

SUSPENZIVNI UČINEK NADZORA NAD KONCENTRACIJAMI V SLOVENIJI

Klemen Podobnik,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, znanstveni sodelavec na Inštitutu za primerjalno pravo

1. UVOD

V želji po čim bolj jasnem in nepristranskem prikazu zanimivo urejenega režima suspenza koncentracij v slovenskem pravnem redu je treba primarno predstaviti temeljne institute in koncepte nadzora nad koncentracijami, kot so jasno in dokončno izdelani v praksi Evropske komisije in Sodišča Evropske unije. Poudarjam, da je slovenski nacionalni režim nadzora nad koncentracijami domala transkript evropske sekundarne zakonodaje s področja koncentracij (Uredba 139/2004),¹ in zaradi takšne »mehke harmonizacije« je treba slovensko ureditev področja koncentracij interpretirati (in vsebinsko napolnjevati) prek unijskega regulatornega okvira in prakse.

Manifestacija koncentrativnih ravnanj na trgu je sprememba nadzora nad določenim tržnim subjektom. Nadzor je zaradi metodološke jasnosti treba definirati predvsem v zvezi s koncentrativnimi ravnanji, ki nimajo značilnosti združitve dveh ali več predhodno samostojnih in neodvisnih ekonomskih celot podjetij ali delov podjetij. Takšna analiza je potrebna zlasti zaradi opredelitve temeljnega identifikacijskega elementa koncentracij, tj. strukturne spremembe, ki pa je jasno in *a priori* določljiva zgolj v okolju »klasičnih« koncentrativnih ravnanj, tj. združitev. Kot bolj kompleksne in zapletene je tako mogoče identificirati položaje, ko je strukturno spremembo na trgu težje locirati in identificirati. V takšnih primerih bo identifikacija pridobitve, izgube ali spremembe kakovosti nadzora nad izvajanjem temeljnih poslovnih odločitev

¹ Uredba Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij.

podjetja temeljni opredelilni element strukturne spremembe in posledično tudi koncentracije. Nadzor je v okolju presoje koncentracij mogoče opredeliti kot možnost izvrševanja odločilnega vpliva pri pomembnih odločitvah (prej samostojnega) tržnega subjekta. Izvrševanje odločilnega vpliva je omogočeno na različne načine. Pri tem je treba ločevati med možnostma izvajanja samostojnega ali skupnega nadzora.

Analiza elementa pridobitve, izgube oziroma kakovostne spremembe nadzora se razlikuje glede oblike oziroma načina pridobitve položaja, ki pomeni možnost izvrševanja odločilnega vpliva. Presoja bo pozitivne narave predvsem v primerih samostojnega nadzora, saj bo usmerjena zlasti v ugotovitev, ali ima ena od strank možnost določati poslovno politiko oziroma odločilno vplivati na strateške odločitve podjetja. V primeru analize potencialnega skupnega nadzora je presoja negativne narave predvsem v okolju, za katero je značilen neobstoj *večinskega* skupnega nadzora. Povedano drugače – negativna analiza bo prišla v poštev predvsem tedaj, ko bomo presojali *potencialno* pridobitev kontrole s strani subjektov, ki v podjetju, ki je predmet koncentracije, tudi *skupno nimajo večinskih kapitalskih deležev*. Negativna analiza je torej usmerjena v oceno možnosti, da dve ali več podjetij s skupno manjšinskim deležem prevzame kontrolo nad podjetjem, v katerem so kapitalsko udeležena. Nadzor bo mogoče identificirati v situacijah, ko bodo imela takšna podjetja na voljo več možnosti *blokirati* sprejem *strateških poslovnih odločitev*, kot jim sicer pripadajo v smislu korporativnega varovanja manjšinskih interesov. Treba je torej ugotoviti, ali obstajajo elementi, ki omogočajo, da se strateške poslovne odločitve ne sprejmejo zaradi možnosti veta (določb o soglasnem odločanju). Analiza je torej usmerjena v ugotovitev, ali je strateške odločitve glede poslovne, tržne, industrijske politike podjetja mogoče sprejemati le z dogovorom med lastniki sicer manjšinskih deležev.

Splošno je mogoče ugotoviti, da je v smislu določbe 10. člena ZPOmK-1 koncentracija tržno ravnanje, ki prinaša trajno spremembo strukture udeleženi subjektov.² Takšno trajno spremembo strukture je mogoče doseči na več načinov, ki so podrobno opredeljeni v prvem in drugem odstavku 10. člena ZPOmK-1. Tipično bo do koncentracije prišlo z združitvijo dveh ali več predhodno neodvisnih podjetij ali s spremembo nadzora. Sprememba nadzora lahko nastane kot posledica pridobitve nadzora s strani enega podjetja v drugem podjetju ali s spremembo kakovosti nadzora. Trajnost spremembe tržne strukture – torej pojmovno enako trajnost obstoja nadzora (kontrole) – je tako drugi temeljni opredelilni element, ob tem pa gre poudariti, da se časovni element trajnosti presoja glede na sektorje trga, na katerih do sprememb prihaja.

² P. Grilc (ur.), nav. delo, str. 169.

Zahteva po trajnosti spremembe ne pomeni, da mora ravnanje, dogodek, dejstvo ali transakcija rezultirati v spremembi strukture pri tej transakciji udeleženi podjetji za nedoločeno obdobje³ ali za izjemno dolgo časovno obdobje.⁴ Iz prakse Komisije izhaja, da obdobje enega leta, v katerem bo strukturna sprememba obstajala, ne pomeni trajne spremembe⁵ – kljub tej oceni pa je treba poudariti, da unijsko pravo ne daje dokončnega odgovora o trajanju časovnega obdobja, ki naj zagotovi trajnost strukturne spremembe.⁶ Presoja prisotnosti trajne strukturne spremembe kot kvalifikatornega pogoja za obstoj koncentracije je torej v vsakem primeru odvisna od velikega števila dejanskih vprašanj.

2. SAMOSTOJNI NADZOR ENE (PRAVNE ALI FIZIČNE) OSEBE

Najbolj preprosta identifikacija spremembe (v obliki pridobitve) nadzora nad prej samostojnim podjetjem je mogoča v primerih, ko odločilni vpliv nad strateškimi odločitvami podjetja pridobi posameznik ali ena pravna oseba. Samostojni odločilni nadzor nad delovanjem podjetja je primarno rezerviran za *večinskega delničarja*. Ta oblika nadzora je najenostavnejša in metodološko najbolj čista oblika nadzora nad poslovnimi odločitvami in dejavnostjo podjetja. Delničar, ki v določenem podjetju pridobi delež kapitala, ki zadošča za glasovanje glede temeljnih *strateških odločitev podjetja*, nedvomno pridobi neposredni nadzor nad podjetjem v smislu druge alineje prvega odstavka 10. člena ZPOmK-1.⁷ Seveda pa je mogoča tudi situacija, ko samostojni nadzor nad podjetjem pridobi manjšinski delničar – zaradi potencialne statutarne omejitve glasovalnih pravic drugih delničarjev ima večino *glasovalnih* pravic. V takšnih primerih bo manjšinski delničar izvajal t. i. pozitivno kontrolo, saj bo njegov položaj zadostoval za *sprejemanje* strateških odločitev. Podoben je položaj v primerih, ko manjšinski delničar zaradi izrazito disperzne kapitalske strukture podjetja s svojim deležem na skupščini utegne pridobiti možnost izvrševanja odločilnega vpliva v smislu večine glasovalnih pravic (manjšinski delež postane *de facto* večinski delež), s čimer pridobi *de facto* (pozitivni) samostojni nadzor nad takšnim podjetjem. Seveda je treba v takšnih primerih natančno analizirati kronologijo načina odločanja na predhodnih skupščinah in jo presojati v smislu v prihodnost usmerjene, prospektivne analize mogoče-

³ Ericsson/Hewlett-Packard (C IV/M292 – 1993), Valinox/Timet (C IV/M917 – 1997).

