisuje se da Komisija uz svoju odluku može priložiti uvjete i obaveze kako bi osigurala da učesnici koncentracije poštuju preuzete obaveze. Ovo ujedno predstavlja operacionalizaciju odredbi iz paragrafa 30 preambule ECMR, koja sadrži i naznaku temeljnih principa ovog postupka:

24, 29.01.2004, para. 30; Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Arts 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.01.2003, čl. 7(1).

* Za statistiku do 31.10.2012, vidi: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>. Vidi, također: Nadia Calvino (2011). "When do Mergers Raise Concerns? An Analysis of the Assessment Carried out by the European Commission under the New Merger Regulation". *Journal of European Competition Law & Practice*, 2(6), str. 527.

* Vidi: Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings OJ L 395, 30.12.1989; Council Regulation (EC) No 139/04 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ L 24, 29.01.2004; Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 (2001/C 68/03); Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008/C 267/01); Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Arts 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.01.2003; DG Competition Best Practices on the conduct of merger control proceedings, 20.01.2004; Best Practice Guidelines: the Commission's model texts for divestiture commitments and the trustee mandate under the EC Merger Regulation, 2.5.2003; Commission Model Text for Divestiture Commitments, 2.5.2003; Commission Model Text for Trustee Mandate, 2.2.2003.

* S tim u vezi, vidi: Berg, *op.cit.*, str. 281. Vidi, također: Götz Drauz i Thomas Chellingsworth i Hertta Hyrkas (2010). "Recent Developments in EC Merger Control". *Journal of European Competition Law & Practice*, 1(1), str. 20.

Ako predmetni poduzetnici mijenjaju prijavljenu koncentraciju, nudeći da će preuzeti obaveze u cilju njenog usklađivanja sa zajedničkim tržištem, Komisija treba biti u mogućnosti proglasiti tu koncentraciju, u njenom izmijenjenom obliku, usklađenom sa zajedničkim tržištem. Preuzete obaveze trebaju biti proporcionalne problemu konkurencije i u potpunosti ga eliminirati. Također je uputno prihvatiti ponuđeno preuzimanje obaveza prije pokretanja postupka, ako se problem konkurencije može jasno utvrditi i lako riješiti. Treba izričito predvidjeti mogućnost da Komisija uz svoju odluku može priložiti uvjete i obaveze kako bi osigurala da dotični poduzetnici pravodobno i djelotvorno ispunjavaju svoje obaveze u cilju usklađivanja koncentracije sa zajedničkim tržištem. Tijekom cijelog postupka treba osigurati transparentnost i učinkovito savjetovanje između država članica kao i zainteresiranih trećih strana.*

U sljedećem paragrafu preambule daju se osnovne smjernice postupka za osiguravanje izvršenja obaveza i postupanja u slučajevima neispunjavanja. Tako se ističe da u slučaju provođenja koncentracije bez poštovanja obaveza, takva koncentracija se ima smatrati kao koncentracija provedena bez odobrenja, a u slučaju da je Komisija već utvrdila da su te obaveze nužne da bi tu koncentraciju uopće činile dopuštenom, onda Komisija, pored finansijskih sankcija, treba imati mogućnost izravne naredbe o poništenju koncentracije. Ove općenite naznake su konkretizovane u odredbama čl. 8(4) ECMR, gdje se ističe mogućnost poništavanja koncentracije u slučaju provođenja koncentracije protivno uvjetu uz odluku, čl. 8(5) ECMR, gdje se ističe mogućnost nametanja privremenih mjera u slučaju kršenja uvjeta uz odluku, odnosno čl. 8(6) ECMR, gdje se ističe mogućnost poništavanja odluke ako dođe do kršenja obaveza.

Pravna priroda posebnih mjera određuje i specifičnu ulogu Komisije u ovim procedurama, i to na način da ističe često njenu posebno snažnu ulogu u pregovaračkom procesu, odnosno mogućnost preciznog dizajniranja mjera, koji je približava standardnom regulativnom tijelu. Ovo se vidi i u njenoj ulozi kontinuiranog nadzora, naročito u nekim vrstama bihevijoralnih mjera. (Monti, 2007:209-291; Motta, Polo, Vasconcelos, 2007:626-627).

2.2. Opći principi

Iako ćemo pitanja procedure analizirati u posebnom poglavlju, na ovom mjestu treba općenito naznačiti, odnosno ponoviti, da je teret dokazivanja (ne)usklađenosti koncentracije sa zajedničkim tržištem na Komisiji, a pravo predlaganja posebnih mjera za činjenje problematičnih koncentracija usklađenim sa zajedničkim tržištem na učesnicima koncentracije, odnosno podnosiocu prijave namjere koncentracije.* Naravno, opet je na Komisiji teret ocjenjivanja da li predložena mjera predstavlja prikladan instrument ispravke svih prepoznatih problema.* Za opće principe koji rukovode Komisiju u odlučivanju o primjerenosti posebnih mjera, treba ukazati na sljedeći iskaz Obavještenja o posebnim mjerama:

U skladu sa Uredbom o koncentracijama, Komisija samo ima ovlaštenje da prihvati posebne mjere za koje smatra da su sposobne učiniti koncentraciju usklađenom sa zajedničkim tržištem tako da će spriječiti značajno narušavanje učinkovite konkurencije. Posebne mjere moraju eliminirati u

* Council Regulation (EC) No 139/04 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ L 24, 29.01.2004, para. 30.

* Vidi: Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008/C 267/01), para. 4-6. U daljem tekstu: "NR".

* Vidi: NR, para. 8.

potpunosti konkurencijske probleme i moraju biti obuhvatne i učinkovite iz svih tačaka gledišta. Nadalje, mora biti moguće implementirati posebne mjere učinkovito u kratkom vremenskom periodu jer uslovi konkurentnosti na tržištu neće biti održani dok se posebne mjere ne provedu.*

Moguće je iz ovoga prepoznati nekoliko principa koji su relevantni u primjeni posebnih mjera u proceduri kontrole koncentracija (ICN, 2005:3-5; Lyons, 2007:9). Prije svega jasno je da Komisija ne može jednostrano nametati posebne mjere učesnicima koncentracije u situaciji prijave namjere koncentracije - za to postoji prostor u drugim situacijama - već da jedino može odlučivati o prikladnosti mjera koje su same stranke ponudile. Ipak, kao što će postati jasno u dijelu o proceduri, izbor posebnih mjera najčešće je rezultat komunikacija, odnosno pregovora između stranaka i Komisije. Ovo posljednje se veže i za drugi princip, a to je da posebne mjere moraju biti prikladne i učinkovite, utoliko što će razriješiti sve dileme koje je Komisija istakla - utoliko je jasno da su mjere rezultat pregovora ta dva subjekta. Dalji princip se tiče načina implementacije mjera, utoliko što moraju biti izabrane mjere koje su pogodne za učinkovitu primjenu u kratkom vremenskom periodu. Ovaj princip također znači, kao što će se vidjeti u nastavku, da Komisija preferira one posebne mjere koje je lakše i jeftinije nadzirati (tj. strukturalne). Komisija je naročitu pažnju uložila na ispravke grešaka u izboru i primjeni mjera u periodu nakon usvanjaja prve Uredbe iz 1989., a rezultat analize prakse jeste i Studija o posebnim mjerama za period 1996-2000, u kojoj su prepoznati brojni nedostaci, čak i kod primjene strukturalnih mjera. (Papandropoulos, Tajana, 2006:443)

Jedan od veoma bitnih, iako zbog (ne)primjene, često kontroverznih principa jeste onaj proporcionalnosti, odnosno ideje da mjere ne trebaju ići dalje od onoga što je neophodno za uklanjanje sumnji u usklađenost koncentracije sa zajedničkim tržištem (Wang, 2011:3). Kao što će se vidjeti u nastavku, iako u teoriji ne postoji jasan stav o tome ko ima jaču poziciju u pregovorima o posebnim mjerama - učesnici koncentracije, jer oni predlažu, ili Komisija jer ona prihvata (Monti, 2007:290-291) - postoji opće shvatanje da često stranke, iz neznanja ili razloga bržeg odlučivanja Komisije, često predlažu mjere koje prelaze ono što je bilo neophodno, a što u konačnici čak može biti negativno po tržišnu strukturu, odnosno faktore učinkovitosti. Ovo posljednje je naročito kontroverzno ako predstavlja nešto na čemu je sama Komisija insistirala u pregovorima sa strankama. U takvim se situacijama stranke ne mogu žaliti na odluku Komisije - ipak su one predložile te mjere - te ostaje nejasno na kome je osiguranje poštovanja ovog principa.* Ipak, Komisija je istakla nekoliko faktora koji, po njoj, minimiziraju prepoznate rizike neproporcionalnih mjera. Tako se navode pregovori koji se održavaju između stranaka još prije prijave namjere koncentracije, zatim pažljivo i nezavisno utvrđivanje opasnosti po tržište, da bi se izbjeglo preveliko oslanjanje na uzbune koje dižu konkurenti, kao i činjenica da mjere na kraju uvijek predlažu same stranke. Pored toga se navode i različite vrste internih i

* NR, para. 9 (naglasak dodat; bez internih referenci).

* Vidi, ipak presudu: *Cementbouw Handel, T-282/02 (2006) ECR II-319, para. 308 (ističe se da je proporcionalnost ograničenje za Komisiju, ali ne i za stranke)*. Vidi, također: *Maurice de Valois Turk (2012). "Merger Remedies beyond the Competition Concern: When Could You End up Giving More?" Journal of European Competition Law & Practice, str. 2.*

eksternih kontrola, odnosno mogućnost zaustavljanja vremenskih rokova s ciljem omogućavanja fleksibilnijeg pristupa u pregovorima o mjerama.*

2.3. Taksonomija posebnih mjera

U teoriji konkurencijskog prava ne postoji jedinstveno mišljenje oko podjele, odnosno kategorizacije posebnih mjera. To je moguće vidjeti i na praksi same Komisije, koja je od tradicionalne podjele posebnih mjera u prvom Obavještenju o posebnim mjerama, odstupila kasnije, te prihvatila fleksibilniji pristup.* Također, u literaturi se ističe da je poželjno gledati vrste učinaka koje bi proizvodila namjeravana koncentracija, odnosno mjere prikladnije za njihovo uklanjanje, za razliku od tradicionalne podjele (Went, 2006:464-475; Petit, 2010:31). Ipak, u ovom radu mi kao okvir uzimamo tradicionalno shvatanje posebnih mjera, koje je još uvijek kao takvo predominantno zastupljeno u stranoj i domaćoj literaturi, te je ujedno i korisno kod analize preferencije Komisije prema pojedinim tipovima mjera, s tim da na posebnim mjestima ukazujemo i na sva nova shvatanja.

