

Prof. dr Dijana Marković-Bajalović

Pravo konkurencije Evropske unije

Opšta pitanja i *antitrust*

Sarajevo, 2016.

Izdavač
T&T concept d.o.o. Sarajevo

Za izdavača
Vanesa Skoknić

Autor
Prof. dr Dijana Marković-Bajalović

Urednik
Elvir Alimajstorović

Recezeni
Akademik prof. dr Mirko Vasiljević
Prof. dr Hasan Hanić
Prof. dr Nebojša Jovanović

Lektor
Irena Pejić

DTP
T&T concept d.o.o. Sarajevo

Štampa
Savart M d.o.o. Sarajevo

Tiraž
300 kom.

CIP - Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

339.137:347.7(4-67EU)

MARKOVIĆ-Bajalović, Dijana
Pravo konkurencije Evropske unije : opšta pitanja i *antitrust* /
Dijana Marković-Bajalović. - Sarajevo : T & T concept, 2016. - 304 str. :
graf. prikazi ; 24 cm

Bibliografija: str. 292-304 ; bibliografske i druge bilješke uz tekst.

ISBN 978-9926-421-07-6
I. Bajalović, Dijana Marković-Marković-Bajalović, Dijana
COBISS.BH-ID > 22948870

Ova publikacija je urađena uz pomoć Evropske unije. Sadržaj ove publikacije je isključiva odgovornost autora prof. dr Dijane Marković-Bajalović i ni u kom slučaju ne predstavlja stanovišta Evropske unije.

Sadržaj

Predgovor	7
1. Pojam i predmet prava konkurencije. Pojmovna razgraničenja.	9
2. Nastanak i razvoj prava konkurencije	11
2.1. Nastanak i razvoj prava konkurencije u SAD-u	11
2.2. Nastanak i razvoj prava konkurencije u Evropi	12
2.3. Razvoj prava konkurencije u Evropskoj uniji	13
3. Osnovni ekonomski principi i pravo konkurencije	18
3.1. Nevidljiva ruka tržišta	18
3.2. Savršena konkurencija	21
3.3. Monopol	22
3.4. Monopolistička konkurencija	24
3.5. Delotvorna (efektivna) konkurencija	25
3.6. Dinamička konkurencija	26
3.7. Oligopol	27
3.8. Harvardska škola	30
3.9. Čikaška škola	31
3.10. Razvoj ekonomske misli nakon Čikaške škole (Postčikago)	34
4. Ciljevi prava konkurencije	36
4.1. Ekonomsko blagostanje	37
4.2. Očuvanje procesa konkurencije	39
4.3. Ciljevi evropskog prava konkurencije	42
4.4. Ostali ciljevi	48
5. Izvori prava konkurencije Evropske unije	53
5.1. Stvaranje pravnog sistema EU kroz razvoj evropske integracije	53
5.2. Primarni izvori prava EU	54
5.3. Sekundarni izvori prava EU	55
5.4. Primarni izvori prava konkurencije EU	56
5.5. Sekundarni izvori prava konkurencije EU	58
5.6. Meko pravo	61
6. Subjekti prava konkurencije	63
6.1. Preduzeće	63
6.1.1. Ekonomsko jedinstvo	63
6.1.1.1. Grupe društava	64
6.1.1.2. Pravno sledbeništvo	68
6.1.1.3. Društva lica	70
6.1.1.4. Fizička lica	70
6.1.1.5. Deo privrednog društva	71
6.1.2. Obavljanje privredne aktivnosti	71
6.1.2.1. Ustanove javnog prava	72
6.1.2.2. Obavljanje usluga od opšteg ekonomskog interesa	78
6.1.2.3. Ustanove i udruženja privatnog prava	81
6.2. Udruženje preduzeća	83
7. Teritorijalna primena prava konkurencije	84
7.1. Primena prava konkurencije na lica izvan teritorije država-članica	85
7.1.1. Kriterijum efekta	85
7.1.2. Ekstrateritorijalna nadležnost u oblasti kontrole koncentracija	88
7.2. Dostavljanje i izvođenje dokaza izvan Evropske unije	89