⁴ Elf Atochem/Rhom & Haas (C IV/M160) (1992).

⁵ E. Navarro, A. Font, J. Folguera, J. Briones, nav. delo, str. 9.

⁶ P. Grilc (ur.), nav. delo, str. 170.

⁷ P. Grilc (ur.), nav. delo, str. 171.

ga obvladovanja skupščine s strani manjšinskega delničarja.⁸ Zaradi temeljne zahteve po trajnosti spremembe nadzora zgolj občasna možnost izvrševanja odločilnega vpliva manjšinskega delničarja tako ne bo pomenila obstoja nadzora nad podjetjem.

3. SAMOSTOJNI ALI SKUPNI NADZOR VEČINSKIH DELNIČARJEV

V primeru, ko dve podjetji pridobita enako število delnic tretjega podjetja (vsako po 50 odstotkov) in imata v skladu s svojim lastniškim deležem zagotovljene tudi glasovalne pravice, lahko govorimo o najbolj čisti obliki skupnega nadzora nad izvrševanjem strateških odločitev podjetja. Zaradi popolnega nadzora nad tretjim podjetjem za identifikacijo *skupnega nadzora* obstoj posebnega sporazuma med delničarjema ni nujen; če obstaja, pa ne sme spremenjati razmerja enakosti med delničarjema.⁹

4. MANJŠINSKI DELNIČARJI – DODATNE MOŽNOSTI *DE IURE* NADZORA (PRAVICE VETA, *DE IURE* NADZOR V OBLIKI IMENOVANJA ČLANOV ORGANOV VODENJA IN NADZORA)

Nadzor lahko v določenih situacijah pridobijo in izvajajo tudi manjšinski delničarji. Samostojni nadzor manjšinskega delničarja ima lahko pravno ali dejansko podlago. Tipično bo mogoče govoriti o samostojnem nadzoru pravne narave manjšinskega delničarja v primerih, ko bo manjšinski delničar lahko odločilno vplival na temeljne odločitve podjetja zaradi pravic, ki mu omogočajo imenovanje *več kot polovice članov* organov vodenja in upravljanja.¹⁰ Pri tem poudarjam dodatni kvalifikatorni element, ki bi ga bilo treba upoštevati – manjšinski delničar bo percipiran kot *imetnik nadzora*, če mu bo pravica do imenovanja več kot polovice članov organov vodenja in upravljanja res prinašala tudi možnost odločilnega vpliva na strateške odločitve podjetja.¹¹ V primeru, ko bi torej manjšinski delničar pridobil pravico imenovati več kot polo-

⁸ Prečiščeno obvestilo Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij (2008/C 95/01), točka (59).

⁹ Morebitni sporazum med takšnima delničarjema (podjetjema) torej ne sme uveljavljati režima, ki npr. enemu od delničarjev omogoča višje število članov v organih vodenja in nadzora. Prim. odločbo Komisije v zadevi *CCIE/GTE*, C IV/M.258 (1992).

¹⁰ Gl. npr. zadevo (pravica imenovanja treh izmed petih članov nadzornega sveta, ki odloča o strateških usmeritvah družbe).

¹¹ Gl. tudi F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2150.

vico članov nadzornega sveta, ki pa glede na statut družbe ne bi imel poslovnih pristojnosti, ne bi mogli govoriti o pridobitvi nadzora.

Dodatna možnost za identifikacijo nadzora v domeni manjšinskega delničarja je situacija, ko večinski delničar zaradi določil v *ustanovitvenih aktih podjetja, pogodbah o izvrševanju vpliva, delničarskih sporazumih* kljub večini glasovalnih pravic nima odločilnega vpliva pri odločanju. Temeljno je kot takšne položaje mogoče opredeliti *pravice do veta manjšinskega delničarja* pri sprejemanju poslovnega načrta;¹² pravico do veta pri odobritvi proračuna; pravico do veta glede sprejemanja investicijskih načrtov; pravico do veta v zvezi s prenosom pomembnega dela premoženja; pravico do veta v zvezi s prodajo ali obremenitvijo pravic intelektualne lastnine, dezinvestiranjem; *pogojno* pa tudi pravico do veta pri imenovanju pomembnejših članov organov vodenja.¹³ Pri slednji obliki pravice veta gre posebej poudariti, da avtorji jasno opozarjajo na dejstvo, da se mora pravica blokirati imenovanje članov organov vodenja nanašati na pravico blokiranja imenovanja *pomembnih članov upravljalvske strukture, ki imajo izvršna pooblastila*.¹⁴ Dodatno opozarjam, da zgolj pravica veta imenovati pomembne člane upravljalvske strukture še ne more dokončno opredeliti, ali manjšinski delničar ima nadzor nad določenim podjetjem.¹⁵

4.1. De facto nadzor manjšinskih delničarjev

Prihajamo do položajev, ko naj bi v prej samostojnem podjetju prišlo *do pridobitve nadzora v obliki večine glasovalnih pravic s strani večjega števila (manjšinskih) delničarjev*,¹⁶ ki pa pri tem med seboj *niso povezani niti z delničarskimi sporazumi, pogodbami o izvrševanju vpliva, določili statuta kontrolirane družbe, klasično pogodbo o skupnem vlaganju (joint venture)*. Povedano drugače, ob neobstoju kakršnekoli pravne podlage za skupno, usklajeno delovanje je v takšnih položajih mogoče presumirati obstoj nadzora, kadar je pri predmetnih manjšinskih delničarjih mogoče identificirati *dejansko usklajeno ravnanje*. Naj že na tem mestu poudarim, da je tovrstno ravnanje v okolju Evropske unije

¹² Za presojo obstoja skupnega nadzora je v takšnem primeru treba analizirati naravo poslovnega načrta. V primeru, ko gre za zgolj programske dokumente, ki ne posegajo v dejansko prihodnje poslovanje podjetja, ni mogoče govoriti o obstoju skupnega nadzora. E. Navarro, A. Font, J. Folguera, J. Briones, nav. delo, str. 17.

¹³ Prav tam, str. 20.

¹⁴ Prav tam, str. 18.

¹⁵ Prav tam: »The appointment of senior management with executive powers is clearly an important element to be taken into consideration, *although it does not appear to be decisive on its own*.«

¹⁶ Prav tam, str. 24: »... the existence of joint control over an undertaking by (...) minority shareholders who together hold a majority of the voting rights ...«

izjema – Evropska komisija bo tako zares redko utemeljevala obstoj nadzora nad določenim podjetjem *zgolj* na podlagi *dejanskih usklajenih ravnanj*. Takšno utemeljitev Komisija tako bolj pravilno uporablja *zgolj* kot *dodatni kvalifikatorni element* obstoja nadzora, torej kot ilustracijo dejanskega stanja ob **predhodni jasni opredelitvi obstoja nadzora** na podlagi formalnih, pravnih elementov.¹⁷ Ponovno opozarjam, da v okolju komunitarne prakse opredelitev obstoja *de facto* skupnega nadzora pomeni *izjemo, ne pravilo*.¹⁸