U ekonomskoj teoriji se posebne mjere obično dijele u odnosu na njihove posljedice na imovinu; odnosno, gleda se da li te mjere imovinu samo prenose ili pak ograničavaju njeno korištenje (Papandropoulos, Tajana, 2006:444). Posebne mjere u kontroli koncentracija u pravnoj literaturi se tradicionalno dijele na strukturalne (“structural”) i bihevijoralne (“behavioural”), ili pak ne-strukturalne mjere, (ICN, 2005:7; Motta, Polo, Vasconcellos, 2007:606; Davies, Lyons, 2007:13; Monti, 2007:283; Kaufman, Akšamović, Pošćić, 2010:974) s tim da se čitava grupa strukturalnih mjera često navodi i pod izrazom “divestiture” (“prodaja (dijela društva)”), što nije precizno budući da je to uistinu samo najdominantniji tip strukturalnih mjera. Kao razlog za ovo često se navodi i još uvijek postojeći utjecaj nekad dominantne paradigme “structure-conduct-performance” tzv. harvardske škole (Davies, Lyons, 2007:14; Monti, 2007:57). Kao okvirno razumijevanje ove dvije grupe posebnih mjera možemo navesti shvatanje iz komparativne studije o posebnim mjerama ICN-a:

Strukturalne mjere su općenito jednokratne mjere koje namjeravaju uspostaviti konkurentne tržišne strukture. Bihevijoralne mjere su tipično kontinuirane mjere koje su osmišljene da modifikuju ili ograniče ponašanje učesnika koncentracije (u nekim jurisdikcijama, bihevijoralne mjere se općenito nazivaju “mjere ponašanja”). Neke mjere, poput onih koje se odnose na pristup pravima intelektualnog vlasništva, naročito je teško kategorizirati po ovom osnovu. Učinkoviti paket mjera sadrži i strukturalne i bihevijoralne elemente (ICN, 2007:7; Went, 2006:455-485).

Evropska komisija je već u svojoj Studiji o posebnim mjerama za period 1996-2000, izvršila specifičnu klasifikaciju posebnih mjera, što nije bilo u skladu sa tadašnjim Obavještenjem o posebnim mjerama koje tada još uvijek govorilo o strukturalnim i bihevijoralnim mjerama. Tako se u Studiji navode tri vrste mjera, s obzirom na očekivane

* Također, u literaturi se navode i slučajevi gdje je Komisija izdavala bezuvjetne odluke o usklađenosti sa tržištem i pored toga što su same stranke predložile posebne mjere - vidi, npr. Davies/Lyons, op.cit., str. 34, fusnota 8. Vidi, također: NR, para. 84.

* Ipak, ističe se da sama Uredba nije negativno odredila po ovom pitanju - vidi: Jasminka Pecotić Kaufman i Dubravka Akšamović i Ana Pošćić (2010). “Strukturalne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u Europskom i Hrvatskom pravu tržišnog natjecanja”. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 31(2), str. str. 973.

učinke: a) prenos tržišne pozicije (dalje se dijeli na: divestituru kontrolnog udjela u društvu; divestituru poslovne jedinice; divestituru imovine koja uključuje u sebi imovinu više od jedne stranke; divestituru ili davanje dugotrajne isključive licence); b) izlaz iz zajedničkog poduhvata; c) dopuštenje pristupa (dalje se dijeli na: pristup infrastrukturi ili tehničkim platformama; pristup tehnologiji kroz licence ili druga prava intelektualnog vlasništva; prestanak isključivih vertikalnih ugovora); te d) (mali broj) drugih mjera.* U literaturi se ovo tumači kao napuštanje striktno formaliziranog pristupa Komisije (Papandropoulos, Tajana, 2006:444) odnosno kao reakcija Komisije na obiter dictum Suda prve instance koji nije prethodnoj klasifikaciji dao naročiti značaj.* Iz navedene klasifikacije, koja je kasnije preuzeta i u novo Obavještenje o posebnim mjerama, moguće je primijetiti da se mjere pod a) i b), ugodno smještaju u tradicionalnu klasifikaciju strukturalnih mjera. Problem nastaje sa davanjem dugotrajne isključive licence (pod a)), odnosno nekih mjera iz c), od kojih se pojedine mogu ubrojati i u tzv. kvazi-strukturalne mjere, na što je upozoravala i citirana studija ICN. Ipak, kao što smo istakli na početku, zbog dominantnog trenda u literaturi, odnosno činjenici da Komisija, kao što će biti pokazano u nastavku, još uvijek izričitu prednost daje jednoj vrsti mjera - odnosno onoj koja se tradicionalno naziva “strukturalne” mjere - u radu pratimo klasičnu taksonomiju.

Na ovom mjestu treba nešto ukratko reći i o korištenju relevantne terminologije iz ovog polja. Samo imenovanje ovih mjera na našem jeziku nije lako učiniti, te se također koriste najbliži (opisni) ekvivaleni, poput “mjera restrukturiranja koncentracija”, “mjera praćenja ponašanja učesnika koncentracija”, odnosno “mjere praćenja poslovanja” (Cerovac, 2010:141; Akšamović, 2008). Zbog jednostavnosti, usklađenosti sa predominantnom literaturom o konkurencijskom pravu EU, odnosno, kako ćemo vidjeti, potpunog odsustva bilo kakvih smjernica u konkurencijskom pravu BiH, u radu najčešće koristimo izraze “strukturalne” i “bihevijoralne” mjere, uz gornju naznaku njihovih jezičkih ekvivalenata. Također, koristimo i izraz „divestitura“ u već naznačenom značenju originalnog pojma („divestiture“).

2.4. Strukturalne mjere

Kada predložena koncentracija prijete da značajno naruši učinkovito tržišno natjecanje “najefektivniji način održavanja učinkovite konkurencije, osim zabrane (koncentracije - op.a.), jeste stvaranjem uslova za nastanak novog konkurentnog entiteta ili za ojačavanje postojećih konkurenata kroz prodaju od strane učesnika koncentracije”. Nastanak takvog “novog konkurentnog entiteta”, koji će ostvarivati dovoljan konkurentni pritisak na koncentrirana društva, najlakše je ostvariti strukturalnim mjerama, odnosno naročito prodajom dijela društva, odnosno društava, koja se spajaju (Akšamović, 2008:1051; Kaufman, Akšamović, Pošćić, 2010:981). I nestrukturalnim, odnosno bihevijoralnim mjerama, može se utjecati na nastanak takvog novog konkurentnog entiteta time što će se olakšati ulazak na tržište takvog subjekta, odnosno tako što će se ukloniti

* Vidi: *Merger Remedies Study*, DG COMP, European Commission, oktobar 2005, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, str. 17-20. Među “drugim” mjerama se navode “one usmjerene na prekidanje utjecaja učesnika koncentracije na konkurenta, one koje su usmjerene na razdvajanje dva kolektivno dominantna konkurenta, te jedan koji se odnosio na povlačenje brenda sa tržišta” (para. 38).

* Vidi presudu: *Gencor*, 102/69 (1999) ECR II-753, para. 319.

postojeće prepreke za njegovo ustanovljavanje na tržištu (Cerovac, 2010:141-142; Whish, 2009:875-876; Monti, 2007:283-286).

2.4.1. Divestiture

Temeljno pravilo jeste da društvo koje se prodaje treba biti u obliku održivog poslovanja, koje na dugoročnoj osnovi može predstavljati učinkovit konkurentni pritisak na koncentrisano društvo, budući da se samo na taj način može riješiti prepoznati problem koncentracije. Ovo dalje znači da se u poslovanje mora uključiti imovina - kako materijalna, tako i nematerijalna, odnosno licence, dozvole, ugovori, podaci o potrošačima i sl. - i ljudstvo koji doprinose održivosti i konkurentnosti društva. Da bi se ovo posljednje moglo precizno odrediti, učesnici koncentracije moraju u okviru preuzetih obaveza uključiti definiciju opsega poslovanja koje se prodaje, odnosno tzv. "opis poslovanja". Ukoliko ne utječe na nezavisnost društva, a nužno je za njegovu održivost, opis poslovanja mora uključiti i odredbe o dobavljanju proizvoda i usluga društvu koje se prodaje, u prelaznoj fazi. Nadalje, budući da se mora prodati održivo društvo, nije dopušteno, osim u tzv. "fix-it-first" slučajevima, da se u određivanju potrebne imovine, ljudstva i sl., u obzir uzimaju eventualni resursi budućeg kupca. Ukoliko se, pak, pokaže prilikom same kupovine da kupcu nije potrebna određena imovina, odnosno osoblje, u toj fazi je moguće tu imovinu, odnosno osoblje, isključiti iz divestiranog paketa. To, naravno, odobrava Komisija, po zahtjevu stranaka, i to kada utvrdi da to neće utjecati na održivost, odnosno konkurentnost prodavanog društva. Obavještenje o posebnim mjerama naročito ističe da se u prodaju može zahtijevati i uključivanje "aktivnosti koje su povezane sa tržištima gdje Komisija nije identifikovala konkurencijske probleme, ako je to potrebno da bi se stvorio učinkovit konkurent na zahvaćenim tržištima" (Motta, Polo, Vasconcelos, 2007:608). Također, da bi ova posebna mjera bila učinkovita obično uključuje u sebi klauzulu o zabrani ponovnog preuzimanja prodatog dijela društva, odnosno imovine, prava intelektualne svojine i sl., u periodu od općenito 10 godina, s tim da Komisija ističe da čak i ako ta klauzula nije izričito predviđena, ima se smatrati da ona prešutno postoji, t.j. suprotno bi kršilo pretpostavljenu obavezu učesnika koncentracije da ne djeluju protiv učinkovitosti posebne mjere.

Da bi se ostvario zahtjev za stvaranjem održivog i konkurentnog društva, jasno je da Komisija preferira da se prodaje društvo, odnosno grupa društava, ili pak dio društva (poput odjeljka), koji već funkcionišu kao samostalne cjeline ("stand-alone business") (Went, 2006:446). Ovo, međutim, često nije moguće ostvariti, te je neophodno to učiniti drugim putevima, poput izdvajanja dijela društva koje ima snažne veze sa učesnicima koncentracije, odnosno s njima je djelimično integrirano ("curve-out"), te to pridodati prodanom društvu da bi ga se učinilo održivim. Zbog navedenog je jasno da je taj postupak, zbog kompleksnosti, potrebno otpočeti već u periodu od usvajanja odluke Komisije do momenta prodaje, a sve da bi se pokušalo ustanoviti održivo i konkurentno društvo, od "odsjećenog dijela". Ovaj postupak može postojati i u suprotnoj situaciji, odnosno kada je, često zbog zahtjeva proporcionalnosti, od prodatog društva potrebno izdvojiti neke dijelove, te ih vratiti učesnicima koncentracije (tzv. "reverse carve-out"). Komisija iznimno može prihvatiti da se paket koji se prodaje sastoji samo iz kombinacije imovine, koja može dolaziti i iz različitih društava, te brendova i drugih prava intelektualnog vlasništva, tek ako postoji dovoljno sigurnosti da će to poslovanje biti odmah održivo u rukama kupca. Komisija sa značajnom rezervom gleda na transakcije

koje se u literaturi opisuju kao “mix-and-match”, a koje se sastoje u prodaji tek određenih dijelova oba učesnika koncentracije, pojedinačne imovine ili brendova već postojećem konkurentu na tržištu, odnosno gdje održivost i konkurentnost prodanog društva zavisi od imovine koje se prodaje, ali i imovine kupca, (Motta, Polo, Vasconcelos, 2007:609; Kaufman, Akšamović, Pošćić, 2010:986) te će ih u pravilu odobravati jedino ukoliko takva imovina predstavlja “logičnu ekonomsku cjelinu, iz koje može nastati “novi poduzetnik”, a ne skup međusobno nepovezanih dobara” (Kaufman, Akšamović, Pošćić, 2010:986).