7.3. Razgraničenje nadležnosti između organa EU-a i organa država – članica	90
8. Stvarna primena prava konkurencije Evropske unije	93
8.1. Izuzeti sektori	93
8.2. Primena pravila konkurencije u regulisanim sektorima	94
8.2.1. Telekomunikacije	94
8.2.2. Finansijske usluge	96
9. Relevantno tržište	98
9.1. Metodologija određivanja relevantnog tržišta	101
9.2. Ograničenja SSNIP testa	107
9.3. Određivanje relevantnog tržišta u specifičnim slučajevima	109
9.3.1. Cenovna diskriminacija	109
9.3.2. Tržišta kompatibilnih proizvoda i rezervnih delova	110
9.3.3. Dvostrana tržišta	110
9.3.4. Tržište diferenciranih proizvoda	111
9.3.5. Tržište novih proizvoda i inovacija	112
9.4. Praksa određivanja relevantnog tržišta u Evropskoj uniji	112
9.4.1. Slučaj Komeršal Solvents	113
9.4.2. Slučaj Junajted Brends	113
9.4.3. Slučaj Hofman-Laroš	114
9.4.4. Slučaj Mišelin	115
9.4.5. Slučaj Britiš Ervejz	116
9.4.6. Slučaj Hjugin	118
9.4.7. Sučaj Tetrapak	120
9.4.8. Slučaj Majkrosoft	122
9.4.9. Slučaj Nintendo	122
9.4.10. Obaveštenje Komisije o određivanju relevantnog tržišta	124
10. Sporazumi kojim se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija (restriktivni sporazumi)	128
10.1. Pojam i oblici restriktivnih sporazuma	129
10.1.1. Prećutno zaključenje ugovora	130
10.1.1.1. Sandoz	131
10.1.1.2. Bajer	131
10.1.1.3. Folksvagen II	132
10.1.1.4. Tisen	133
10.1.1.5. Enik	133
10.1.2. Mane volje	134
10.1.3. Odluke udruženja preduzeća	135
10.1.4. Usaglašena praksa	137
10.1.4.1. Dajstafs	138
10.1.4.2. Šuiker Unie	139
10.1.4.3. Vudpalp	140
10.1.4.4. Trojhand	142
10.2. Ciljna i posledična ograničenja konkurencije	142
10.2.1. Horizontalni i vertikalni sporazumi	143
10.2.2. Ciljna ograničenja konkurencije među konkurentima (horizontalna ciljna ograničenja)	144
10.2.2.1. Sporazumi o cenama	145
10.2.2.2. Sporazumi o ograničavanju ponude	147

10.2.2.3. Sporazumi o podeli tržišta	149
10.2.2.4. Kolektivni bojkot	151
10.2.2.5. Ciljna ograničenja u sporazumima o istraživanju i razvoju i transferu tehnologije	152
10.2.3. Vertikalna ciljna ograničenja	152
10.2.3.1. Utvrđivanje cena u daljoj prodaji	152
10.2.3.2. Necenovna ograničenja dalje prodaje (ograničenja u pogledu teritorije ili kupaca)	156
10.2.3.3. Ograničenja prodaje primaoca licence	158
10.2.4. Ostala ciljna ograničenja	159
10.2.5. Posledična ciljna ograničenja	159
10.2.5.1. Efekti sporazuma na <i>interbrand</i> i <i>intrabrand</i> konkurenciju	160
10.2.5.2. Pomoćna ograničenja	161
10.3. Sporazumi <i>de minimis</i>	163
10.4. Ništavost sporazuma	164
10.5. Izuzeće sporazuma od zabrane	165
10.5.1. Doprinos unapređenju proizvodnje ili distribucije robe ili podsticanju ekonomskog ili tehničkog razvoja	166
10.5.2. Pravičan udeo za potrošače	168
10.5.3. Neophodnost ograničenja	170
10.5.4. Nepostojanje mogućnosti za eliminisanje konkurencije u pogledu značajnog dela proizvoda	170
11. Dominantan položaj	172
11.1. Tržišni udeo	178
11.2. Prepreke ulasku	184
11.3. Ekonomska snaga kupca	189
11.4. Cene i profiti	190
11.5. Kolektivna dominacija	192
11.5.1. Slučaj Italijansko ravno staklo	192
11.5.2. Slučaj Brodarske konferencije	194
11.5.3. Slučaj Ajriš Šugar	194
11.5.4. Zaključak o pojmu kolektivne dominacije	195
12. Zloupotreba dominantnog položaja	197
12.1. Zloupotreba – objektivan pojam?	198
12.2. Štetna posledica – ugrožavanje kompetitivne strukture tržišta i/ili nanošenje štete potrošačima?	199
12.3. Eksploativne i eliminatorne zloupotrebe	200
12.4. Razlikovanje 'normalne' konkurencije od eliminatornih zloupotreba	202
12.4.1. Odstupanje od metoda normalne konkurencije	204
12.4.2. Ugrožavanje konkurencije	205
12.5. Efektivni pristup	206
12.6. Štetna posledica – integracija tržišta	207
12.7. Kazualna veza između tržišne dominacije i štetne posledice	208
13. Nametanje nepravičnih cena i drugih uslova poslovanja	210
13.1. Nepravične cene	210
13.2. Drugi nepravični uslovi poslovanja	213
14. Ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača	214