Kot pomagala za identifikacijo *de facto* skupnega nadzora je Evropska komisija prav zaradi siceršnje relativne netransparentnosti izoblikovala nekaj interpretativnih meril oziroma standardov, z uporabo katerih je lažje ugotoviti, ali gre določene situacije (večje število manjšinskih delničarjev, neobstoj kakršnekoli pravne podlage za skupno, usklajeno delovanje) opredeliti v smislu obstoja nadzora. Primarno je tako mogoče kot enega od indikatorjev potencialne skupne *de facto* kontrole navesti **(a) obstoj močnega skupnega interesa** manjšinskih delničarjev. V skladu z izdelano prakso Komisije je mogoče na obstoj močnega skupnega interesa sklepati v primerih, ko so bili manjšinski delničarji tesno povezani že pred pridobitvijo delnic, ki jo presojamo. Dodatno je mogoče na obstoj močnega skupnega interesa sklepati v primeru, ko so manjšinski delničarji deleže v presojanem podjetju pridobili povezano, pri čemer je povezanost v tem primeru mogoče identificirati v primeru, ko bodo manjšinski delničarji svoje delnice v tretjem podjetju pridobili prek holdinškega podjetja, ki je ustanovljeno prav z namenom pridobitve deležev v prej samostojnem podjetju.¹⁹ Skupni interesi manjšinskih delničarjev v podjetju morajo biti predvsem strateške narave, pri čemer obstoj *zgolj* finančnih skupnih interesov po mnenju Komisije nikakor ne signalizira skupnega *de facto* nadzora. Pri tem dodatno opozarjam na stališče Komisije, ki – tudi ob dejanskem vzorcu usklajenega glasovanja, ki ga zatrjujejo manjšinski delničarji sami – kot opredelilni element nadzora pogosto zahteva tudi »obstoj močnejših pravnih ali dejanskih elementov«. ²⁰ Naslednji indikator potencialne skupne

¹⁷ Prav tam, str. 25.

¹⁸ Gl. npr. zadevo *Cementbouw*, odst. 54 (*As regards the de facto circumstances showing collective action, the Notice states, in paragraph 32, that, very exceptionally, collective action by the shareholders may be demonstrated where interests which unite the shareholders are so strong that they would not act against each other in exercising their rights in relation to the joint venture.*), T-282/02 (2006). Cf. tudi F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2156.

¹⁹ Prim. F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2157, kjer se omenja t. i. *joint acquisition vehicle*, koncept, znan tudi iz Obvestila Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004.

²⁰ »However, the concerted voting in the future by NEC and Bull is a pure assumption by the notifying parties which is not sufficient, in the absence of stronger legal or factual

de facto kontrole je **(b) majhno število manjšinskih delničarjev**. Komisija tako meni, da je v položajih, ko ima deleže večje število manjšinskih delničarjev, težko pričakovati usklajeno vedenje.²¹ Dodaten opredelilni kriterij je **(c) visoka stopnja soodvisnosti med manjšinskimi delničarji**, da bi dosegli strateške cilje skupnega podjetja. To še zlasti velja, če je vložek vsake matične družbe v skupno podjetje bistven za njegovo poslovanje (npr. posebne tehnologije, lokalne pogodbe o prenosu znanja in izkušenj ali dobavne pogodbe).²² Visoka stopnja soodvisnosti se lahko kaže tudi v **(d) obliki velikega števila medsebojnih transakcij**. Posebej gre omeniti tudi indikator **(e) vzpostavitve novega skupnega podjetja**, ki naj bi v nasprotju s situacijo pridobitve manjšinskih deležev v že obstoječem podjetju zagotavljalo višji skupni interes.

Sklepno je mogoče ugotoviti, da je v odsotnosti vsakršnih pravnih temeljev sodelovanja med manjšinskimi delničarji opredelitev določenega strukturnega položaja manjšinskih delničarjev v (pogojno) skupnem podjetju kot položaja *de facto* skupnega nadzora izjemno kompleksen proces. Evropska komisija ga spričo netransparentnosti tako le izjemoma uporablja, najpogosteje zgolj kot dodaten kvalifikatorni element nadzora, ki je sicer že dokazan na temelju pravnih povezav med manjšinskimi delničarji. Bolj pogosto uporabo tovrstnega definiranja nadzora bi morala nedvomno spremljati tudi veliko bolj intenzivna preiskovalna aktivnost Komisije, ki bi morala gotovo poseči tudi po preiskovalnih pooblastilih, ki jih prinaša 13. člen Uredbe 139/2004.

5. SUSPENZ KONCENTRACIJE V 7. ČLENU UREDBE 139/2004

Primarno želim predstaviti nekatere temeljne značilnosti evropske ureditve instituta suspensivnega učinka v okviru nadzora nad koncentracijami. Gre namreč za ureditev, na katero se je slovenski zakonodajalec pri oblikovanju lastnega režima zaradi procesa t. i. *mehke harmonizacije* močno naslonil, zato interpretacija komunitarnega režima nedvomno pomaga pri iskanju rešitev glede razlage nacionalnih pravil. Gledano s stališča komunitarnega regulatornega režima je suspenz oziroma odlog učinkovanja koncentracij iz 7. člena Uredbe 139/2004 institut, ki začne delovati *avtomatsko*, torej *ex lege*, v trenutku, ko na trgu nastopijo razmere, ki jih lahko identificiramo kot koncentracijo. Glede na

elements, to prove the existence of a situation of joint control within PBN.« C IV/M.1095 – NEC / BULL / PBN.

²¹ Gl. točko 76 Obvestila Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004.

²² Gl. točko 77 Obvestila Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004.

različne vrste oblik strukturnih sprememb (pridobitve ali izgube nadzora), ki jih je mogoče identificirati kot koncentracije, sta seveda različni tudi *časovna* in *vsebinska* komponenta *suspenza* samega. Tako je npr. v primeru, ko do koncentracije pride s pogodbo o obvladovanju ali drugim pogodbenim dogovorom, povsem jasno, da suspenz koncentracije pomeni, da je učinkovanje pogodbe odloženo do trenutka, ko bo Komisija odločila o skladnosti takšne koncentracije s konkurenco. Smiselno podobna je interpretacija v položajih, ko do strukturne spremembe (torej koncentracije) pride z dejansko pridobitvijo nadzora v prej samostojnem podjetju – v takšnem primeru bo vsebina suspenzivnega učinka 7. člena Uredbe usmerjena v prepoved *izvajanja že pridobljenega nadzora*.²³ Povedano drugače, namen suspenzivnega učinka iz 7. člena Uredbe je nadaljevanje stanja *pred pridobitvijo nadzora* – podjetja, ki so udeležena v koncentraciji, se morajo zaradi avtomatskega suspenzivnega učinkovanja še naprej vesti tako, kot da do pridobitve kontrole sploh ne bi prišlo.²⁴ Besedilo Uredbe ne določa, kateri *tipi* dejanj naj bi bili prepovedani podjetjem, ki so v koncentracijo udeležena (ali bolje: ki so pridobila nadzor oziroma naj bi ga pridobila po izvedbi razpolagalnega posla), zato je treba vsebino suspenzivnega učinka določati in interpretirati predvsem glede *na namen*, ki naj ga kot institut doseže. Temeljni namen suspenza koncentracije je omogočanje učinkovitega nadzora nad koncentracijami v smislu zagotavljanja pogojev za *pro futuro* presojo učinkov strukturne spremembe oziroma spremembe nadzora. Ker so učinki spremembe nadzora lahko tudi negativni za konkurenco, je potrebno, da se *izvajanje spremenjenega (oziroma pridobljenega) nadzora* ustavi za čas do trenutka, ko Komisija odloči o skladnosti koncentracije s pravili konkurence. Iz napisanega jasno izhaja, da se želi s suspenzivnim učinkom iz 7. člena Uredbe doseči ustavitev, suspenz koncentracije v smislu ustavitve oziroma suspenza *izvajanja tistih pravic iz koncentracije, ki omogočajo izvajanje nadzora nad prej samostojnim podjetjem*. V primerih, ko do pridobitve nadzora še ni prišlo (npr. pogodbene koncentracije), je situacija podobna – suspenz koncentracije v takšnem okolju pomeni prepoved vseh tistih pravnih ali dejanskih dejanj, ki bi pripeljala do *realizacije* notificirane koncentracije.²⁵ Kot dejanja, ki so v skladu s 7. členom Uredbe prepovedana, je tako mogoče identificirati ukrepe, ki pomenijo vplivanje na strateško poslovno vedenje prej samostojnega subjekta.²⁶ dejansko izvrševanje nadzora, implementacija skupnih poslovnih načrtov (v

²³ Prim. J. Cook, C. Kerse, nav. delo, str. 110.