Već smo istakli ranije da strukturalne mjere ne moraju uključivati samo prodaju društva, već da je to moguće učiniti i prijenosom nekih prava intelektualne svojine - ove mjere se, zbog toga, negdje nazivaju i kvazi-strukturalnim. Jedna od takvih mjera jeste i prijenos isključive, vremenski ograničene, licence za brend, s ciljem da se u tom periodu izvrši re-branding proizvoda, odnosno da se u konačnici izvrši prijenos potrošača sa licenciranog brenda na novi, bez da se prvobitni brend trajno prenosi novom društvu. Da bi ovo bilo ostvarivo, a imajući u vidu da ova mjera sa sobom nosi puno više rizika nego prodaja društva, mora se ispuniti niz uslova, od kojih se u Obavještenju o posebnim mjerama ističu sljedeći: a) brend koji se prenosi mora biti dobro poznat; b) možda bude nužan i dio imovine u vezi s proizvodnjom i distribucijom proizvoda koji se reklamiraju pod licenciranim brendom, odnosno prenešenim know-how; c) licenca mora biti isključiva i, u pravilu, obuhvatna; te d) period licence, odnosno perioda u kojem se prvobitni brend ne može koristiti (tzv. “blackut phase”), mora biti dovoljno dug da bi se ostvarili željeni rezultati.

Komisija naročito razmatra situaciju u kojoj i pored značajne nesigurnosti u uspješnost predložene mjere, npr. nesigurnosti da će postojati kupac za društvo koje se prodaje, učesnici koncentracije ipak insistiraju na predloženoj mjeri. U takvom slučaju Komisija će pristati na takvu mjeru samo uz ispunjenje dodatna dva uslova: a) prva bi divestitura predstavljala održivo poslovanje, da nema nesigurnosti; te, b) stranke moraju predložiti drugu alternativnu divestituru koju će stranke morati provesti u slučaju neuspjeha provedbe prve opcije u zadatom vremenskom roku, s tim da druga divestitura mora biti barem jednako kvalitetna kao prva, te mora postojati mogućnost brzog provođenja (tzv. “crown jewel”) (Cerovac, 2010:101).^{*} Sve obaveze o održanju nezavisnosti prve opcije, poput tzv. “hold-separate” dužnosti, moraju se provoditi i na alternativnu, da bi se kasniji prijenos, ukoliko se pokaže potrebnim, mogao provesti što učinkovitije.

Konačno, da bi se uklonile veze sa konkurentima, može biti nužno prodati manjinsko učešće u kapitalu konkurenta, odnosno manjinsko učešće u zajedničkom poduhvatu. Izuzetno Komisija može dopustiti zadržavanje takvog učešća ukoliko utvrdi da sama finansijska korist koja se dobija takvim učešćem ne stvara konkurencijske probleme, odnosno da je praćena trajnim i obuhvatnim mjerama uklanjanja veza s konkurentom (odustajanja od prava veta, zastupljenosti u odborima, prava na informisanje i sl.).

2.4.1.1. Opće karakteristike kupca

Uspješnost divestitura zavisi od brojnih faktora, ali jedan od najznačajnijih jeste ispravan odabir kupca. Ono na što se ukazuje u ekonomskoj teoriji, odnosno na što ukazuje i sama Studija o posebnim mjerama, jeste da učesnici koncentracije nemaju nikakvog

^{*} Inače, Cerovac ovaj institut naziva odredbom o “krunskom dragulju”

poticaja za pronalaženjem najboljeg kupca, odnosno kupca koji im predstavlja, ili bi nakon kupovine predstavljao, značajnog konkurenta (Papandropoulos, Tajana, 2006:448-450; Monti, 2007:283; Akšamović, 2008:1053). S obzirom na ovo Komisija je u Obavještenju o posebnim mjerama istakla neke opće odlike kupca koje se moraju zadovoljiti da bi on bio prihvaćen.

Među općim odlikama prihvatljivog kupca naznačavaju se sljedeće: a) kupac mora biti nezavistan i nepovezan sa učenicima koncentracije; b) kupac mora imati dovoljna finansijska sredstva, odnosno biti općenito sposoban da stvori održiv i aktivan konkurentski pritisak na tržištu; te c) koncentracija prodavanog dijela društva i kupca sama ne smije biti takva da stvara nove konkurencijske probleme. S tim u vezi moguće je identificirati tri načina na koja se može izvršiti prijenos poslovanja na novog kupca: a) u fiksnom roku nakon odluke Komisije; b) tzv. “up-front-buyer” opcija; te c) tzv. “fix-it-first” opcija.

Prva opcija se najčešće i koristi, i to kada već postoji određeni broj zainteresovanih potencijalnih kupaca. Druga opcija, prvi put upotrebljena u predmetu Bosch/Rexroth,^{*} koristi se u situacijama kada postoji nesigurnost u pogledu mogućnosti pronalaska adekvatnog kupca, ili kada postoje druge prepreke poput prava trećih lica. U tom slučaju učenici koncentracije se obavezuju da neće provesti koncentraciju sve dok ne pronađu adekvatnog kupca. Ovo posljednje treba da predstavlja poticaj za stranke da ulože dodatne napore na pronalasku takvog kupca, jer tek potom mogu provesti namjeravanu koncentraciju (Motta, Polo, Vasconcelos, 2007:618; Kaufman, Akšamović, Pošćić, 2010:985). Treća opcija se koristi u specifičnim situacijama gdje se pokazuje kao naročito problematično pronalaženje prikladnog kupca, ili gdje je poslovanje koje se prodaje održivo samo ako ga preuzme određena vrsta kupca. Stoga, u trećem slučaju, osnovi ugovora o prodaji zaključuju se već u samoj fazi kontrole koncentracija, te ukoliko takav ugovor Komisija odobri provođenje koncentracije može se završiti ubrzo nakon što Komisija objavi svoju odluku. Osnovno razlikovanje “up-front” i “fix-it-first” opcija jeste što se u prvoj odmah ne zna identitet kupca, iako i u jednoj i u drugoj opciji koncentracija ne može biti provedena dok se sa takvim kupcem ne zaključi pravno obavezujući ugovor o kupoprodaji, naravno odobren od Komisije.

2.4.1.2. Manjkavosti strukturalnih mjera

Razlozi koji vode preferiranju strukturalnih mjera čine se očitim: one trajno uklanjaju prepoznate probleme, te to čine učinkovito, uz veoma mali trošak za samu Komisiju, te po svojoj prirodi ne zahtijevaju dogotrajno nadgledanje. Ipak, kategoričnost ovog stava sve se više dovodi u sumnju. Tako se ističu brojne manjkavosti strukturalnih mjera, ukazuje se da pogodnosti koje dolaze sa strukturalnim mjerama i nisu ostvarive u mjeri u kojoj se to čini, te da u konačnici insistiranje na njima čak može biti kontraproduktivno za učinkovitu tržišnu konkurenciju.

Studija o posebnim mjerama ističe poražavajuće efekte strukturalnih mjera u analiziranom periodu (1996-2000). Ukoliko se efikasnost takvih mjera, naročito divestitura, shvati kroz opstanak novog društva na tržišnu kao efikasnog konkurenta tokom određenog nadgledanog perioda (u ovom slučaju tri do pet godina), pokazuje se da su takve mjere bile uspješne tek u 56% slučajeva, odnosno bile djelimično učinkovite u 25%

^{*} Predmet COMP/M.2060, Bosch/Rexroth, 12.01.2001.

slučajeva! Kao što je ispravno primjećeno u literaturi, stvari su još i gore ukoliko se analiziraju parametri tržišnih udjela, a ne samo prisustva na tržištu (Papandropoulos, Tajana, 2006:446; Davies, Olczak, 2010:84). Analiza pokazuje da je tržišni udio divestiranog društva, tokom analiziranog perioda, smanjen u 44% slučajeva, odnosno ostao stabilan u 34% slučajeva.

Jedan od ključnih problema strukturalnih mjera proizilazi iz asimetričnosti informacija i strateškog ponašanja. Asimetričnost proizilazi iz činjenice što je prodavac u povlaštenoj poziciji naspram Komisije u odnosu na podatke o svom društvu, o dijelovima i aspektima tog društva koji su ključni za njegov uspjeh, te da uvijek postoji problem da Komisija može pristati na divestiture dijelova društva koja nisu sposobna kao takva da prežive na tržištu, ili kojima nisu prirodni i drugi nužni dijelovi društva. Kao što je već spomenuto, opasnost od ovoga pak često vodi Komisiju da zahtijeva u divestiturama puno više nego što je potrebno, što može voditi povredi principa proporcionalnosti (Turk, 2012), a što nadalje može voditi općenitom gušenju poticaja za društva da se uopće koncentriraju (radi tzv. “over-fix” problema). Strateško ponašanje proizilazi iz toga što prodavac i kupac dobijaju prostor za razgovore o kasnijim koluzivnim djelovanjima, tokom pregovora o procesu divestiture, odnosno ispravno se ukazuje da je pogrešna pretpostavka da je kupac uvijek na strani Komisije, odnosno za stvaranje učinkovite tržišne konkurencije (Papandropoulos, Tajana, 2006:448) Istovremeno, kritikuje se općeniti negativni stav prema bihejvijoralnim mjerama, te se ukazuje da nadziranje ne mora biti ni skupo, ni neučinkovito, naročito u onim sektorima gdje svakako već postoji regulatorna intevencija države (Papandropoulos, Tajana, 2006:448; Motta, Polo, Vasconcelos, 2007:618).

Wang ukazuje na još jedan značajan aspekt ove rasprave, naime na diskrepanciju u tretiranju dominantnog položaja s aspekta kontrole koncentracija i kontrole kartela. Već smo istakli činjenicu da samo stvaranje dominantnog položaja, koje ne uključuje koncentriranje, nije kao takvo zabranjeno, ali da zbog opasnosti koju inherentno nosi sa sobom biva predmetom kontrole u obliku zabrane zloupotrebe dominantnog položaja (čl. 102 TFEU). S tim u vezi Wang se pita sljedeće: ukoliko efekte učinkovitosti koji nastaju koncentracijama, a koji imaju pozitivne efekte za potrošače, zaista uzimamo za ozbiljno, da li je zabrana koncentracija koje sa sobom donose takve učinkovitosti uvijek najbolje rješenje? (Wang, 2001:589-590). Ukazujući na studije same Komisije po kojoj strukturalne mjere nisu imale željene učinke, odnosno na druge studije koje su pokazale da je razbijanje društava sa dominantnim položajem imalo negativne učinke na potrošače, Wang dolazi do zaključka da bi trebalo promisliti odnos prema strukturalnim mjerama u kontroli koncentracija. Drugim riječima, on sugerše da bi samo u kranjim slučajevima trebalo nametati strukturalne mjere, te da se protiv negativnih učinaka dominantnog položaja treba boriti prevashodno kroz odredbe o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja, instituta kojeg treba još unaprijediti. Suočen sa poznatim dilemama i problemima kod primjene čl. 102 TFEU, Wang ukazuje da povoljnosti za potrošače, dobijene kroz efekte učinkovitosti, prevažu nad drugim negativnim aspektima ovog pristupa. Čak, šta više, Wang kao moguću reformu preporučuje da se nametanje strukturalnih mjera odloži do onog trenutka kada se pokaže da je koncentrirano društvo prekršilo odredbe zaključujući zabranjeni sporazum (čl. 101 TFEU), odnosno zloupotrijebilo dominantni položaj (čl. 102 TFEU) (Wang, 2001:589-