15. Diskriminacija konkurenata	217
15.1. Cenovna diskriminacija	217
15.1.1. Predatorska praksa	220
15.1.1.1. Ekonomske metode za dokazivanje predatorske prakse	221
15.1.1.2. Opravdanje predatorske prakse	226
15.1.1.3. Isplativost predatorstva (<i>Recoupment</i>)	227
15.1.1.4. Namera predatora	228
15.1.1.5. Ostali oblici predatorstva	229
15.1.1.6. AKZO	230
15.1.1.7. Tetrapak II	231
15.1.1.8. Vanadu	232
15.1.1.9. Bojni brodovi	233
15.1.1.10. Komisija o predatorskoj praksi	234
15.1.2. Cenovne makaze (<i>Margin squeeze</i>)	237
15.1.2.1. Nešnal Karbonajzing	239
15.1.2.2. Nepir Braun – Britiš Šugar	240
15.1.2.3. Dojče Telekom	241
15.1.3. Selektivni popusti i rabati	245
15.1.3.1. Portugalske tarife za prizemljenje	246
15.1.3.2. Hofman – La Roš	247
15.1.3.3. Mišelin I	249
15.1.3.4. Mišelin II	251
15.1.3.5. Britiš Ervejz	254
15.1.3.6. Tomra	256
15.1.3.6. Intel	260
15.2. Odbijanje poslovanja	263
15.2.1. Američka teorija i sudska praksa o teoriji neophodnih postrojenja	264
15.2.2. Praksa Komisije i Suda pravde EU	268
15.2.2.1. Junajted Brends	268
15.2.2.2. Si Kontejner – Stena Silink	269
15.2.2.3. Aerodrom Frankfurt	271
15.2.2.4. Britiš Midlends – Er Lingus	272
15.2.2.5. Magil	274
15.2.2.6. Oskar Broner	276
15.2.2.7. Tirs Ledbrouk	277
16. Vezana prodaja	278
16.1. Ekonomska teorija o vezanoj trgovini	279
16.2. Praksa Evropske unije	282
16.2.1. Nepir Braun – Britiš Šugar	283
16.2.2. Telemarketing	283
16.2.3. Alsatel	284
16.2.4. Hilti	284
16.2.5. Tetrapak II	285
16.2.6. Van den Berg Fuds	287
16.2.7. Majkrosoft	288

Bibliografija	292
----------------------	------------

Predgovor

„Rimski ugovor je ugovor o konkurenciji” - sa tim rečima je Žan Mone (Jean Monnet), idejni tvorac današnje Evropske unije veoma jasno odredio značaj politike i prava konkurencije, kamena temeljca moderne tržišne ekonomije, prilikom sklapanja Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici 1957. godine u Rimu.

Od 1957. godine pa do danas mnogo se stvari dogodilo (pa i menjalo), od naziva pa do obima samih ugovora, od broja država članica, pa do strukture zajedničkih organa, ali jedna stvar se nikako nije promenila – a to su materijalnopravne odredbe o konkurenciji; menjala se numeracija (pa je npr. član koji određuje restriktivne sporazume, najpre bio označen brojem 85, pa zatim brojem 81, da bi ga danas mogli naći pod brojem 101); menjala su se procesna pravila i obim nadležnosti, ali materijalnopravne odredbe (sažete u pet članova) ostale su iste.

Politika Evropske unije na području konkurencije se menja i nadograđuje, sve u cilju efikasnije primene, pa se tako uvode novi instituti i određuju novi prioriteti, da bi se sa više fleksibilnosti postigla veća efikasnost. Celokupan pravni okvir Evropske unije možemo zbog toga označiti kao “pokretnu metu”, jer se okvir stalno menja, a posebno mesto u tom razvojnom trendu imaju odluke Evropske komisije i Evropskog suda pravde. Za kontinentalnu pravnu praksu je uloga tzv. mekog prava (*soft law*) nešto novo, ali ono zauzima značajno mesto u svim državama članicama Evropske unije, pa i u onim državama, koje su se sporazumima obavezale da će primenjivati jednake standarde na području konkurencije, kao što je to Bosna i Hercegovina.

Već danas, od reforme politike i prava konkurencije iz 2003. godine, sudije u državama članicama Evropske unije su dužne da vode računa o tome da njihove odluke ne budu u suprotnosti sa prethodno donesenim odlukama Evropske komisije i Evropskog suda pravde, što sa jedne strane doprinosi većoj pravnoj predvidljivosti, a sa druge strane znači da je poznavanje prava i politike konkurencije, a naročito odluka Evropskog suda pravde, neophodno u svakodnevnom životu svih koji na bilo koji način učestvuju na tržištu, ili na tržište utiču.

Autor prof. dr. Dijana Marković-Bajalović u svojoj knjizi se ograničila na klasične povrede konkurencije (restriktivne sporazume i zloupotrebe dominantnog položaja), “rak rane” tržišne ekonomije. Poseban kvalitet ove knjige predstavlja analiza najznačajnijih odluka Evropskog suda pravde, sa odabranim “udarnim” citatima odluka, kroz koje se vidi način razmišljanja i odlučivanja tog suda, a to značajno doprinosi pravnoj predvidljivosti i pravnoj sigurnosti.