²⁴ F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2247.

²⁵ Tako npr. U. Immenga, nav. delo, Art. 7. Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen, para. 6.

²⁶ Gl. npr. U. Loewenheim, K. Meessen, A. Riesenkampff, nav. delo, Art. 7 Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen, para. 3.

primerih t. i. *full-function joint venture* koncentracij), ukrepi, ki vplivajo na notranjo organizacijsko strukturo prej samostojnega podjetja ipd. Že na tem mestu izrecno poudarjam, da razpolaganje s pravicami, pridobljenimi v koncentraciji v smislu prodaje pridobljenih kontrolnih deležev, nikakor ni predmet suspenza iz 7. člena Uredbe 139/2004. Povedano drugače, razpolaganje z že pridobljenimi deleži, ki pomenijo nadzor in zato strukturno spremembo, ni izvajanje nadzora in zato ne pomeni izvrševanja pravic iz koncentracije.

6. SUSPENZ KONCENTRACIJE V 44. IN 45. ČLENU ZPOMK-1

Zelo podobno ureditev je mogoče najti v trenutni slovenski zakonodaji, kjer je suspenz koncentracije *temeljno* reguliran v 44. členu ZPOmK-1, dodatno, a docela nejasno, pa tudi v 45. členu ZPOmK-1. Zakonodajalec je z namenom jasneje opredeliti obveznosti priglasiateljev koncentracij v času postopka presoje do izdaje odločbe s strani Agencije v primerjavi z režimom prej veljavnega ZPOmK v novi zakon vpeljal samostojno določbo, oblikovano po zgledu 7. člena Uredbe 139/2004.²⁷

Smiselno povsem enako prej omenjeni določbi Uredbe 139/2004 tudi v 44. členu ZPOmK-1 prepoved izvrševanja pravic in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije, za katero velja obveznost priglasitve, nastopi avtomatsko, *ex lege*, in velja ves čas trajanja postopka presoje koncentracije s strani Agencije. Suspenz izvrševanja pravic iz koncentracije deluje predvsem »proti« tistim podjetjem, katerih strukturni položaj se na trgu strukturno spremeni v smislu pridobitve pravic, ki jih pred koncentracijo niso imela. Tako je treba določbo interpretirati kot prepovedno za tista podjetja, ki koncentracijo priglašajo.²⁸

V prejšnjem razdelku je bilo kot temeljni namen instituta suspenza koncentracij v komunitarnem pravu (7. člen Uredbe 139/2004) identificirano omogočanje učinkovitega nadzora nad koncentracijami v smislu zagotavljanja pogojev za *pro futuro* presojo učinkov strukturne spremembe oziroma spremembe nadzora, položaj pa je popolnoma enak tudi v okviru določbe 44. člena ZPOmK-1. Tako lahko ugotovimo, da je temeljni namen določbe preprečiti izvrševanje (in dokončno izvedbo) koncentracije pred dokončno odločitvijo Agencije o njeni (ne)ustreznosti, kar pomeni, da je treba do trenutka, ko Agencija sprejme takšno odločitev, preprečiti nastanek vsakršnih posledic v smislu izvrševanja koncentracije.²⁹ Kot v primeru določbe 7. člena Uredbe 139/2004 tudi 44. člen

²⁷ Gl. P. Grilc, nav. delo, str. 424.

²⁸ Prav tam, str. 425.

²⁹ Prav tam.

ZPOmK-1 ne daje popolnoma jasnega odgovora na vprašanje, katere pravice in obveznosti je prepovedano izvrševati. Še vedno vztrajam pri razlagi, ki je zapisana tudi v Komentarju ZPOmK-1: z interpretacijo po namenu in jezikovno interpretacijo je mogoče ugotoviti, da je treba onemogočiti izvrševanje zgolj tistih pravic, ki vzpostavljajo oziroma omogočajo izvajanje nadzora kot emanacije strukturne spremembe.³⁰ Skladno s predhodno zapisanimi ugotovitvami glede tipov dejanj, ki so onemogočena z določbo o suspenzu koncentracij iz 7. člena Uredbe 139/2004, in zaradi tesne nomotehnične navezave slovenskega zakonodajalca na ta predpis je mogoče tudi za določbo 44. člena ZPOmK-1 z gotovostjo ugotoviti, da suspenzivni učinek velja zgolj za dejanja, ki vplivajo na strateško poslovno vedenje prej samostojnega subjekta. Tako tudi tu – kot v primeru 7. člena Uredbe 139/2004 – ne moremo govoriti o suspenzu oziroma prepovedi izvrševanja pravice razpolaganja z deležem, ki ga je pridobilo (s tem pa je prišlo do spremembe nadzora in koncentracije) v koncentraciji udeleženo podjetje.

V primeru nasprotne razlage 44. člena ZPOmK-1 bi bila določba pojmovno nesmiselna. Podjetje, ki je pridobilo nadzor na način, da je pridobilo kontrolni delež v drugem podjetju, in s tem ustvarilo koncentracijo, lahko svoje vedenje in s tem hkrati tudi strukturni položaj na trgu *kadarkoli spremeni* na način, da se znebi deleža, ki mu omogoča nadzor v drugem podjetju. Takšno ravnanje se seveda lahko manifestira predvsem v prodaji (torej *razpolaganju*) deleža do trenutka, ko Agencija odloči o skladnosti koncentracije s pravili konkurence. V primeru, ko podjetje, ki je pridobilo kontrolni delež drugega podjetja, ta delež odsvoji, je »odsvojilo« tudi položaj nadzora nad drugim podjetjem. Strukturna sprememba je izginila, o koncentraciji torej ne moremo več govoriti, zato je odpadel tudi temelj za vodenje postopka presoje takšne koncentracije. Enako velja za situacije, ko je bil sklenjen zgolj zavezovalni posel, npr. pogodba o obvladovanju, ne pa tudi razpolagalni posel prenosa deleža oziroma delnic.

Razpolaganje s pravicami iz koncentracije v smislu odsvojitve pridobljenih deležev, ki pomenijo nadzor, je tako za Agencijo lahko predvsem pozitivno, saj odpravlja temeljni razlog za njegovo delovanje na tem področju – obstoj koncentracije. Takšno interpretacijo obsega in dometa suspenzivnega učinka 44. člena ZPOmK-1 potrjuje tudi primerjalnopravna ureditev. Tako Evropska komisija v *Prečiščenem obvestilu o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij*³¹ odkazuje tudi na možnost t. i. opustitve koncentracij,³² torej situacijo, ko posledično koncen-

³⁰ Prav tam.

³¹ 2008/C 95/01.