596). Promjena paradigme u razmatranju posebnih mjera svakako je vidljiva i u Studiji o posebnim mjerama, odnosno u novom Obavještenju o posebnim mjerama.*

2.4.2. Bihevijoralne mjere

Iz prethodnih izlaganja, kao i iz pregleda općih principa u proceduri posebnih mjera, jasno je da Komisija daje prednost strukturalnim mjerama, uz isticanje da “posebne mjere koje se odnose na buduće ponašanje učesnika koncentracije mogu biti prihvatljive samo izuzetno u veoma specifičnim okolnostima” (Ezrachi, 2006:459). Istovremeno, druge vrste mjera nisu isključene, naročito u situaciji kada, zbog specifičnosti strukture društva, strukturalne mjere nisu izvodljive.* S tim u vezi Komisija naglašava da može prihvatiti druge vrste posebnih mjera (nestrukturalne), ali samo u okolnostima kada je druga ponuđena posebna mjera barem istovjetna u posljedicama divestituri. Istina je, međutim, da će se najčešće ovakve mjere kombinirati sa strukturalnim mjerama.* Komisija također ističe da nije moguće unaprijed propisati vremensko trajanje takvih nestrukturalnih mjera, te da će se to morati određivati u svakom pojedinačnom slučaju. Među takvim ne-strukturalnim mjerama, kojima se utječe na buduće ponašanje učesnika koncentracije, naročito se navode sljedeće: mjere dopuštanja pristupa, te mjere izmjene dugotrajnih ekskluzivnih ugovora (uz naznaku i “ostalih” mjera). Treba ponoviti, međutim, da i određene bihevijoralne mjere mogu imati trajne posljedice na strukturu tržišta, odnosno da delimitacija između dvije vrste posebnih mjera nije najočitija (Went, 2006:456-458).* Također, kao što je već istaknuto, bihevijoralne mjere javljaju se i u proceduri kontrole kartela, ali ističe se da je u proceduri kontrole koncentracija Komisija slobodnija u određivanju ovih mjera, odnosno da ne mora ispunjavati sve uslove da bi ih izrekla/prihvatila (npr. pristup tzv. „essential facilities“) (Monti, 2007:286).

Kao najznačajnije bihevijoralne mjere navode se mjere omogućavanja prisupa (tzv. “access remedies”), kojima se, kao što im samo ime sugerije, dopušta pristup ključnoj infrastrukturi, mrežama, tehnologiji, patentima, pravima intelektualne svojine i sl., na nediskriminatorskoj i transparentnoj osnovi. (Paas, 2006:210-212). Ove mjere naročito za cilj imaju olakšavanje ulaska konkurenata na tržište, odnosno otklanjanja problema kod spriječavanja tržišnog natjecanja (tzv. “forclosure”), koje naročito nastaje kao posljedica vertikalnih koncentracija. Zbog kompleksnosti ovih mjera, njihovom osmišljavanju se mora pristupati s naročitom požnjom (Baker, Woodgate 2006:409-410), posebno u odnosu na njihovo nadziranje, koje se obično povjerava samim učesnicima na tržištu, uz prikladne

* Vidi: *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 (2001/C 68/03), para. 13* (“[N]ajučinkovitiji način obnavljanja učinkovite konkurencije, osim zabrane, jeste stvaranje uslova za nastanak novog konkurentnog entiteta ili za jačanje postojećih konkurenata kroz divestiture”). Istovremeno, *Obavještenje o posebnim mjerama iz 2008, ispušta ovo stanovište, odnosno zamjenjuje ga sa drugim koji nije tako kategoričan. Vidi: NR, para. 13.*

* Vidi, npr.: *presudu Telia/Sonera, 52/09 (2011) ECR, para. 117-119; slučaj COMP/M.2876, Newscorp/Telepiu, 2.04.2003, para. 222-261; slučaj COMP/M.2530, Südzucker/Saint Louis Sucre, 20.12.2001, para. 152, 157; slučaj COMP/M.3570, Piaggio/Aprilia, 22.11.2004, para. 63-66.*

* Vidi, npr.: *slučaj COMP/M.190, Nestle/Perrier, 22.07.1992; slučaj COMP/M.430, Procter & Gamble/Schickedanz, 17.01.1994; slučaj COMP/M.623, Kimberley-Clark/Scott Paper, 16.01.1996.*

* Vidi: *slučaj COMP/M.1795, Vodafone Airtouch/Mannesmann, 12.04.2000, para. 60; slučaj COMP/M.2050, Vivendi/Canal+/Seagram, 13.10.2000, para. 79; slučaj COMP/M.2947, Verbund/EnergieAllianz, 11.06.2003, para. 162; slučaj COMP/M.3280, Air France/KLM, 11.02.2004, para. 154.*

mehanizme za rješavanje sporova - potput arbitraža. Ističe se da ukoliko ovo posljednje bude uspješno sprovedeno, trajno nadziranje provođenja posebne mjere od strane Komisije neće biti potrebno, osim u situaciji kada se učesnici na tržištu ne pridržavaju odluka takvih tjela za rješavanje sporova.

Mjere izmjene dugotrajnih ekskluzivnih ugovora, koje mogu rezultirati i njihovim potpunim uklanjanjem, moguće su samo kao dijelovi šireg paketa posebnih mjera, kojima je cilj da uklone izgledno spriječavanje tržišnog natjecanja na uzlaznim (u odnosu na konkurente) ili nizlaznim tržištima (u odnosu na potrošače). Komisija ističe, međutim, da dostupni dokazi moraju pokazivati da se takvi ekskluzivni ugovori neće održati ni u praksi, odnosno de facto. Što se tiče ostalih vrsta nestrukturalnih mjera, naročito obećanja budućeg ponašanja, Komisija ističe da je veoma skeptična prema njima, odnosno da ih može ispitivati “samo izuzetno u specifičnim okolnostima, kao na primjer u odnosu na konkurencijske probleme koji nastaju u konglomeratskim strukturama”.

3. POSEBNE MJERE U KONKURENCIJSKOM PRAVU BIH

U literaturi se ističe da posebne mjere “predviđaju propisi svih država koje provode nadzor koncentracija i suvremenu politiku tržišnog natjecanja”(Kaufman, Akšamović, Pošćić, 2010:971; Dabbah, Lasok, 2006; Lasok, 2008). Nemamo razloga da dovodimo u sumnju takav općeniti zaključak, iako će postati jasno iz našeg izlaganja da samo postojanje naznake normativnog osnova ne znači i primjenjivanje tog bitnog instituta, odnosno njegovu operacionalizaciju u praksi. Kao što je već sugerisano, ZoK sadrži veoma šture odredbe o posebnim mjerama, kako u proceduri kontrole kartela, tako i u proceduri kontrole koncentracija. Kao što smo već istakli, u tome nije jedinstven: ECMR također sadrži relativno šture odredbe, odnosno ne pravi klasifikaciju posebnih mjera. Naravno, to se kompenzira na druge načine, naročito kroz Uredbu br. 802/2004, odnosno nekoliko važnih instrumenata mekog prava na koje smo već ukazali. Što se tiče ZoK, prvobitno možemo spomenuti čl. 1, koji određuje predmet Zakona, a u kojem se ističe da se Zakonom uređuju, između ostalog, i mjere zaštite tržišnog natjecanja. U zakonu koji inače sadrži šezdeset i jedan član, posebne mjere (ne)posredno uređuje devet članova. U nastavku ćemo pogledati način na koji se uređuje pitanje posebnih mjera u polju kontrole koncentracija.

3.1. Posebne mjere u kontroli koncentracija

Posebne mjere u kontroli koncentracija uređene su u četiri člana. Općenito, uz rezerve na koje ćemo ukazati u nastavku, moglo bi se tvrditi da ZoK ostavlja mogućnost propisivanja posebnih mjera nakon pregovora sa strankama, odnosno jednostrano nametanje posebnih mjera od strane Vijeća.

Najznačajnija odredba sadržana je u čl. 18, koji uređuje rješenja o koncentracijama, a gdje je propisano da Konkurencijsko vijeće nakon završetka postupka može donijeti rješenje, između ostalog, i kojim se “koncentracija ocjenjuje uslovno dopuštenom”, odnosno da se u takvom rješenju određuju mjere, uslovi i rokovi njihovog ispunjavanja. Nadalje, ističe se da učesnici koncentracije u takvom slučaju, osim ako Vijeće “iz naročito opravdanih zahtjeva ne utvrdi drugačije”, mogu nastaviti sporovođenje koncentracije tek nakon ispunjavanja propisanih mjera, uslova i rokova. Konačno, ističe se da Vijeće po službenoj dužnosti, odnosno na zahtjev stranke, može izmijeniti rješenje o uslovno

dopuštenoj koncentraciji “kada stranke ne mogu ispuniti neke od uslova ili krše neku od mjera određenu rješenjem Konkurencijskog vijeća, zbog okolnosti koje se nisu mogle predvidjeti i izbjeći i koje ne zavise od volje stranaka”.

Odredba člana 42, kojim se propisuju upravni akti koje donosi Konkurencijsko vijeće, sadrži zbnjujuću odredbu kojom Vijeće donosi i rješenje kojim se “određuju posebne mjere za ponovno uspostavljanje efikasne tržišne konkurencije kod zabranjenih koncentracija na osnovu člana 18.” (naglasak dodat). Nije jasno o kakvim se posebnim mjerama radi, budući da čak i kada se donese odluka o zabrani koncentracije ona se donosi nakon ocjene da će koncentracija, koja još nije nastupila zbog pravila o suspenziji provođenja koncentracije (čl. 18, stav 9), biti takva da ispunjava uslove za zabranu. Po svemu sudeći odredba čl. 42. trebala je upućivati na čl. 19, koji se odnosi na mjere nakon sprovođenja nedozvoljene koncentracije, a ne na čl. 18.*

U članu o konačnim rješenjima Konkurencijskog vijeća ističe se da se po završetku postupka donosi konačno rješenje koje “može sadržavati preporuke i/ili sankcije i ostale mjere za stranke u postupku” (čl. 43.). Na istom se mjestu ističe da Konkurencijsko vijeće može, po službenoj dužnosti ili zahtjevu stranke, ponovo preispitati rješenje i u slučaju “ako stranke u postupku djeluju u suprotnosti s obavezama koje je utvrdilo Konkurencijsko vijeće”. Konačno, među osnovima za novčane kazne za teže povrede Zakona (čl. 48.), koje mogu iznositi do 10% vrijednosti ukupnog godišnjeg prihoda privrednog subjekta, odnosno biti u iznosu od 15.000 KM do 50.000 KM kada se izriče odgovornom licu privrednog subjekta, navodi se i nepostupanje po odlukama Konkurencijskog vijeća kojim se ocjenjuje dozvoljenost koncentracija, određuju privremene mjere, te nepostupanje po drugim rješenjima, zaključcima i drugim aktima koji se donose “na osnovu odredbi” ZoK (upućivanjem na čl. 42.).