Priručnik (priručnik zbog toga, jer bi ga bilo pametno sve vreme imati pri ruci) predstavlja odličan vodič kroz politiku i pravo konkurencije, pri čemu se korisnik može osloniti na odabrane analize odluka Evropskog suda pravde u svim relevantnim slučajevima – kod identifikacije problema, kod promene ponašanja u cilju izbegavanja kršenja zakona i kazni kao posledica istih, u procesnim radnjama, pa i kod donošenja odluka od strane nadležnih organa.

Autoru je u okviru projekta podrške Konkurencijskom vijeću BiH, koji finansira Evropska unija, bilo omogućeno da pripremi ovu knjigu, a svaki korisnik će sam doneti odluku da li mu je to dovoljno ili su mu potrebne detaljnije informacije – a spisak literature i odluka mu to omogućava.

Sarajevo, april 2016.

Andrej Plahutnik

1. Pojam i predmet prava konkurencije. Pojmovna razgraničenja.

Naziv pravo konkurencije (eng. *Competition law*, franc. *Droit de concurrence*, nem. *Wettbewerbsrecht*, ital. *Diritto de la concorenzza*) uobičajeno se koristi u pravu Evropske unije i nacionalnim pravima evropskih država. Pored njega, u upotrebi su nazivi: pravo protiv ograničavanja konkurencije, antimonopolsko pravo, antitrustovsko pravo i kartelno pravo.

Pravo konkurencije je grana prava kojom se uređuju ponašanja privrednih društava, preduzetnika i drugih privrednih subjekata na tržištu, sa neposrednim ciljem očuvanja slobodne tržišne utakmice, a radi zaštite interesa potrošača i uvećanja ekonomskog blagostanja društva. U širem smislu, pravo konkurencije uređuje i akte javne vlasti koji dovode do neravnopravnog položaja učesnika tržišne utakmice (pravila o državnoj pomoći). Pravo konkurencije u užem smislu odnosi se samo na ponašanja privatnih lica, učesnika tržišne utakmice (privredna društva, preduzetnici i druga fizička i pravna lica koja stalno, povremeno ili jednokratno učestvuju u prometu robe i usluga), kao i na ponašanje organa i drugih tela države i lokalne samouprave kada istupaju na tržištu sa ciljem ostvarivanja dobiti (akti *iure gestionis*).

Pravo konkurencije potrebno je razlikovati od prava nelojalne konkurencije, kao zasebne pravne discipline. Pravo nelojalne konkurencije je grana privatnog prava, dok je pravo konkurencije grana javnog prava. Pravom nelojalne konkurencije uređuju se i sankcionišu ponašanja privrednih subjekata kojima se nanosi šteta drugim privrednim subjektima u konkurenciji na tržištu. Primeri takvih ponašanja su ocrnjivanje (iznošenje neistinitih ili uvredljivih tvrdnji o konkurentu koje su podobne da naruše njegov poslovni ugled), obmanjivanje kupaca ili potrošača, neovlašćena upotreba tuđeg robnog ili uslužnog žiga, autorskih prava ili drugih prava intelektualne svojine (piraterija) i dr. Akti nelojalne konkurencije sankcionišu se građanskopravnim sankcijama. Privredni subjekat koji je pretrpeo štetu zbog radnji nelojalne konkurencije, može u građanskoj parnici zahtevati prestanak daljeg vršenja radnji i naknadu prouzrokovane štete. Nasuprot tome, pravo konkurencije nema za neposredni cilj zaštitu subjektivnih prava privrednih subjekata. Pravo konkurencije štiti konkurenciju kao opšte dobro, zbog pozitivnih efekata koje konkurencija ima za privredni progres društva i blagostanje potrošača. Povrede prava konkurencije sankcionišu se administrativnim merama i sankcijama koje privrednim subjektima izriče organ uprave nadležan za primenu prava konkurencije, ili sud na zahtev organa uprave, a pojedine teže povrede prava konkurencije sankcionišu se i krivičnopravnim sankcijama. Kako bi se uočila razlika između zaštitnih objekata ovih dveju grana prava, u pojedinim nacionalnim pravnim sistemima se pravo konkurencije označava terminom pravo protiv ograničavanja konkurencije (nem. *Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), koji je precizniji i samim tim ispravniji. Može se dogoditi u praksi da radnje privrednih subjekata kojima se sprečava ili ograničava delovanje konkurencije istovremeno nanose štetu drugim privrednim subjektima. Tada dolazi do

preklapanja polja primene prava (protiv ograničavanja) konkurencije i prava nelojalne konkurencije. Međutim, organ uprave nadležan za zaštitu konkurencije delovaće u okviru svojih nadležnosti samo ako proceni da se radnjom kojom jedan privredni subjekat nanosi štetu drugom privrednom subjektu istovremeno sprečava ili ograničava konkurencija na tržištu u značajnoj meri.