³² Odstavki 117–121.

tracija preneha obstajati in Uredba 139/2004 preneha učinkovati. V takšnih primerih se v skladu z drugim stavkom alineje c prvega odstavka 6. člena Uredbe 139/2004 postopek presoje koncentracije ne konča z odločbo iz 8. člena Uredbe, temveč Komisija s postopkom presoje preprosto preneha, brez izdaje odločbe.³³

Obvestilo uvaja dodatne kriterije, ki jih morajo izpolniti podjetja, udeležena v koncentraciji, če naj njihovo ravnanje zares pomeni opustitev koncentracije. Temeljno vodilo sta predvsem *enaka intenzivnost in kakovost* (tako pravnih kot dejanskih) dejanj ustvaritve na eni in opustitve koncentracije na drugi strani. Povsem jasno je tudi, da se za »priznavanje« opustitve koncentracije v primerih, ko so podjetja koncentracijo že izvedla³⁴ (kontrolni deleži so že bili pridobljeni), zahteva dokaz o ponovno vzpostavljenem stanju pred koncentracijo – »če je bila koncentracija uresničena pred odločitvijo Komisije, se bo od strank zahtevalo, da dokažejo ponovno vzpostavitev položaja, ki je prevladoval pred uresnitvijo koncentracije«.³⁵

Pomembno je poudariti, da je vzpostavitev položaja, ki je prevladoval pred uresnitvijo koncentracije, mogoča na več načinov, nedvomno pa tudi s prodajo spornega deleža tretjim. Vzpostavitev stanja, ki je prevladovalo pred koncentracijo, je namreč vzpostavitev stanja brez koncentracije. Ali je bil kontrolni delež prodan nazaj podjetju, v katerem je bil pridobljen, ni pomembno. Pomembno je, da je podjetje, ki je predhodno izvršilo koncentracijo, odpravilo njene učinke v smislu pridobitve nadzora. Treba je poudariti, da bi bilo povsem neprimerno interpretirati zahtevo po vzpostavitvi statusa *quo ante*³⁶ tako ozko, da bi jo zadovoljil zgolj popoln *winding-back* postopek. To še posebej velja v primerih, ko so bili kontrolni deleži npr. pridobljeni na organiziranem trgu vrednostnih papirjev ali kot zaseg finančnega zavarovanja (kolaterala) in ko je izvirnega prodajalca oziroma imetnika deleža, ki pomeni kontrolo, nemogoče identificirati.

Dodatno je treba nekaj prostora nameniti tudi analizi namena in dometa določbe šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1, predvsem z namenom osvetliti ne-

³³ Gl. odst. 118 Prečiščenega obvestila.

³⁴ Gl. npr. odločbo Komisije v zadevi *Skanska/Skancem* (C. IV/M.115). Ker gre za časovno obdobje pred reformno uredbo 139/2004, ki je uvedla možnost zaključka postopka brez odločbe zaradi opustitve koncentracije, je Komisija v tem primeru koncentracijo dovolila, čeprav se je podjetje Skanska v času postopka presoje odločilo za prodajo celotnega deleža v Skancemu in s tem popolnoma odpravilo koncentracijo. Danes bi Komisija postopek presoje takšne koncentracije zaključila brez odločbe. Gl. tudi J. Cook, C. Kerse, nav. delo, str. 202.

³⁵ Četrta alineja 120. odstavka Prečiščenega obvestila.

³⁶ O dometu standarda *status quo ante* gl. npr. J. Cook, C. Kerse, nav. delo, str. 202.

primerno uporabo instituta, ki ga določba ureja. Primarno je treba ugotoviti, da je dikcija določbe domala nespremenjeno prevzeta iz unijske ureditve presoje koncentracij. Določba drugega odstavka 7. člena Uredbe 139/2004 tako namreč določa:

»(2) Odstavek 1 ne preprečuje izvedbe javne ponudbe ali več transakcij vrednostnih papirjev, vključno s tistimi, ki so zamenljivi za druge vrednostne papirje, s katerimi se lahko trguje na trgu, kakršen je borza, s čimer se od različnih prodajalcev pridobi nadzor v smislu člena 3 pod naslednjimi pogoji:

- (a) koncentracija se nemudoma priglasí Komisiji skladno s členom 4; in
- (b) pridobitelj ne uveljavlja glasovalnih pravic, ki izhajajo iz zadevnih vrednostnih papirjev, ali pa to počne le zato, da bi ohranil polno vrednost teh naložb na podlagi izjeme, ki jo Komisija podeli v skladu z odstavkom 3.«

Kot rečeno, dikcija šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1 je povsem usklajena z unijskim določilom, zato je mogoče za interpretacijo namena in ciljev nacionalnega pravila uporabiti izdelano razlago drugega odstavka 7. člena Uredbe. Brez dvoma je namen te določbe (a) v prvi alineji omogočiti vzpostavitev ravnotežja med režimoma prevzemov na eni in koncentracij na drugi strani ter (b) v drugi alineji pripoznati položaje, do katerih prihaja zaradi legitimnih dejanj trgovanja z vrednostnimi papirji. Kaj je bil torej temeljni namen zakonodajalca pri vzpostavitvi dveh tako pomembnih zakonitih izjem od splošno veljavnega suspenzivnega učinka iz 44. člena ZPOmK-1 oziroma 7. člena Uredbe? Primarno je treba poudariti, da se režim Uredbe 139/2004 pomembno razlikuje od prej veljavnega sistema presoje koncentracij iz Uredbe 4064/89, saj slednji dokument sekundarne unijske zakonodaje ni *jasno in določno* urejal ravno položajev nakupov vrednostnih papirjev zunaj okvirov obveznih prevzemnih ponudb in je tako na področje presoje koncentracij vnesel nepotrebno zmedo in pravno nejasnost. Ta se je izkazovala predvsem kot dvom glede učinkovanja izjeme od suspenzivnega učinka za koncentracije, do katerih je prišlo na podlagi večjega števila *zaporednih transakcij* na trgu vrednostnih papirjev, ki pa niso rezultirale v sprožitvi obveznosti prevzemne ponudbe. Tudi v opisanem primeru (takšnega in podobne Komisija v svojih delovnih dokumentih poimenuje *creeping takeovers*) je – kot v primeru obveznih prevzemnih ponudb – mogoče govoriti o koncentracijah »*nepogodbenega tipa*«; ne gre torej za primere, ko bo koncentracija nastala zaradi sklenitve zavezovalnega posla (npr. pogodbe o obvladovanju, pogodbe o prodaji poslovnega deleža ipd.) oziroma ob njej in se s suspenzivnim učinkom pravil, vsebovanih v prvem odstavku 7. člena Uredbe oziroma 44. člena zakona, preprečuje *izvršitev* koncentracij v smislu izvedbe *razpolagalnega* pravnega posla. V primerih, ki jih urejata določbi drugega odstavka Uredbe in šestega odstav-

ka zakona gre namreč za primere koncentracije, ki nastanejo kot posledica že izpeljanih transakcij (druga alineja šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1) oziroma obveznih javnih prevzemnih ponudb. V prvem primeru je mogoče identificirati položaje, ko bo do prevzema oziroma spremembe nadzora v določenem (tarčnem) podjetju prišlo šele po nekaj zaporednih transakcijah, ki bodo pripeljale do deleža, kakršen omogoča nadzor. Režim Uredbe 139/2004 je spremenil predhodno ureditev na ta način, da je tudi opisane primere jasno izločil iz sistema splošne prepovedi izvrševanja koncentracij. To torej pomeni, da je v primerih, ko do koncentracije prihaja počasi, kradoma (*creeping* – torej predvsem v obliki sovražnih prevzemov), z večjim številom manjših, med seboj povezanih zaporednih transakcij, treba dovoliti tako (a) izvedbo koncentracije v smislu razpolagalnega posla kot (b) izvrševanje določenih pravic, ki iz koncentracije izhajajo, pri čemer mora slednje pridobitelj nadzora nemudoma javiti Komisiji. Časovna komponenta, ki je v okolju koncentracij izjemnega pomena, je tu razmeroma lahko razumljiva: obveznost *javljanja izvrševanja* pravic iz koncentracije je vezana na čas tiste transakcije, s katero je pridobitelj dejansko prevzel nadzor, in ne npr. na čas prve transakcije, ki naj bi v takšnih primerih pomenila začetek povezane celote večjega števila transakcij, ki so eventualno pripeljale do pridobitve kontrole.