Odredba čl. 18. sročena je na takav način da se samim njenim čitanjem ne može nedvosmisleno zaključiti da je takva odluka (o uvjetno dopuštenoj koncentraciji), rezultat prijedloga učesnika koncentracije, odnosno u konačnici posljedica pregovora Vijeća i učesnika koncentracije, a ne jednostrani čin Vijeća. Relevantne odredbe ECMR, poput Uredbe 4064/89, ne ostavljaju nikakvu sumnju u to da posebne mjere nisu jednostrani čin Komisije,† te smo već istakli da je jedan od temeljnih principa u određivanju posebnih mjera njihova inicijativa od stranaka, odnosno odlučivanje o njima prilikom pregovora Komisije i stranaka. Mišljenja smo da se predmetne odredbe imaju tumačiti kao da ne dozvoljavaju jednostrano nametanje posebnih mjera od strane Vijeća, te ćemo se ovom pitanju vratiti u analizi procedure.

Na drugi slučaj, odnosno jednostrano propisivanje posebnih mjera od strane Vijeća, odnose se odredbe čl. 19, koje se tiču mjera nakon sprovođenja nedozvoljene koncentracije. Tako se propisuje da Vijeće, na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti, posebnim rješenjem određuje neophodne mjere za osiguranje slobodne tržišne konkurencije na relevantnom tržištu, uz određivanje rokova za njihovo izvršenje, kada je provedena zabranjena koncentracija, odnosno kada je provedena koncentracija bez prethodne prijave, a koja je dovela do značajnog narušavanja tržišne konkurencije. U drugom stavu istog člana određuju se mjere koje Vijeće može izreći u toj situaciji, i to: “a)

* Ovo, inače, ne bi bila jedina greška u Zakonu, budući da čl. 49(1)d) upućuje na nepostojeću odredbu čl. 42(1)g).

† Vidi: Council Regulation (EC) No 139/04 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ L 24, 29.01.2004, para. 30, 31 preambule, te čl. 6(2).

naložiti da se stečene dionice ili poslovni udjeli otuđe (prenesu)”, te “b) zabraniti ili ograničiti ostvarivanje prava glasa vezanog uz dionice ili udjele u privrednim subjektima učesnicima koncentracije i prestanak kontrole zajedničkog ulagača ili drugih oblika (koncentracije - op.a.) iz člana 12. ovog zakona koji su doveli do nedozvoljene koncentracije”. Kao što smo već istakli, zbog greške u upućivanju u čl. 42. nije moguće izricati kazne za kršenja obaveza iz odredbe čl. 19, osim ukoliko se odredba ne bi tumačila kao da sadrži očitu nomotehničku omašku (teorija “scrivener error”), odnosno da ne postoji sumnja u pravi smisao odredbe. Smatramo da bi u svakom slučaju, zbog pravne sigurnosti, bilo potrebno izvršiti ispravku Zakona na ovom mjestu.

Treba naznačiti da se posebne mjere ne tretiraju ni u jednom drugom propisu, odnosno podzakonskom aktu Vijeća, te da općenito Vijeće nije donosilo akte mekog prava koji bi davali bilo kakve detaljnije smjernice u ovom pogledu. Konačno, u dosadašnjoj praksi Vijeća nikada nije donešena odluka o uslovno dopuštenoj koncentraciji, niti je ikada Vijeće bilo u prilici jednostrano nametati posebne mjere u svojoj nadležnosti kontrole koncentracija.

4.PROCEDURA POVODOM POSEBNIH MJERA U KONKURENCIJSKOM PRAVU EU

Procedura pred Evropskom komisijom, u pravilu, podjeljena je u dvije faze (“Faza I” i “Faza II”). Faza I otpočinje nakon utvrđivanja potpunosti prijave namjere koncentracije, te traje u pravilu 25 dana. U roku od 15 dana od otpočinjanja ove faze, države članice mogu zahtijevati prosljeđivanje predmeta, u kojem slučaju se vremenski rok produžava na 35 radnih dana, što je slučaj i onda kada učesnici koncentracije već u ovoj fazi ponude prihvatanje posebnih mjera. U čl. 6 ECMR navode se moguće odluke koje Komisija donosi po završetku Faze I, i to: a) koncentracija ne spada u opseg Uredbe o spajanjima; b) dopuštenje (koncentracija ne stvara ozbiljne sumnje u kompatibilnost sa zajedničkim tržištem; te c) otvaranje Faze II (koncentracija stvara ozbiljne sumnje). Faza II otpočinje donošenjem odluke iz čl. 6(1)c, te u pravilu traje 90 radnih dana, osim u slučaju kada stranke ponude prihvatanje posebnih mjera kasnije od 55 dana od otpočinjanja Faze II u kojem slučaju se rok produžava na 105 dana. Postoji mogućnost daljeg produženja roka za 20 radnih dana u slučaju da o tome postoji zahtjev ili saglasnost strana koje vrše prijavu, s tim da maksimalno trajanje Faze II ne može biti duže od 125 dana. Član 8. ECMR ističe moguće odluke koje Komisija donosi po okončanju Faze II: a) odobrenje (u slučaju kompatibilnosti sa zajedničkim tržištem); b) uslovno odobrenje; c) zabrana (u slučaju nekompatibilnosti sa zajedničkim tržištem); d) disolucija (u slučaju implementacije prije odobrenja, odnosno nepoštovanja postavljenih uslova); e) privremene mjere; f) povlačenje odluke o odobrenju (u slučaju netačnih podataka, odnosno kršenja obaveza). U literaturi se ponekad koristi i pojam Faza III za objašnjenje perioda nesigurnosti i odugovlačenja, naročito u situacijama predlaganja posebnih mjera, a prije njihovog testiranja, odnosno konačne odluke i implementacije (Whish, 2009:849).

Imajući u vidu općenite naznake o proceduri kontrole koncentracija, nužno je osvrnuti se bliže na proceduru koja se specifično odnosi na posebne mjere. Detaljnije podatke o proceduri u pogledu posebnih mjera dobit ćemo uvidom u implementacionu uredbu (Uredba br. 802/2004), odnosno u relevantne dokumente mekog prava. Poglavlje VI Implementacione uredbe odnosi se na obaveze i uvjete predložene od strane učesnika koncentracije.

U članu 19. preciziraju se rokovi za podnošenje obaveza i uvjeta, te se ističe da je u prvoj fazi to nužno učiniti ne dalje od 20 radnih dana od dana kada je Komisija zaprimila prijavu koncentracije, odnosno ne kasnije od 65 radnih dana u drugoj fazi postupka - s tim da se rok produžava, ako se produže sve rokovi u propisanim okolnostima. Iznimno, dopušta se Komisiji prihvatanje obaveza i uvjeta i nakon isteka vremenskih rokova za prilaganje istih, ukoliko se ispoštuju odredbe čl. 19(5) ECMR, koji se odnosi na saradnju sa nacionalnim konkurencijskim tijelima. Što se tiče same procedure za prilaganje obaveza i uvjeta, čl. 20. propisuje da se predaje jedan original i deset kopija obaveza i uvjeta predloženih od učenika koncentracije, uz elektronsku kopiju, te da Komisija bez zadržavanja prosljeđuje kopije tih dokumenta nadležnim konkurencijskim vlastima država članica. Pored toga, stranke moraju dostaviti i jedan original, kao i deset kopija podataka i dokumenata propisanih u posebnom formularu sa posebne mjere (“Form RM”), koji je dat kao Aneks IV Impelemtacionoj uredbi, uz insistiranje da podaci tu navedeni moraju biti tačni i potpuni.

U uvodu za Form RM ističe se da se podaci i dokumentacija koja se tu zahtijeva mora priložiti u isto vrijeme kada se predlažu obaveze i uvjeti, a s ciljem da se dopusti Komisiji da ispita da li su obaveze i uvjeti sposobni da učine koncentraciju kompatibilnom sa zajedničkim tržištem, odnosno da će spriječiti značajno narušavanje učinkovite konkurencije. Istovremeno, ističe se da Komisija može odustati od zahtijevanja prilaganja Form RM, kada je dovoljno uvjerena da to u predmetnom slučaju nije nužno. Također, nivo detaljnosti podataka koji se zahtijevaju u značajnoj mjeri zavise od tipa i strukture posebne mjere koja se predlaže (npr. “carve-out” posebne mjere zahtijevaju detaljnije podatke od prodaje samostalnog poslovanja). Konačno, u uvodu se ističe da ukoliko stranke smatraju da pojedini podaci koji se zahtijevaju ovim formularima neće biti nužni Komisiji za ocjenu, mogu zahtijevati od Komisije, uz prikladno objašnjenje, da ih oslobode obaveze dostavljanja tih podataka. Form RM je podijeljen u pet odjeljaka i to: Odjeljak 1 (opis obaveza i uvjeta); Odjeljak 2 (prikladnost za uklanjanje konkurencijskih problema); Odjeljak 3 (odstupanje od model tekstova); Odjeljak 4 (sažetak obaveza i uvjeta); te Odjeljak 5 (podaci o poslovanju koje se prodaje).

Ono što je naročito značajno za rad Komisije u ovom području, jeste veoma jasno ukazivanje na poželjnost ranih, pa i neformalnih, kontakata sa Komisijom, da bi se stranke upoznale sa procedurom, otklonile sve sumnje, raspravile sporna pitanja, prikladno pripremile prijave, pa i one u odnosu na posebne mjere itd.* Takvi kontakti su bez sumnje od presudnog značaja za učesnike koncentracije, kako kod potvrđivanja da postoje sumnje u usklađenost koncentracije, kod precizne identifikacije problema, odnosno kod pravilnog formulisanja posebnih mjera kojima bi se takvi problemi trebali skroz ukloniti. Ovo je naročito naznačeno u smjernici najbolje prakse Komisije, koju ćemo ukratko analizirati, prije pregleda procedure po posebnim mjerama u prvoj i drugoj fazi postupka. S tim u vezi korisno je citirati svrhu tog dokumenta:

Osnovni cilj ove “Najbolje prakse” jeste da se ponudi uputa za zainteresovane stranke o svakodnevnom provođenju kontrole koncentracija od strane Komisije. One su osmišljenje da utvrde i izgrađuju duh saradnje i voljeg razumijevanja između DG

* S tim u vezi vidi: *Implementaciona uredba, Annex I (Form CO), odjeljak 1.1., Aneks II (skraćeni formular), odjeljak 1.3., Aneks III (Form RS), odjeljak A, odnosno Aneks IV (Form RM), uvod. Vidi, također: Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004, para. 15. S tim u vezi, treba imati u vidu i kontakte Komisije sa konkurencijskim tijelima država članica.*

Competition i pravne i poslovne zajednice. U tom smislu, “Najbolja praksa” teži da poveća razumijevanje istražnog postupka i da samim tim pojača učinkovitost istraga i da osigura visok stepen transparentnosti i predvidljivosti procesa ocjene. Naročito, ona cilja da kratki vremenski period dostupan u procedurama koncentracija pred Komisijom učini što je moguće produktivnijim i efikasnijim za sve zainteresovane stranke.*