U zemljama anglosaksonskog pravnog kruga pravo konkurencije označava se terminima antitrustovsko ili antimonopolsko pravo. Naziv antitrustovsko pravo (eng. *Antitrust law*) potiče od naziva prvog američkog zakona kojim je najavljen početak borbe protiv trustova, oblika koncentracija privrednih subjekata koji su preovlašivali u SAD-u u drugoj polovini 19. veka – Šermanovog antitrustovskog zakona iz 1890. U pravu Evropske unije termin *antitrust* koristi se da označi klasične povrede konkurencije – ponašanja privrednih subjekata sankcionisana članovima 101 i 102 UFEU-a. Ta ponašanja su regulisana analogno, iako ne identično, članovima 1 i 2 Šermanovog zakona SAD-a.

Povremeno se upotrebljava i termin kartelno pravo (nem. *Kartellrecht*). Izraz kartel je nemačkog porekla i označava forme privrednog udruživanja koje su se pojavile u Nemačkoj u periodu pre i nakon Prvog svetskog rata. Reč kartel danas označava najteže oblike ograničenja konkurencije – sporazume o cenama, podeli tržišta, nameštanju tendera, kolektivnom bojkotu i dr.

2. Nastanak i razvoj prava konkurencije

Prvi oblici pravne zaštite slobodne konkurencije javljaju se u doba liberalnog kapitalizma u Engleskoj. Engleski *common law* sudovi pružali su pravnu zaštitu slobodnoj trgovini, poništavajući klauzule u ugovorima kojima se jednoj ugovornoj strani nameću ograničenja u slobodnom istupanju na tržištu (eng. *contracts in restraint of trade*). Engleski sudovi ograničili su i pravo kralja da izdaje patentna pisma, jednu vrstu ekskluzivne koncesije za bavljenje određenom delatnošću, u čuvenom slučaju *Case of Monopolies* iz 1602. Dve decenije kasnije, 1623. godine, engleski Parlament doneo je Zakon o monopolima, kojim je ograničeno pravo engleske krune da dodeljuje patentna pisma. Engleski, a nešto kasnije i američki sudovi, presuđivali su u ovim sporovima prevashodno na osnovu svog osećaja za pravično, što je utrlo put razlikovanju nerazumnih od razumnih ograničenja trgovine. Navedeno razlikovanje opstalo je i u savremenom pravu konkurencije, kroz podelu na apsolutno zabranjena (*per se*) i relativno zabranjena (*rule of reason*) ograničenja konkurencije.

2.1. Nastanak i razvoj prava konkurencije u SAD-u

U SAD-u tokom 19. veka tekao je proces ukрупnjavanja kapitala. Najčešća forma privrednih koncentracija bio je trust (eng. *trust*), pravna ustanova kojom jedno lice poverava svoju imovinu na upravljanje drugom licu. Putem ustanove trasta američki biznismeni zaobilazili su sudsku zabranu zaključivanja restriktivnih ugovora. U američkoj javnosti, a posebno među radnicima, sitnim farmerima i trgovcima, rastao je otpor prema trustovima, jer se ukрупnjavanje kapitala odvijalo putem mera ekonomske, pa čak i fizičke prisile koju su upražnjavali nekolicina američkih tajkuna. Na talasu tog otpora senator Šerman predložio je u američkom Kongresu zakon koji je proglašavao zabranjenim sve monopole i ograničenja u trgovini. Članom 1 Šermanovog zakona proglašeni su nezakonitim svi ugovori, udruživanja u formi trasta ili nekoj dugoj formi ili tajni dogovori kojima se ograničava promet ili trgovina između nekoliko federalnih država SAD-a ili sa stranim državama. Članom 2 propisana je zabrana monopolisanja ili pokušaja monopolisanja, te udruživanje ili tajno dogovaranje u cilju monopolisanja bilo kojeg dela prometa ili trgovine između nekoliko federalnih država ili sa stranim državama. Šermanov zakon je opisana ponašanja sankcionisao kao krivično delo, a za njegovo sprovođenje bili su nadležni Antimonopolno odeljenje Ministarstva pravde SAD-a i Vrhovni sud SAD-a. Početkom 20. veka, usvojen je Klejtonov zakon.¹ Taj zakon je sankcionisao ponašanja koja su ostala izvan domašaja Šermanovog zakona. Članom 7 Klejtonovog zakona zabranjeno je licima koja se bave trgovinom da stiču akcije ili udele u kapitalu, imovinu ili deo imovine drugog lica koje se takođe bavi trgovinom, ako bi posledica takvog sticanja mogla biti značajno smanjenje konkurencije ili tendencija stvaranja monopola. Klejtonov zakon je

¹ Clayton Act, 15 U.S. Code, Sec. 12-27.

kreirao pravni osnov za kontrolu koncentracija privrednih subjekata koje su se realizovale kupovinom akcijskog kapitala ili imovine ili delova imovine kompanija. Za sprovođenje Klejtonovog zakona zadužena je, pored Ministarstva pravde, i Savezna trgovinska komisija, samostalna i nezavisna organizacija u sistemu izvršne vlasti SAD-a, koja je formirana iste godine kada je usvojen Klejtonov zakon. Komisija u prvom stepenu donosi odluke kojima može naložiti učesnicima u trgovini zabranu određenog ponašanja ili obavezu ponašanja na određeni način. Šermanov i Klejtonov zakon i danas čine jezgro prava konkurencije SAD-a.