Sumarno je tako mogoče določbo druge alineje šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1 pojasniti kot pravilo, ki v položajih večjega števila zaporednih transakcij, ki pripeljejo do koncentracije, takšne transakcije dovoljuje v smislu dovoljenja za izvedbo razpolagalnih poslov, ki rezultirajo v pridobitvi kontrole, suspenzivni učinek glede glasovalnih pravic pa velja le glede tistih pravic, ki dejansko izhajajo iz koncentracije, oziroma natančneje, glede pravic, ki izhajajo neposredno iz bloka delnic oziroma deleža, s katerim je dejansko prišlo do spremembe nadzora. Pravice, ki izhajajo iz predhodno pridobljenih deležev, so lahko predmet suspenza zgolj v primerih, ko jih je mogoče pripisati transakcijam, ki so s transakcijo, ki je dejansko pripeljala do spremembe nadzora, v tesni časovni povezavi in glede katerih je mogoče dokazati, da so zgolj del predhodno izdelane strategije pridobitve kontrole po posameznih časovnih stopnjah.³⁷

Kar zadeva določila prve alineje šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1, pa je namen in domet usmerjen predvsem v ustvarjanje prevzemom prijaznega okolja, saj bi lahko nekorrigirana uporaba režima koncentracij negativno vplivala na režim prevzemov, predvsem pa na njihovo dejansko intenziteto. Določbo je zato treba interpretirati kot dovoljenje za izvedbo razpolagalnih poslov z

³⁷ Gl. P. Grilc, nav. delo, str. 426. Gl. tudi F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2255.

delnicami tudi prek praga, ki že pomeni pridobitev kontrole v tarčnem podjetju.³⁸

Glede na dosedanje ugotovitve je določba petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 težko razumljiva in nenavadna. Očitno je želel zakonodajalec v ureditev režima koncentracij umestiti tudi določbo, ki bi Agenciji omogočala reakcijo v primerih, ko podjetja, udeležena v koncentrativnih dejanjih, svoje koncentracije ne bi priglasila (drugi stavek petega odstavka 45. člena ZPOmK-1) oziroma bi priglasitev pravilno izvedla, potem pa kršila zakonsko zapovedani suspenz in izvrševala koncentracijo (t. i. situacije *jumping the gun*) (prvi stavek petega odstavka 45. člena ZPOmK-1). Pristojnost izrekanja odločbe o prepovedi uresničevanja pravic naj bi tako pomenila *nadomestno, sekundarno možnost* prepovedi izvrševanja (dokončanja) koncentracije.

Po pregledu klasičnega nabora dokumentacije, ki omogoča uvid v (vsaj deklarirani) namen tako predlagatelja kot zakonodajalca (predlogi ZPOmK-1 v Poročevalcu DZ, magnetogrami in poročila s sej Odbora za gospodarstvo kot matičnega telesa; magnetogrami sej Državnega zbora RS), ni bilo mogoče ugotoviti, kakšen je zakonodajalčev namen – ta namreč ni razviden nič bolj kot namen predlagatelja, saj se določba petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 kot del predloga zakonskega besedila prvič pojavi na 37. redni seji Državnega zbora RS dne 27. marca 2008 v obliki amandmaja k 45. členu v okviru druge obravnave predloga ZPOmK-1. Iz magnetograma seje³⁹ izhaja, da predloga amandmaja na seji DZ niso ustrezno obrazložili niti predlagatelji (SDS, NSi)⁴⁰ niti vlada. Amandma – torej 45. členu dodani peti odstavek – je bil sprejet z absolutno večino. Na nadaljevanju 37. redne seje DZ RS 1. aprila 2008 je bila izpeljana tudi tretja obravnava predloga ZPOmK-1, ki je bil na tej seji tudi sprejet.

Morda gre določbo petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 konceptualno primerjati z določbo petega odstavka 8. člena Uredbe 139/2004. Slednja Komisiji v določenih primerih omogoča sprejem *začasnih ukrepov*, s katerimi naj se zagotovi ponovna vzpostavitev ali ohranjanje pogojev učinkovite konkurence.

³⁸ Gl. F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2253–2254.

³⁹ <www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/seje/evidenca?mandat=IV&type=sz&uid=497D2D0C6529C99AC125744E003FC8F4> (1. 4. 2015).

⁴⁰ Tako je npr. poslanec mag. Janez Drobnič v obrazložitve predlaganega amandmaja povedal: »Ta amandma se nanaša, torej, da se zagotavljajo pristojnosti Agencije, da posredujejo in učinkujejo njegova dejanja, čeprav ti sklepi še niso pravnomočni. (...) Sam zakon, pa tudi ta amandma podpiram, ker daje večjo učinkovitost, in ravno to je bilo vprašanje vse do sedaj – ali bomo imeli resno inštitucijo za to, da se bo dosegalo svobodno gospodarsko poslovanje, svoboda in na osnovi tega tudi enakost, ali pa se bo nadaljevalo tisto, kar smo imeli žal videti v preteklosti.« Prav tam.

Določba je izrazito nejasna, predvsem kar zadeva naravo oziroma obliko ukrepov, ki naj bi jih Komisija smela uvajati, dikcija pa je natančnejša glede dejanskega stanja, ki uvedbo takšnih ukrepov dovoljuje oziroma pogojuje. Tako je mogoče ugotoviti, da lahko Komisija začasne ukrepe uvede tudi v primerih, ko so podjetja kršila režim, zapovedan s 7. členom Uredbe,⁴¹ ko torej bodisi *niso priglasila* koncentracije ali pa so priglašeno koncentracijo *začela izvrševati* (oziroma začela s koraki, ki so odkazovali na morebiten začetek izvrševanja) pred izdajo odločbe o skladnosti s konkurenco. Prva situacija vsebinsko spominja na kombinacijo sicer precej neposrečene dikcije drugega stavka petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 v povezavi z drugim odstavkom 45. člena ZPOmK-1, drugo situacijo pa si je po dikciji prvega stavka petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 le težko predstavljati – če koncentracija še ni bila izvršena, bo *prepoved izvrševanja pravic iz koncentracije* težavna. Seveda je treba tu termin *izvrševanje koncentracije* interpretirati v smislu *dokončanja* oziroma *implementacije* koncentracije (prim. ureditev v nemškem UWG – *Vollzug*).

Peti odstavek 8. člena Uredbe tako določa dodatno možnost Komisije. Ta lahko torej *poleg kaznovanja podjetij*, ki izvršujejo priglašene koncentracije ali jih ne priglasijo, reagira s *sprejemom začasnih ukrepov*. Ti so namenjeni – tako dikcija določila petega odstavka 8. člena Uredbe – ohranjanju ali vzpostavljanju stanja učinkovite konkurence. Gre torej za ukrepe, ki naj preprečijo *nadaljevanje izvrševanja koncentracije*. Očitno je, da je predpostavka stanja pred vklopom petega odstavka 8. člena Uredbe *izvedena, implementirana koncentracija* ali pa stanje tik pred tem. Ukrepi, ki naj bi bili Komisiji na voljo – ponavljam, določba 8. člena Uredbe jih ne navaja –, so predvsem vedenjske narave: Komisija se bo trudila, da ne pride do dejanske pridobitve kontrole oziroma (če je koncentracija že izvedena) da se pridobljeni nadzor ne izvršuje. Med navedeno lahko prištevamo⁴² preprečevanje izvrševanja glasovalnih pravic iz pridobljenih deležev/delnih, poseganje v strukturo organov vodenja in nadzora pridobljenega podjetja, vzpostavitev sistema poročanja, postavitve posebnega nadzornega organa, ki stalno spremlja poslovanje, ali zahtevo po ločenem računovodstvu/poslovodstvu. Dodati gre tudi, da Komisija od sprejema Uredbe 139/2004 do časa zaključka pisanja tega prispevka še ni izdala odločbe z začasnimi ukrepi iz petega odstavka 8. člena.⁴³

Posebej je treba opozoriti, da je izrekanje začasnih ukrepov iz petega odstavka 8. člena Uredbe vezano na enake procesne kavtele, kot veljajo v primeru

⁴¹ Gl. točko a petega odstavka 8. člena Uredbe 139/2004

⁴² Povzeto po F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2293.