“Najbolja praksa” već na samom početku ističe značaj kontakata stranaka sa Komisijom i prije predaje prijave namjere koncentracije, te se ističe da je to i najučinkovitiji način borbe protiv izdavanja odluka o nekompletnosti prijave. Takvi kontakti, u pravilu, trebaju se činiti barem dvije sedmice prije prijave, dok se nacrti prijave, u slučaju sastanaka sa Komisijom (ili kontakta putem telefona), trebaju dostaviti u pravilu barem tri dana prije.* Poseban oblik komunikacije stranaka i Komisije, nakon prijave namjere koncentracije, jeste kroz tzv. “State of Play” sastanke (“SoP”). Ovi sastanci se čine na dobrovoljnoj bazi, u uredu Komisije, odnosno preko telefona ili videokonferencije, a za cilj imaju razmjenu podataka između Komisije i stranaka, u cilju ostvarenja učinkovitije procedure. Ističe se da ovi sastanci ne isključuju druge kontrakte, naročito u slučajevima značajnijeg proceduralnog ili materijalnog razvoja situacije, od kojih se kao primjer navodi pregovaranje o posebnim mjerama u drugim jurisdikcijama. U “Najboljoj praksi” se ističe pet momenata, u prvoj i drugoj fazi postupka, kada se strankama nudi mogućnost učestvovanja u SoP: a) prije isteka petnaest radnih dana prve faze postupka; b) dvije sedmice od usvajanja odluke o pokretanju druge faze (čl. 6(2)c) ECMR); c) prije izdavanja Izjave o prigovorima (“Statement of Objections”); d) nakon odgovora na Izjavu o prigovoru, odnosno usmenu raspravu; te e) prije sastanka Savjetodavne komisije.* Sastanak u situaciji a) naročito je koristan budući da nudi mogućnost strankama da pripreme formulaciju mogućih posebnih mjera u prvoj fazi, prije isteka roka od 20 dana do kada moraju to učiniti u prvoj fazi.* Sastanak u situaciji b) treba da posluži u daljem razjašnjavanju pozicije Komisije strankama, nakon pokretanja druge faze, ali također i raspravi o mogućim posebnim mjerama, koje bi, ukoliko bi se pristupilo njihovom pregovaranju, produžile rokove u drugoj fazi. Sastanak nakon odgovora na Izjavu o prigovorima, odnosno situacija d), naročito u situaciji ukoliko Komisija pokaže da neodustaje od svojih prvobitnih primjedbi, može poslužiti kao mogućnost rasprave opsega i vremenskog okvira prijedloga posebnih mjera. Konačno, u situaciji e) sastanak se može iskoristiti za raspravu o razmišljanju Komisije o posebnim mjerama, rezultatima testiranja tržišta na takve posebne mjere, odnosno nudi se mogućnost strankama da ponude poboljšanja svojim prvobitnim prijedlozima posebnih mjera - u skladu sa vremenskim rokovima, koje smo naznačili prethodno.*

* *DG Competition Best Practices on the conduct of merger control proceedings, 20.01.2004, para. 1.*

* *Vidi: ibid., para. 5-19.*

* *Vidi: ibid., para. 33.*

* *Vidi: Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 OJ L 133, 30.04.2004, amended by Commission Regulation (EC) No 1033/2008 of 20 October 2008 OJ L 279, 22.10.2008, čl. 18, stav. 1.*

* *Vidi, također: DG Competition Best Practices on the conduct of merger control proceedings, para. 41. Imajući u vidu čl. 10(1) i (3) ECMR, po podnošenju prijedloga posebnih mjera dolazi do automatskog produžavanja rokova u prvoj i drugoj fazi.*

4.1. Procedura u prvoj i drugoj fazi

Imajući u vidu prethodno naznačene opće odrednice procedure po posebnim mjerama, sada ćemo se osvrnuti na glavne odlike tog postupka u prvoj i drugoj fazi, naročito na način kako je to propisano u Obavještenju o posebnim mjerama.

Kao što je naznačeno prethodno, posebne mjere moguće je predlagati u obje faze postupka, s tim da postoji konceptualno razlikovanje pravne prirode ovih mjera u različitim fazama. Naime, posebne mjere se u prvoj fazi postupka mogu prihvatati samo kada je konkurencijski problem sasvim očit, pa samim tim može lako biti ukonjen, tj. nema potrebe za ulaženjem u detaljniju istragu druge faze, odnosno posebne mjere su dovoljne da ukone sve “ozbiljne sumnje” koje inače predstavljaju osnov za otpočinjanje druge faze postupka.* S obzirom na mogućnost komunikacije s Komisijom u vezi posebnih mjera, može se pokazati da ih je potrebno modifikovati, međutim, imajući u vidu njihovu prirodu u prvoj fazi Obavještenje o posebnim mjerama ističe da se “samo ograničene modifikacije mogu prihvatati na predložene posebne mjere”, u šta se ubrajaju “razjašnjenja, usavršavanja i/ili druga poboljšanja osmišljena da osiguraju da su posebne mjere upotrebljive i učinkovite”, a to je u konačnici moguće učiniti samo ako Komisija ima vremena da ispita prikladnost tih (modifikovanih) posebnih mjera.* Povodom same forme prijedloga mjera ističe se da one moraju ispuniti sljedeće uslove: a) moraju u potpunosti odrediti materijalne i implementacijske obaveze koje su stranke preuzele; b) potpisat će ih osoba koja za to ima ovlaštenje; c) uz njih će se priložiti i informacije koje idu uz Form RM; te d) uz njih će se priložiti i verzija koja nije povjerljiva, ali koja sadrži dovoljno podataka da bi bila iskoristiva za tržišno testiranje, odnosno za konsultacije s trećim strankama. Osim posebnih rokova, proceduralni aspekti druge faze, uključujući i one o formi posebnih mjera, suštinski su isti onima u prvoj fazi.*

Neophodno je spomenuti da je Komisija izradila i određeni broj standardiziranih tekstova za strukturalne mjere, naročito divestiture, odnosno za određivanje skrbnika prilikom prodaje dijela društva, odnosno kod nadzora bihevijoralnih mjera.* Iako ovi standardizirani tekstovi nisu pravno obavezujući,* iz same formulacije i elaboracije tih tekstova jasno je da imaju formu faktičke obaveznosti.* Temeljni cilj standardnih tekstova za divestiture jeste: a) da jasno opiše poslovanje koje se prodaje, kao i relevantne procedure i obaveze stranaka; b) da odredi odgovornosti stranaka prema Komisiji, skrbinu, kao i društvu koje se prodaje; te c) isticanje značaja pronalaska prikladnog kupca za društvo koje se prodaje.* Također, ističu se i osnovni ciljevi standardnog mandata skrbnika i to: a) da omogući glatko i blagovremeno imenovanje skrbnika i odobrenje njegovog mandata; b) da se razjasni odnos između Komisije, skrbnika i stranaka; te c) da se odrede

* *Vidi: NR, para. 81; presuda Royal Philips Electronics NV, T-119/02 (2003) ECR II-1442, para. 79 i dalje.*

* *Vidi: NR, para. 83.*

* *Vidi: ibid., para. 87-94.*

* *Vidi: Best Practice Guidelines: the Commission's model texts for divestiture commitments and the trustee mandate under the EC Merger Regulation, 2.05.2003; Commission Model Text for Divestiture Commitments, 2.05.2003; Commission Model Text for Trustee Mandate, 2.02.2003.*

* *Vidi: NR, para. 21; Best Practice Guidelines: the Commission's model texts for divestiture commitments and the trustee mandate under the EC Merger Regulation, 2.05.2003, para. 5.*

* *Vidi: Best practice/models, para. 6.*

* *Vidi: Best Practice Guidelines: the Commission's model texts for divestiture commitments and the trustee mandate under the EC Merger Regulation, 2.05.2003, para. 7, para. 13-34.*

zadaci skrbnika da bi se ubrzala implementacija posebnih mjera.* Zanimljiva je činjenica da standardni modeli određuju i hijerarhiju propisa i to na sljedeći način: općenite odredbe konkurencijskog prava EU, Obavještenje o posebnim mjerama, odluka Komisije u pojedinačnom slučaju, standardni modeli posebnih mjera, standardni mandat skrbnika.* U nastavku ćemo bliže analizirati pitanje implementacije posebnih mjera u proceduri kontrole koncentracija.

4.2. Implementacija mjera

S obzirom da se posebne mjere u pravilu provode nakon donošenja odluke kojim se koncentracija uslovno dopušta, jasno je da je neophodno osigurati da se implementacija mjera učini blagovremeno i učinkovito, u suprotnom može doći do narušavanja učinkovite tržišne konkurencije, odnosno kažnjavanja stranaka za neispunjavanje preuzetih obaveza. Obavještenje o posebnim mjerama, razumljivo, najveću pažnju posvećuje pitanju provođenja strukturalnih mjera, koje su i najbrojnije, uz napomenu da se najveći broj principa primjenjuje i na implementaciju ne-strukturalnih mjera.* U nastavku ćemo osvrnuti na implementaciju strukturalnih mjera, naročito na procedure prodaje dijela društva.

Što se tiče vremenskih rokova, ukoliko se ne radi o tzv. “fix-it-first” rješenjima, u kojem slučaju se sa kupcem zaključuje ugovor tokom procedure, postupak provođenja divestiture se uobičajeno dijeli na dva stadija. Prvi stadij, čiji rokovi počinju odmah po donošenju odluke Komisije, predviđen je za zaključivanje konačnog ugovora o prodaji dijela društva, gdje prvobitno same stranke (obično u periodu od šest mjeseci) moraju zaključiti takav ugovor sa eventualnim kupcem, odnosno ukoliko u tome ne uspiju to mora učiniti skrbnik divestiture (u dodatna tri mjeseca), koji tada više nije vezan minimalnom cijenom. Drugi stadij se sastoji u finaliziranju svih aspekata zaključen ugovora, za što su predviđena dodatna tri mjeseca.* U isticanju da se trebaju preferirati što kraći rokovi Komisija ističe da je “iskustvo pokazalo da kratki divestiturni periodi doprinose općoj uspješnosti divestiture, budući da bi u suprotnom poslovanje koje se prodaje bilo izloženo dugotrajnim periodima nesigurnosti”.* Ono što je značajno istaći jeste da Komisija ima kontrolu kako nad potencijalnim kupcem, tako i nad ugovorom o kupovini, budući da ona odobrava i jedno i drugo. Ukoliko se dogodi da i nova kupovina predstavlja koncentraciju koja se mora prijaviti Komisiji, onda je to procedura koja se mora provesti. Ukoliko se mogu unaprijed predvidjeti problemi u kontroli koncentracije povodom nove transakcije, a naročito ukoliko je vjerovatno da bi to stvorilo dodatne odgode u provedbi posebne mjere, Komisija će takvog kupca smatrati nepodobnim.*

Obaveze stranaka u periodu do zaključivanja ugovora o prodaji dijela društva, dijele se na tri vrste: a) osiguranje unutrašnjeg učuvanja održivosti društva; b) preuzimanje nužnih koraka u slučaju provođenja tzv. “curve-out” procedure; te c) nužni koraci za