2.2. Nastanak i razvoj prava konkurencije u Evropi

Države kontinentalne Evrope u 19. veku više su bile sklone negovanju korporativnog duha. Saradnja među privrednicima je odobravana, pa čak i podsticana, kao sredstvo socijalne kohezije i staranja o slabijim konkurentima. Naročito je Nemačka za vreme vlade kancelara Bizmarka blagonaklono gledala na kartele. Nemački carski sud je krajem 19. veka proglasio kartel nemačkih proizvođača drvne mase zakonitim, sa obrazloženjem da je kartel imao za cilj očuvanje članova od propasti u vreme ekonomske krize. Međutim, nemačka javnost je uočavala štetne posledice kartela, koje su se u prvom redu ogledale u višim cenama istih proizvoda na domaćem tržištu, u poređenju sa cenama na inostranim tržištima. Zbog toga je za vreme Vajmarske republike učinjen prvi pokušaj da se karteli stave pod državnu kontrolu. Godine 1923. doneta je Kartelna uredba, kojom su ministru nadležnom za privredu data ovlašćenja da preduzima mere protiv kartela. Uredba nije imala nikakvog efekta, a Nemačka je u periodu između dva svetska rata bila poznata kao zemlja kartela. Nacisti su putem kartela nemačku privredu upregli, kako bi se zemlja što brže pripremila za predstojeće nacističko osvajanje sveta. Karteli su bili pogodno sredstvo za planiranje i racionalizaciju ratne proizvodnje. Po uzoru na nacističku Nemačku, ostale vodeće evropske sile u predvečerje Drugog svetskog rata, takođe uvode obaveznu kartelizaciju privrede.

Naizgled iznenađujuće, upravo se na tlu nacističke Nemačke tokom tridesetih godina 20. veka rađa Škola ordoliberala, koja je postavila idejnu podlogu za nastanak i razvoj prava konkurencije u posleratnoj Evropi. Ordoliberali su bili pobornici slobodnog tržišnog privređivanja, jer su smatrali da takav sistem privređivanja omogućuje maksimalnu slobodu pojedinca u ekonomskoj sferi, ali su bili svesni da takav sistem ne nastaje i ne održava se sam od sebe. Budući da su bili svedoci razornih posledica zloupotreba privatne ekonomske moći za vreme Vajmarske republike, zalagali su se za njenu disperziju, odnosno uklanjanje monopola. Osim toga, ordoliberali su snažno podržavali ideju da je slobodna konkurencija jedini način da jedno društvo brzo ekonomski napreduje. Smatrali su da je intenzitet konkurencije u direktnoj srazmeri sa ekonomskim napretkom – što je konkurencija na tržištu veća, ekonomija brže napreduje. Uloga države u ekonomskoj sferi

ogleda se u indirektnom regulisanju. Državna vlast ne sme da diriguje ekonomske procese, već samo da stvara forme i strukturalne uslove u kojima ti procesi mogu efikasno da deluju. Centralnu ulogu u uspostavljanju i očuvanju ekonomskog sistema zasnovanog na potpunoj konkurenciji ordoliberali su poverili novoj grani prava – pravu protiv ograničavanja konkurencije. Ekonomske mere države, smatrali su oni, imale bi malo efekta ako bi učesnici na tržištu mogli da se sporazumevaju o cenama i ograničavanju ponude, ili ako bi ekonomski moćni tržišni učesnici mogli tu svoju moć da iskoriste kako bi eliminisali konkurenciju.

Sledbenici škole ordoliberalna su zauzimali vodeće funkcije u Nemačkoj nakon Drugog svetskog rata. Njihove ideje, kao i uticaj američke okupacione vlasti, doprineli su razbijanju kartela i stvaranju temelja nemačke socijalne tržišne privrede. Ludvig Erhart, posleratni ministar privrede i zatim kancelar, ocenio je da je opredeljenje za socijalnu tržišnu privredu doprinelo brzom oporavku i stvaranju nemačkog privrednog čuda nakon Drugog svetskog rata². Za vreme svog mandata ministra privrede, godine 1947. formirao je radnu grupu za izradu Zakona protiv ograničavanja konkurencije. Prvi nacrt tog zakona temeljio se u potpunosti na idejama ordoliberalna, ali je konačna verzija (usvojena 1957. godine) predstavljala kompromis sa stavovima nemačkih privrednika.