⁴³ Zadnjič preverjeno 18. decembra 2014 na spletni strani <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2>.

izreka sankcije prenehanja koncentracije (*dissolution*) iz četrtega odstavka 8. člena Uredbe, kar pomeni, da je tudi izrekanje začasnih ukrepov izrazito formalizirano in temelji na spoštovanju načela *audiatur et altera pars*. Tako je v skladu z določbami 18. člena Uredbe 139/2004 in 13., 14. in 17. člena Uredbe 802/2004 (Implementacijska uredba) stranka, zoper katero se izdaja začasni ukrep, upravičena do vpogleda v spis, predvsem pa ima pravico izreči se o navedbah Komisije (*right to a hearing*).⁴⁴ Seveda drži, da je ta pravica do zaslišanja v primeru začasnih ukrepov pod določenimi pogoji delno relativizirana v drugem odstavku 18. člena Uredbe 139/2004: Komisija lahko namreč ukrep izreče, ne da bi bila udeleženi osebam, podjetjem ali podjetniškim združenjem dana možnost za predhodno predstavitev lastnih pogledov, če jim Komisija to omogoči čim prej po sprejetju odločbe.

ZPOmK-1 v zvezi s postopkom sprejemanja začasnih ukrepov iz petega odstavka 45. člena ne pozna nikakršnih procesnih varoval. Pri tem je treba v skladu z načelom lojalne in konsistentne razlage⁴⁵ kot interpretacijski pripomoček pri presoji potrebe po kontradiktornosti uporabiti tudi opisani režim Uredbe 139/2004. Ker določbe ZPOmK-1 ne omogočajo zagotovitve naknadne kontradiktornosti v okviru postopka na prvi stopnji (na primer z vložitvijo ugovora zoper začasni ukrep), učinkovite naknadne kontradiktornosti pa tudi ni mogoče zagotoviti v postopku enostopenjskega sodnega varstva pred Vrhovnim sodiščem, ki praviloma odloča brez obravnave, je treba tudi pred izdajo odločbe po petem odstavku 45. člena ZPOmK-1 zagotoviti kontradiktornost, ki se kaže kot pravica stranke do zaslišanja in kot možnost dajanja izjav.⁴⁶

Določba 45. člena ZPOmK-1 kot ukrepe, ki jih lahko izdaja Agencija, navaja prepoved »podjetjem, pristojnim organom in nosilcem javnih pooblastil uresničevati glasovalne, upravljalске, premoženjske in druge pravice in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije, do izdaje odločbe o skladnosti koncentracije s pravili konkurence«. Zakonodajalec se je – verjetno tudi zaradi izjemno neprimerne načina uvrščanja v zakonsko besedilo (gl. zgoraj) – pri dikciji odločil torej zgolj za prepovedne ukrepe, pri čemer nikjer v določbi ne pojasni, kakšen je namen teh prepovedi (ponavljam, ukrepi iz petega odstavka 8. člena Uredbe so namenjeni zagotavljanju ali vzpostavljanju pogojev učinkovite

⁴⁴ Tako prvi odstavek 18. člena Uredbe 139/2004 določa: »Pred sprejetjem kakršne koli odločbe, predvidene v členu 6(3), členu 7(3), **členu 8(2) do (6)** ter členih 14 in 15, Komisija da udeleženi osebam, podjetjem in podjetniškim združenjem možnost, da **v vsaki fazi postopka vse do posvetovanja s svetovalnim odborom predstavijo svoje poglede na očitke**, ki se nanašajo nanje.«

⁴⁵ Prim. Sklep VS RS opr. št. G 8/2010-17 z dne 20. aprila 2010.

⁴⁶ Prim. prav tam.

konkurence). Peti odstavek 45. člena ZPOmK-1 tako omogoča Agenciji izdajo odločbe, s katero prepoveduje celo paleto ravnanj s pravicami, ki izhajajo iz koncentracije. Ponovno opozarjam, da gre lahko zgolj za pravice, ki izhajajo iz koncentrativnega ravnanja, kar torej pomeni, da je mogoče prepovedati zgolj izvrševanje tistih pravic, ki so bile pridobljene s samim aktom, ki je vodil v spremembo nadzora oziroma kakovosti nadzora. Tako je torej mogoče prepovedati denimo zgolj izvrševanje pravic iz tistih delnic, ki jih je pridobitelj pridobil v trenutku historičnega dogodka, ki je vodil v spremembo nadzora; če je pred tem že bil imetnik manjšega kapitalskega deleža, lahko prosto izvršuje pravice, ki iz njega izhajajo, saj s tem ne izvršuje nadzora. Zakonodajalec določa, da je mogoče prepovedati izvrševanje raznih oblik upravičenj, pri čemer našteva glasovalne, upravljalvske in premoženjske »ter druge« pravice. V prvem in drugem primeru se deloma približa namenu petega odstavka 8. člena Uredbe 139/2004, saj je mogoče s prepovedjo izvrševanja upravljalvskih in glasovalnih upravičenj onemogočiti nadaljnje izvrševanje koncentracije oziroma aktivno in učinkovito izvajanje pridobljenega nadzora. Manj je jasno, zakaj je zakonodajalec prepovedal izvrševanje premoženjskih upravičenj, čeravno tudi dejstvo uresničitve pravice do udeležbe pri dobičku lahko pomeni izvrševanje pridobljenega nadzora. Jasno je vidno, da zakonodajalec ni predvidel nikakršnih vedenjskih (mehkejših) tipov ukrepov, ki smo jih identificirali v okviru določbe petega odstavka 8. člena Uredbe 139/2004.

Kljub tej pomanjkljivosti pa iz dikcije (in predvsem iz logične razlage) določbe petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 izhaja, da zakonodajalec ni imel nikakršnega namena prepovedati razpolaganje z že pridobljenimi pravicami, ki pomenijo nadzor v smislu koncentracije. Prepoved prenosa pridobljenega deleža, ki omogoča nadzor, bi bila namreč popolno pojmovno in vsebinsko nasprotje namenu režima presoje koncentracij (širše) in vsebini določbe petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 (ožje). S prenosom deleža, ki je omogočil nadzor – in tako povzročil koncentracijo –, pridobitelj vzpostavi stanje pred koncentracijo (*de-merger*) in na ta način odpravi razlog za poostreni nadzor v obliki presoje ustreznosti koncentracije. Kot v primeru določbe 44. člena ZPOmK-1 tudi v tem primeru torej velja, da Agencija podjetju, ki je sicer pridobilo nadzor, ne more prepovedati, da bi odstopilo od koncentracije. Popolnoma nesmiselna bi bila namreč situacija, ko bi Agencija z odločbo (naslovljeno neposredno na podjetja ali – celo bolj invazivno – na tretje) podjetju lahko onemogočila razpolaganje s kontrolnim deležem: Agencija bi v takšnem primeru podjetje dejansko in pravno prisilila v imetništvo kontrolnega deleža in torej v koncentracijo, čeravno bi si podjetje želelo delež prodati in s tem izgubiti nadzor ter tako odpraviti temeljni opredelilni element koncentracije.