* *Vidi: ibid., para. 10, 35-41.*

* *Vidi: ibid., para. 11.*

* *Vidi: NR, para. 129-130.*

* *Vidi: ibid., para. 97-100.*

* *Ibid., para. 98.*

* *Vidi: ibid., para. 101-106.*

pripremu prodaje dijela društva.* Obaveze očuvanja društva - odnosno njegove nezavisnosti, ekonomske održivosti, utrživosti, i konkurentnosti - naročito je bitno nakon loših prethodnih rezultata na koje je ukazala Studija o posebnim mjerama (Papandropoulos, Tajana, 2006:608). S tim u vezi, naročita pažnja se pridaje očuvanju nezavisnosti društva koje se prodaje od njegovog matičnog društva, i to tako što se imenuje privremeni upravnih (tzv. "hold-separate manager"), koji je pod kontrolom skrbnika divestiture, a koji ima dužnost osiguranja nezavisnosti društva, odnosno provođenja tzv. "ring-fencing" dužnosti kojima se spriječava protok informacija između društva koje se prodaje i matičnog društva. Nadalje, ukoliko društvo koje se prodaje pripada postojećoj korporativnoj strukturi može se pokazati neophodnim da skrbnik divestiture preuzme kontrolu nad glasačkim pravima, odnosno da iskoristi pravo zamjene članova upravnog odbora, da bi osigurao nezavisnost društva. U odnosu na drugu obavezu, kao što je već istaknuto Komisija smatra poželjnim prodaju društva koje je već samostalno, međutim u određenim uslovima može se pristupiti i izdvajanju ("curve-out") dijela društva, koje onda u prelaznom periodu mora postati samostalno društvo. S tim u vezi javljaju se bitna pitanja prijenosa imovine, transfera uposlenika, uspostavljanje informacionih sistema, uz istovremeno osiguranje nezavisnosti od matičnog društva i sl. Skrbnik divestiture u ovom procesu ima naročitu nadzornu ulogu, s obzirom da konačni rezultat, prije zaključenja ugovora sa kupcem, mora biti samostalno i održivo društvo. Konačno, stranke moraju dopustiti učinkovito provođenje procesa ispitivanja stanja društva od strane potencijalnog kupca (tzv. "due diligence"), što uključuje mogućnost ocjene vrijednosti društva, imovine, ocjene održivosti društva i njegove pozicije na tržištu, odnosno mogućnost neposrednog kontrakta sa uposlenicima. Uz sve ovo stranke imaju dužnost periodičnog obavještanja Komisije o napretku u finalizaciji pojedinačnih faza postupka.

Iz svega prethodno navedenog u potpunosti je očit značaj kojeg ima skrbnik ("trustee"), kojem se posvećuje naročita pažnja u Obavještenju o posebnim mjerama, odnosno u drugim instrumentima mekog prava.* U principu pravi se razlika između dvije vrste skrbnika: skrbnika nadzornika ("monitoring trustee"), odnosno skrbnika divestiture ("divestiture trustee"), koji ne moraju biti ista osoba (Papandropoulos, Tajana, 2006:447).* Prvi djeluje u periodu do zaključenja ugovora sa kupcem, odnosno do isteka prvog roka u kojem su stranke s takvim kupcem trebale zaključiti ugovor, a nisu. Skrbnika, u pravilu, predlažu stranke (iako on djeluje nezavisno od njih), koje s njim/njom zaključuju i ugovor, te ga i plaćaju, s tim da to mora biti osoba koja neće biti u sukobu interesa sa učesnicima koncentracije. Istovremeno, imenovanje skrbnika odobrava Komisija, koja ujedno ima i punu kontrolu nad njim, što znači da mu može izdavati obavezujuće instrukcije, te ga i smijeniti. Drugim riječima, zbog (logističke i tehničke) nemogućnosti Komisije da sama nadgleda implementaciju posebnih mjera skrbnik djeluje kao njene "oči i uši".* U literaturi se ističe da bi bilo korisno, zbog nužnosti što ranijeg nadzora, uvesti mogućnost „up-front“ skrbnika, na sličan način kako se taj institut koristi sa kupcima (Papandropoulos, Tajana, 2006:451).

* Vidi: *ibid.*, para. 107-116.

* Vidi: *ibid.*, para. 117-127.; *Commission Model Text for Trustee Mandate*, 2.02.2003.

* U literaturi se ističe činjenica da dok se prva vrsta skrbnika koristi dosta često, isto nije slučaj sa drugom vrstom.

* NR, para. 117, te para. 119 (za pet osnovnih zadataka skrbnika nadzornika).

Ukoliko stranke ne budu uspješne u pronalasku kupca za društvo koje se prodaje, odnosno to ne učine u predviđenom periodu, skrbnik divestiture ima ovlaštenje da sam proda društvo, s tim što nije vezan minimalnom cijenom. Obaveze stranaka prema skrbniku divestiture iste su kao i prema skrbniku nadzorniku, s tim da mu još moraju predati dati i značajno široku pomoć za samostalno djelovanje da bi uspješno izvršio svoje dužnosti zaključivanja ugovora o prodaji društva. Konačno, iz razloga osiguranja uspješnosti strukturalnih mjera, Komisija zadržava pravo zahtijevanja dostavljanja informacija od stranaka u periodu od deset godina nakon provođenja posebne mjere.

4.3. Procedura pred Konkurencijskim vijećem

Procedura kontrole koncentracija u konkurencijskom pravu BiH, poput materijalnih aspekata ocjene zabranjenih koncentracija, općenito prati rješenja usvojena u ECMR. Iako ne koristi terminologiju prve i druge faze postupka, ZoK nesumnjivo sadrži takvu strukturu procedure.* Tako, ZoK ističe da ukoliko se Vijeće “na osnovu informacija i dokumentacije dostavljene uz prijavu koncentracije, stepena vjerovatnoće povrede pravila konkurencije takvom koncentracijom i procjene da namjeravana koncentracija za posljedicu nema negativne efekte, može donijeti rješenje u roku do 30 dana” (čl. 18, stav 5), što u osnovi predstavlja tzv. prvu fazu postupka kontrole koncentracija. Tek ukoliko Vijeće utvrdi da bi sprovođenje koncentracije “moglo imati za posljedicu negativne efekte koji mogu značajno narušavati konkurenciju na relevantnom tržištu”, donosi zaključak o pokretanju postupka, kojim se započinje tzv. druga faza postupka.

Što se tiče trajanja postupka, prva faza traje 30 dana, te se okončava donošenjem rješenja, odnosno zaključka o odbacivanju prijave. Sam Zakon ne ističe vrstu rješenja koja se donosi, ali je jasno iz predmetne odredbe da to može biti rješenje kojim se koncentracija ocjenjuje dozvoljenom, a ne može biti rješenje kojim se koncentracija ocjenjuje zabranjenom - u tom slučaju, potrebno je donijeti zaključak o pokretanju postupka, odnosno započinjanja druge faze postupka. Pitanje koje se postavlja jeste da li se u ovom stadiju postupka može donijeti i rješenje kojim se koncentracija ocjenjuje uslovno dozvoljenom? Odredba čl. 18, stav 2, sugerise da se takva vrsta rješenja može donijeti tek po proteku rokova iz čl. 41, a koji se odnose na drugu fazu postupka. Mišljenja smo da se predmetna odredba ne može tumačiti na način da daje mogućnost Vijeću da donese rješenje u uslovno dopuštenoj koncentraciji i u prvoj fazi postupka, budući da u istoj fazi ne može donijeti ni rješenje kojim se koncentracija ocjenjuje nedopuštenom. Prva faza može se okončati i nedonošenjem bilo kakvog rješenja u roku od 30 dana, kada se smatra da je koncentracija dopuštena, te je ista situacija i kod nedonošenja rješenja u drugoj fazi postupka.

Donošenje zaključka o pokretanju postupka, odnosno iniciranju druge faze postupka, mora se donijeti prije isteka rokova za prvu fazu, zbog spomenute pretpostavke o dozvoljenosti koncentracije kod nedonošenja odluka u periodu od 30 dana. Naravno, Vijeće može takav zaključak donijeti čim ocjeni da je to svrsishodno s obzirom na činjenice slučaja, odnosno ne mora čekati protek roka za prvu fazu.* Po pokretanju druge

* To je, uostalom, standardna forma. Vidi: Dabbah/Lasok, *op.cit.*, 2006, *passim*; Dabbah/Lasok, *op.cit.*, 2008, *passim*.

* Do sada je Vijeće samo jednom donijelo zaključak o pokretanju postupka, odnosno o odlučivanju u „drugoj fazi“ - vidi: slučaj Klas/SPRIND, rješenje br. 01-06-26-033-65-II/08, od 06.04.2009.

faze Vijeće ima rok od tri mjeseca za utvrđivanje ocjene koncentracije, s tim da ovaj rok može biti produžen za dodatna tri mjeseca u slučaju “kada ocijeni da je za utvrđivanje činjeničnog stanja i ocjene dokaza potrebno izvršiti dopunsko vještačenje ili analize, ili kada je riječ o osjetljivim privrednim granama ili tržištima”, o čemu je obavezno pismeno obavijestiti stranke u postupku (čl. 41, stav 2).

Iz ovih općenitih odredaba o trajanju postupka možemo zaključiti da je maksimalno trajanje postupka u BiH do dva mjeseca duže nego po ECMR. * Međutim, u praksi, trajanje postupka pred Konkurencijskim vijećem je dosta duže od toga. Razlog za to jeste što zakonski rokovi počinju teći tek po izdavanju potvrde o prijemu kompletne i uredbe prijave (čl. 18, stav 6), a što u praksi Vijeća najčešće traje mjesecima, * jer stranke moraju, po zahtjevu Vijeća, dopuniti prijavu! Razlozi za ovo mogli bi biti strateške prirode na strani društva koje vrši prijavu, odnosno formalno zadovoljavanje rokova nepotpunom prijavom, ali ne može se zanemariti i općenita neupućenost stranaka u proceduru, odnosno odsustvo relevantnih podzakonskih propisa ili pak instrumenata mekog prava od samog Vijeća. * Ovako izrazito dugim rokovima doprinosi i činjenica izrazito fleksibilnog tumačenja odredbe čl. 31, koji reguliše dopunu zahtjeva i odustajanje od zahtjeva. Naime, ukoliko Vijeće smatra da podnesena prijava nije potpuna može tražiti dopunu prijave za koju podnositelj ima rok od osam dana. Međutim, taj rok može biti produžen za dodatnih petnaest dana, “ako postoje opravdani razlozi za to”. U praksi se ova odredba tumači na način da se produženje roka može zahtijevati i više puta, što se i odobrava. *

Konačno, po završetku postupka Vijeće može donijeti tri vrste rješenja kojima se: a) koncentracija ocjenjuje dozvoljenom; b) koncentracija ocjenjuje nedozvoljenom; te c) koncentracija ocjenjuje uslovno dozvoljenom.

4.3.1. Procedura povodom posebnih mjera

Kao što smo već istakli, mišljenja smo da ZoK ne daje nadležnost Vijeću da donosi rješenja kojima se koncentracija ocjenjuje uslovno dopuštenom u prvoj fazi postupka, što smatramo značajnim propustom. Drugim riječima, mogućnost donošenja rješenja koje bi sadržavalo uslove o posebnim mjerama postoji samo po završetku druge faze postupka.

Ono što se mora primijetiti analizom ZoK, odnosno svih relevantnih podzakonskih akata jeste gotovo potpuno odsustvo relevantnih proceduralnih odredaba o posebnim

* Uz pretpostavku da postupak u drugoj fazi bude pokrenut tek po samom isteku roka za prvu fazu, te bude produžavan (30 dana + 3 mjeseca + 3 mjeseca). Inače, maksimalno trajanje postupka po ECMR je, uz slične pretpostavke kao i kod ZoK, 160 dana.