2.3. Razvoj prava konkurencije u Evropskoj uniji

Nakon Drugog svetskog rata aktivirana je ideja stvaranja evropske ekonomske integracije, kako bi se eliminisali izvori potencijalnih neprijateljstava u posleratnoj Evropi. Francuski ministar Robert Šuman, na konferenciji u Parizu 1951., izneo je nemačkoj delegaciji plan udruživanja francuskih i nemačkih kapaciteta za proizvodnju uglja i čelika, što je rezultiralo formiranjem Evropske zajednice za uglj i čelik (dalje u tekstu: EZUČ). Ugovor o osnivanju EZUČ-a sadržao je odredbe o konkurenciji. Smatra se da su razlozi unošenja odredaba o konkurenciji u Ugovor bili namera francuske strane da se razbije kartel nemačkih proizvođača čelika, ali i uticaj SAD-a, koje su svoju finansijsku pomoć razorenoj Evropi uslovljavale otvaranjem tržišta uglja i čelika za konkurenciju.³ Član 65 Ugovora o EZUČ-u je zabranjivao sporazume između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i usaglašenu praksu koji neposredno ili posredno imaju tendenciju sprečavanja, ograničavanja ili narušavanja konkurencije na zajedničkom tržištu uglja i čelika. Članom 66 Ugovora dato je ovlašćenje Visokoj vlasti, organu EZUČ-a, da sprovodi kontrolu koncentracija na tržištu uglja i čelika koje se sprovode putem statusne promene spajanja, sticanjem akcija, delova preduzeća ili njegove imovine, zajmovima, ugovorima ili drugim sredstvima kontrole.

² D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe - Unbounded Prometheus*, Oxford University Press, 2001. s. 61-62.

³ G. Marenco, *The Birth of Modern Competition Law in Europe*, u: A. Von Bogdandy, P.C. Mavroidis, Y. Mény, *European Integration and International Co-ordination*, Hague, 2010. s. 293.

Godine 1957., iste godine kada je donet nemački Zakon protiv ograničavanja konkurencije, u Rimu je potpisan Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (u daljem tekstu: EEZ). Jedan od osnovnih ciljeva EEZ-a bio je stvaranje zajedničkog tržišta, na kojem neće postojati prepreke slobodnom protoku robe, lica, usluga i kapitala. Taj cilj nije bilo moguće ostvariti bez jedinstvenih pravila konkurencije koja će vladati na zajedničkom tržištu. U nedostatku tih pravila, evropski privrednici bi bili u prilici da stvaraju privatne barijere prometu robe i usluga u trgovini između država – članica EEZ-a, upražnjavanjem praksi usmerenih na sprečavanje ili ograničavanje slobodne konkurencije. Slobodna konkurencija trebalo je da doprinese ekonomskom progresu članica EEZ-a, jer su evropski privrednici dobili priliku da iskoriste prednosti velikog tržišta.

Stoga je Ugovor o osnivanju EEZ-a predvideo odredbe posvećene politici konkurencije (čl. 85-94). Materijalnopravne odredbe kojima je regulisano ponašanje preduzeća na zajedničkom evropskom tržištu propisane su članovima 85 i 86 Ugovora. Članom 85 zabranjeni su sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i usaglašena praksa koji imaju za cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije, ukoliko mogu da ugroze trgovinu između država – članica. Članom 86 zabranjena je zloupotreba dominantne pozicije jednog ili više preduzeća na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, ukoliko mogu da ugroze trgovinu između država – članica. Preovlađujuća je ocena stručnjaka da su sledbenici Škole ordoliberalala, koji su učestvovali u pregovorima prilikom zaključenja Ugovora o EEZ-u, dosta uticali na konačnu formulaciju materijalnopravnih odredaba o konkurenciji.⁴ U meri u kojoj je to tačno, evropski sistem zaštite konkurencije ima za temelj njihove ideološke stavove, što je doprinelo razmimoilaženju evropskih i američkih organa prilikom izbora primarnih ciljeva prava konkurencije.

Članom 87 Ugovora o osnivanju EEZ-a dato je ovlašćenje Savetu EEZ-a da, na predlog Komisije, donosi propise kojima će se obezbediti primena članova 85 i 86. Članom 90 regulisan je položaj javnih preduzeća, preduzeća kojima države – članice daju posebna ili isključiva prava i preduzeća koja obavljaju usluge od opšteg ekonomskog interesa ili imaju karakter finansijskog monopola. Članovima 92-94 uspostavljen je sistem kontrole finansijske pomoći koje države – članice dodeljuju svojim preduzećima, kako bi se onemogućilo da finansijska pomoć poremeti uslove odvijanja konkurencije na zajedničkom tržištu, dovodeći preduzeća iz pojedinih država članica u povoljniji položaj u konkurenciji.