Dodatno težavo v zvezi s petim odstavkom 45. člena ZPOmK-1 je mogoče identificirati tudi v dejstvu, da zakonodajalec razširja prepoved na osebe, ki niso stranke postopka koncentracije in – bolj moteče – ki niso imetniki deležev. Če naj bi bila pristojnost izrekanja odločbe o prepovedi uresničevanja pravic *nadomestna, sekundarna možnost* prepovedi izvrševanja (dokončanja) koncentracije, ki je mogoča zgolj v primeru, ko podjetja kršijo zakonski suspenz, je razširitev prepovedi na tretja podjetja, nosilce javnih pooblastil in pristojne organe mogoče razumeti zgolj kot dodatno kavtelo, s katero naj se preprečijo vsa dejanja tretjih, ki **v skladu z interpretacijo določb 44. člena ZPOmK-1 in 7. člena Uredbe 139/2004** pomenijo izvrševanje pravic iz koncentracije. Mogočih je več dejanskih stanj. S prepovedjo izvedbe prenosa delnic klirinško depotni družbi je mogoče preprečiti **dokončanje koncentracije** v smislu dokončnega **prenosa deležev** (delnic). Gre torej za situacije t. i. pogodbenih koncentracij – zavezovalni posel o prenosu deleža, ki omogoča nadzor, je sklenjen, razpolagalni posel pa je v skladu s 44. členom ZPOmK-1 prepovedan, saj bi prenos delnic pomenil *dokončanje oziroma izvedbo koncentracije*. Tako je mogoče predvideti predvsem položaje, ko bo nadzor že pridobljen, pa bo s prepovedjo vpisa v sodni register mogoče preprečiti določene statusnopravne spremembe, ki bi pomenile dejansko izvrševanje kontrole in s tem izvrševanje pravic iz koncentracije. Tudi v primerih, ko Agencija začasne ukrepe izreka tretjim, npr. institucijam, ki skrbijo za pravni promet z nematerializiranimi vrednostnimi papirji (npr. KDD), posega v pravni položaj in temeljna lastninska upravičenja podjetij, ki so udeležena v koncentraciji, zato je treba njihove položaje varovati, kot da so stranke postopka.

Ugotovimo torej lahko, da dikcija petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 in njegova interpretacija (tudi v skladu z načelom konsistentne razlage in načelom lojalnosti prek upoštevanja Uredbe 139/2004 kot razlagalnega pripomočka) ne omogočata izreka začasnega ukrepa v smislu prepovedi razpolaganja z deleži oziroma delnicami, kadar bi razpolaganje s pridobljenim kontrolnim deležem (ali deležem, ki je obstajal pred koncentracijo) pomenilo vzpostavitev stanja pred koncentracijo, ko bi takšen prenos torej lahko analogno razumeli kot opustitev koncentracije.

7. SKLEP

Temeljni namen določbe 44. člena ZPOmK-1 je preprečiti izvrševanje (in dokončno izvedbo) koncentracije pred dokončno odločitvijo Agencije o njeni (ne)ustreznosti, kar pomeni, da je treba do trenutka, ko Agencija sprejme takšno odločitev, preprečiti nastanek vsakršnih posledic v smislu izvrševanja koncentracije. Z interpretacijo po namenu in jezikovno interpretacijo je

mogoče ugotoviti, da je treba onemogočiti izvrševanje zgolj tistih pravic, ki vzpostavljajo oziroma omogočajo izvajanje nadzora kot emanacije strukturne spremembe. Suspenzivni učinek 44. člena ZPOmK-1 velja zgolj za dejanja, ki pomenijo vplivanje na strateško poslovno vedenje prej samostojnega subjekta. Enako kot v primeru 7. člena Uredbe 139/2004 tudi v zvezi s 44. členom ZPOmK-1 ne moremo govoriti o suspenzu oziroma prepovedi izvrševanja pravice razpolaganja z deležem, ki ga je pridobilo (s tem pa je prišlo do spremembe nadzora in koncentracije) v koncentraciji udeleženo podjetje.

Razpolaganje s pravicami iz koncentracije v smislu odsvojitve pridobljenih deležev, ki omogočajo nadzor, je tako za Agencijo lahko predvsem pozitivno, saj odpravlja temeljni razlog za njeno delovanje na tem področju – obstoj koncentracije. Takšna možnost je posebej urejena v unijski zakonodaji: Evropska komisija v Prečiščenem obvestilu o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij odkazuje na možnost t. i. opustitve koncentracij. Ker koncentracija v takem primeru preneha obstajati, Komisija brez izdaje odločbe preprosto **preneha** s postopkom presoje. Podjetja, ki so koncentracijo že implementirala, morajo dokazati ponovno vzpostavitev položaja, ki je prevladoval pred uresničitvijo koncentracije. Pomembno je poudariti, da je vzpostavitev položaja, ki je prevladoval pred uresničitvijo koncentracije, mogoča na več načinov, nedvomno pa tudi s prodajo kontrolnega deleža tretjim.

Določba petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 Agenciji omogoča, da v primeru nespoštovanja določb ZPOmK-1 o obveznosti priglasitve in suspenzivnem učinku podjetjem izreka začasne ukrepe v smislu prepovedi izvrševanja pravic iz koncentracije. Takšna prepoved ne more vsebovati prepovedi niti na podlagi 44. člena niti na podlagi petega odstavka 45. člena ZPOmK-1, če razpolaganje rezultira v prenehanju obstoja nadzora (torej se vzpostavi status *quo ante*) in s tem podjetje opusti koncentracijo.

Literatura

- Peter Grilc (ur.): Komentar Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Eduardo Navarro, Andrés Font, Jaime Folguera, Juan Briones: Merger Control in the EU. Oxford University Press, Oxford 2005.
- Franz-Jurgen Sacker, Frank Montag, Gunter Hirsch: Competition Law: European Community Practice & Procedure. Sweet and Maxwell, London 2007.
- John Cooke, Cristopher Kerse: E.C. Merger Control. 3. izdaja. Sweet & Maxwell, London 2000.

Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmaecker: **Wettbewerbsrecht:EG**, 4. izdaja. C. H. Beck, München 2007.

Ulrich Loewenheim, Karl Meessen, Alexander Riesenkauff: **Kartellrecht**, 2. izdaja. C.H. Beck, München 2009.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.72.04:346.546(497.4)

PODOBNIK, Klemen: Suspenzivni učinek nadzora nad koncentracijami v Sloveniji**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 3-4**

Prispevek izjemno podrobno analizira slovensko ureditev suspenzivnega učinka nadzora nad koncentrativnimi procesi. Avtor predstavi številne pomembne izsledke, ki igrajo odločilno vlogo pri razumevanju postopka presoje koncentracij. Članek odstira tudi podrobnosti v zvezi z zakonodajnim postopkom sprejemanja novel Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence-1 in kritično ocenjuje nekatere določbe tega zakona, ki po avtorjevem mnenju nimajo vzporednice v evropski ali primerjalnih zakonodajah. Posebej natančno je analiziran režim 44. in 45. člena ZPOmK-1, pri čemer avtor opozori predvsem na interpretacijo, ki pridobitelju nadzora omogoča izvrševanje pravic v smislu njihove odsvojitve, saj slednja rezultira v stanju, kakršno je bilo pred začetkom koncentracije.

Original Scientific Article

UDC: 347.72.04:346.546(497.4)

PODOBNIK, Klemen: Suspensive Effect of Merger Review in Slovenia**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 3-4**

The article consists of a very detailed presentation and analysis of the suspensive effect of merger review in Slovenia, whereby the author underscores numerous important concepts, crucial for a coherent process of control over concentrations. The article also unveils certain specifics regarding the legislative history of the Prevention of restriction of competition Act (PRCA-1) and critically dissects its particular sections that are without appropriate parallels in comparative legislation. Special attention is reserved for the analysis of Articles 44 and 44 of the PRCA-1. The author presents an important interpretation of the said articles whereby the acquirer of control is allowed to exercise rights arising from a concentration if the exercise results in the status before the concentration.