* Konkurencijsko vijeće je samo tri puta izdalo potvrdu o kompletnosti bez zahtjeva za dopunom (vidi: ČEZ/Jadrova, rješenje br. 01-02-26-021-4-II/09, od 21.07.2009; Nis Petrol/Oktan Promet, rješenje br. 06-26-1-009-5-II/12, od 4.09.2012; Etihad Airways/JAT Airways, zaključak br. 04-26-1-21-4-II/13 od 25.09.2013.) i to 25, 22, odnosno 34 dana nakon predavanja Prijave; s tim da je bilo samoinicijativnih nadopuna prijave (NIS PETROL/OMV, rješenje br. 01-26-1-022-7-II/12, od 20.12.2012.; Etihad Airways/JAT Airways, zaključak br. 04-26-1-21-4-II/13 od 25.09.2013). Predmet NIS PETROL/OMV rješen je u rekordnom roku od 16 dana. U jednom predmetu Vijeću je trebalo dva mjeseca da iza potvrdu o kompletnosti, da bi jedan dan potom izdalo rješenje (vidi: Fresenius Medical Care/Euromedic, rješenje br. 06-26-1-003-19-II/11, 23.03.2011).

* Član 25. ZoK propisuje dosta široku nadležnost Vijeća da donosi različite vrste podzakonskih akata, odnosno instrumenata mekog prava u obliku preporuka.

* Vidi: slučaj WBB/House Milos, zaključak br. 06-1-26-027-9-II/10, od 18.01.2011; Schiebra/Bramac, zaključak br. 03-26-1-04-20-II/11, od 6.7.2011.

mjerama. U čl. 30., koji propisuje dokumentaciju uz prijavu koncentracije, ne spominje se ništa u vezi mogućeg prijedloga posebnih mjera, niti je to moguće naći u odredbama Odluke o način podnošenja prijave namjere koncentracije. Također, Vijeće nije izradilo ništa slično formularu za prijavu namjere koncentracije, koja bi sadržavala odjeljak o prijedlogu posebnih mjera.* Čini se da je jedina odredba od značaja u ZoK ona čl. 43, kojim se propisuju konačna rješenja Vijeća. Naime, tu se propisuje da po završetku postupka odgovorni član Vijeća dostavlja Vijeću izvještaj o provedenom postupku s prijedlogom rješenja. Naročito je značajan četvrti stav predmetnog člana gdje se ističe da “Konkurencijsko vijeće može prije donošenja konačnog rješenja u pisanoj formi obavijestiti stranke o sadržaju rješenja koje namjerava donijeti”. Ova odredba je najbliža onome što se u proceduri pred Komisijom naziva “Statement of Objections”. Međutim, ovdje nailazimo na nekoliko problema. Prvobitno, riječ “može” ističe da Vijeće nije dužno obavijestiti stranke o sadržaju rješenja koje namjerava donijeti, te se iz rješenja Vijeća u odluci u predmetu Klas/SPRIND, ne vidi da je takvo objavještenje i učinjeno prije zabrane te koncentracije. Drugo, nije jasno koja je svrha, odnosno posljedica tog obavještenja. Naime, jedino ako se takvo obavještenje shvati, odnosno tumači, kao izjava o primjedbama, gdje bi se istakli prepoznati problemi koncentracije, ona ima smisla, budući da bi stranke kao odgovor na to obavještenje mogle predložiti posebne mjere - ukoliko bi uopće takvo predlaganje bilo u skladu sa ZoK, što nije sasvim jasno. Ukoliko, međutim, takvo obavještenje ima sasvim drugu svrhu, kao na primjer, davanje mogućnosti strankama da ukažu na neke omaške koje se još mogu ispraviti prije objavljivanja, ili da još jednom predlože koji se dijelovi odluke imaju smatrati poslovnom tajnom, onda ZoK uistinu ne sadrži odredbe kojima bi se mogle operacionalizirati odredbe o donošenju rješenja o uslovno dopuštenoj koncentraciji.

U vezi s ovim posljednjim postavlja se veoma zanimljivo i kompleksno pitanje: da li Konkurencijsko vijeće ima pravo zabraniti koncentraciju ukoliko ima mogućnost donošenja rješenja o uvjetno dopuštenoj koncentraciji, odnosno ukoliko neda mogućnost strankama da predlože posebne mjere? S tim u vezi, da li postoji dužnost Vijeća, ukoliko donosi odluku o zabrani koncentracije, da obrazloži u rješenju da ne postoje zamislive posebne mjere koje bi takvu koncentraciju činile dozvoljenom. Mišljenja smo da takva dužnost Vijeća postoji, odnosno da Vijeće ne može zabraniti koncentraciju prije nego što utvrdi da ne postoje posebne mjere koje bi koncentraciju mogle činiti prihvatljivom. Suprotno bi kršilo odredbe o slobodnom privređivanju privrednih subjekata, odnosno općenite ideje konkurencijske politike čiji cilj nije da bezrazložno zabranjuje koncentracije privrednih subjekata, imajući u vidu da takve transakcije mogu imati naročite pogodnosti za potrošače.*

* Vidi: „*Obrazac prijave koncentracije*“, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, dostupno na: http://www.aztn.hr/uploads/documents/tn/prijava/koncentracije/OBRAZAC_PRIJAVE_KONCENTRACIJE.pdf;

* Na ovo upućuje i općenita logika posebnih mjera u konkurencijskom pravu EU – vidi: NR, para. 85. Kao što smo vidjeli prethodno konkurencijsko pravo BiH se, u najmanju ruku, mora usklađeno tumačiti sa konkurencijskim pravom EU.

5. ZAKLJUČAK

Neizbježan zaključak prethodne analize jeste da mjere restrukturiranja koncentracija, odnosno strukturalne mjere, i mjere praćenja ponašanja učesnika koncentracija, odnosno bihevijoralne mjere, predstavljaju neizostavne institute konkurencijskog prava EU, čija primjena objašnjava zašto Evropska komisija proglašava malo zabranjenih koncentracija u odnosu na ukupan broj prijave. Odgovor je u dosta većem broju odluka kojima se koncentracije ocjenjuju uslovno dopuštenima. Ukazano je i na manjkavosti strukturalnih mjera, odnosno na ispravnost stavova u literaturi koji ukazuju na izbjegavanje kategoričkih stanovišta o prednosti strukturalnih nad bihevijoralnim mjerama.

Povodom procedure naročito je istaknut značaj što ranijeg početka planiranja posebnih mjera, ukoliko su učesnici koncentracije u situaciji da već tada uvide spornu prirodu koncentracije, odnosno značaj korištenja mogućnosti što ranijih (ne)formalnih kontakata sa Komisijom, s ciljem činjenja relevantne procedure što učinkovitijom.

Rad ukazuje i na zaključak da konkurencijsko pravo Bosne i Hercegovine nije u potpunosti osposobljeno za primjenu instituta posebnih mjera, kako u normativnom, ukazujući na relevantne propuste u pravnim propisima koji regulišu ovu materiju, ali tako i u faktičkom smislu.

Ovo posljednje je naročito očito u nedostatku usvajanja bilo kakvih smjernica kojima bi se učesnici na tržištu upoznali sa institutom posebnih mjera, odnosno kojima bi se podsticali neposredni kontakti između učesnika koncentracija i Konkurencijskog vijeća, a koji su od iznimne važnosti za učinkovito, i u konačnici uspješno, usvajanje mjera koje će biti dovoljne za potpuno i trajno uklanjanje prepoznatih konkurencijskih problema, ali koji će također biti proporcionalne tom problemu.

LITERATURA

1. Akšamović, D., (2008). "Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracija". Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 29(2), str. 1033-1066.
2. Baker, Donald I., Woodgate, T., (2006). "Compulsory access as an antitrust remedy: when, why and how is it applied in EU and US law?", u Mardsen, Philip (ur.): Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust. Cheltenham: Edward Elgar.
3. Berg, W., (2009). "The revised Merger Remedies Notice - some comments". European Competition Law Review, 30(6).
4. Calvino, N., (2011). "When do Mergers Raise Concerns? An Analysis of the Assessment Carried out by the European Commission under the New Merger Regulation". Journal of European Competition Law & Practice, 2(6), str. 521-528.
5. Cerovac, M., (2010). Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja. Zagreb: Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja.
6. Dabbah, M., Lasok, P., (ur.)(2006). Merger Control Worldwide: First Supplement to the First Edition. Cambridge: Cambridge University Press.
7. Dabbah, M., Lasok, P., (ur.)(2008). Merger Control Worldwide: Second Supplement to the First Edition. Cambridge: Cambridge University Press.
8. Davies, S., Olczak, M., (2010). "Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?" Review of Industrial Organisation, br. 37, str. 83-99.
9. Davies, S., Lyons, B., (2007). Merger and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for the Competition. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar.
10. Drauz, G., Chellingsworth, T., Hyrkas, H., (2010). "Recent Developments in EC Merger Control". Journal of European Competition Law & Practice, 1(1), str. 12-26.
11. Ezrachi, A., (2006). "Behavioural Remedies in EC Merger Control - Scope and Limitations". World Competition, 29(3), str. 459-479.
12. Kaufman, P. J., Akšamović, D., Pošćić, A., (2010). "Strukturalne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u Europskom i Hrvatskom pravu tržišnog natjecanja". Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 31(2), str. 969-1017.
13. Meškić, Z., (2012). "Jurisdikcija Suda EU u praksi Suda BiH - Sudska praksa: Povodom Odluke Suda BiH br. S1 3 U 005412 10 Uvl od 15. 03. 2012, M.R.M. Ljubuški/ASA Auto d.o.o. Sarajevo (ASA Auto)". Sveske za javno pravo, br. 8, str. 70-76.
14. Monti, G., (2007). EC Competition Law. Cambridge: Cambridge University Press.
15. Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., (2007). "Merger Remedies in the European Union: An overview". The Antitrust Bulletin, 52(3/4), str. 603-631.
16. Paas, K., (2006). "Non-structural remedies in EU merger control". European Competition Law Review, 27(5), str. 209-216.
17. Papandropoulos, P., Tajana, A., (2006). "The Merger Remedies Study – In Divestiture We Trust?" European Community Law Review, 8(3), str. 443-454.

18. Petit, N., (2010). “Remedies for Coordinated Effects under the EU Merger Regulation”. *Competition Law International*, 6(2), str. 29-37.
19. Pranjić, S., (2010). “Neka divergentna prava tržišne konkurencije (ni)su podnošljiva na putu integracija: Primjer uređenja koncentracija u Zakonu o konkurenciji”. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Travniku*, br. 1, 2010, str. 167-178.
20. Rodin, S., Čapeta, T., (2009). *Osnove prava Evropske unije*. Zagreb: Novi informator
21. Turk, M., (2012). “Merger Remedies beyond the Competition Concern: When Could You End up Giving More?” *Journal of European Competition Law & Practice*, str. 1-5.
22. Wang, W., (2011). “Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control”. *World Competition*, 34(4), str. 571-296.
23. Went, D., (2006). “The acceptability of remedies under the EC Merger Regulation: structural versus behavioural”. *European Competition Law Review*, 27(8), str. 455-475.
24. Whish, R., (2009). *Competition Law*. Oxford/New York: Oxford University Press.