Odredbe o politici konkurencije su bez promena preživjele sve izmene Rimskog ugovora i kasnije faze razvoja evropske integracije. Menjala se jedino numeracija, pa je nakon zaključenja Ugovora iz Mastrihta, kojim je 1993. godine stvorena Evropska unija, politika konkurencije regulisana članovima 81-90 Ugovora o osnivanju EZ-a, da bi nakon stupanja

⁴ Gerber, *op.cit.*, s. 73; P. Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Oxford, Portland, 2012. s. 82-83.

na snagu Lisabonskog ugovora, 1. januara 2010. godine, odgovarajuće odredbe bile ugrađene u Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (dalje u tekstu: UFEU), članovi 101-110. Nikako, međutim, ne treba biti u zabludi da je evropsko pravo konkurencije ostalo zamrznuto na onom stepenu razvoja na kom je bilo u vreme zaključenja Rimskog ugovora. Naprotiv, ono je postepeno evoluiralo, ali se proces njegove evolucije ne može pratiti kroz izmene osnivačkih ugovora, već proučavanjem sadržine opštih i pojedinačnih akata koje su evropski organi, Savet, Komisija i Sud pravde, donosili na osnovu ovlašćenja iz članova 85-94 Ugovora o osnivanju EEZ-a (sadašnji čl. 101-110 UFEU-a).

Tako je Komisija je Uredbom 17/62⁵ dobila izuzetno velika proceduralna ovlašćenja, na osnovu kojih je mogla da efikasno sprovodi pravila konkurencije sadržana u osnivačkom ugovoru. Komisija je istovremeno dobila ovlašćenja potrebna za vođenje istrage o povredama članova 85 i 86 i ovlašćenje da donosi odluke kojima utvrđuje postojanje povrede i izriče mere i sankcije prema preduzećima prekršiocima. Takva ovlašćenja Komisija nema u drugim sferama nadležnosti obuhvaćenih osnivačkim ugovorima. Ona svedoče o značaju delotvorne primene prava konkurencije za stvaranje i očuvanje evropske ekonomske integracije.

Sve do 2003. godine Komisija i Sud pravde EU su imali isključivo pravo da primenjuju pravila konkurencije sadržana u osnivačkom ugovoru. Uredbom 1/2003⁶ uspostavljena je konkurentna nadležnost nacionalnih organa država – članica za primenu prava konkurencije EU. Članom 5 Uredbe 1/2003 data su ovlašćenja nacionalnim organima za konkurenciju država – članica da donose odluke kojima mogu utvrditi obavezu da se prestane sa aktom ili radnjom povrede konkurencije, izreći privremene mere, prihvatiti obaveze preduzeća protiv koga vode postupak, izreći novčane kazne, penale i druge kazne koje predviđa njihovo nacionalno zakonodavstvo. Uredba 1/2003 ostavila je slobodu državam – članicama da odrede kom nacionalnom organu će poveriti nadležnosti za izvršavanje ovlašćenja utvrđenih članom 5, ne uplićući se u pitanje njihovog karaktera i položaja u strukturi organa vlasti. To mogu biti upravni ili sudski organi, a Uredbom je implicitno predviđena mogućnost podele nadležnosti na dva organa – jednog koji vodi istragu, i drugog, koji izriče kaznu. Sudovima država – članica je članom 6 Uredbe 1/2003, takođe eksplicitno dato ovlašćenje da primenjuju pravila konkurencije EU-a. Time su u Evropskoj uniji otvorena vrata za sprovođenje pravila konkurencije na privatnoj osnovi. Oštećeno lice može tužbom pred nacionalnim sudom pokrenuti postupak za naknadu štete prouzrokovanu radnjom za koju smatra da je suprotna odredbama članova 101 i 102 UFEU-a. Sud u tom postupku mora prethodno ustanoviti postojanje odgovornosti za

⁵ *Council Regulation No 17 (EEC): First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*, Službeni list EEZ br. 13, 21.02.1962.

⁶ *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16th December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Uredba Saveta EZ br. 1/2003 od 16. decembra 2002. o primeni pravila konkurencije utvrđenih članovima 81 i 82 Ugovora)*, Službeni list EU L 1, 4.01.2003.

povredu tih članova, odnosno neposredno ih primeniti, na šta je ovlašćen članom 6 Uredbe 1/2003. Uvodeći konkurentu nadležnost nacionalnih i EU-ovih organa u pogledu primene pravila konkurencije, Evropska unija je nužno morala i da razreši pitanje sukoba nadležnosti – šta se dešava kada jedan nacionalni organ pokrene postupak zbog povrede pravila konkurencije EU-a, a drugi nacionalni organ ili Komisija, takođe namerava da u istoj stvari vodi postupak? Sukob nadležnosti između Komisije i nacionalnih organa rešen je u korist Komisije. Kada Komisija odluči da pokrene postupak u stvari u kojoj se već vodi postupak pred nacionalnim organima za konkurenciju, nacionalni organi više nisu nadležni da postupaju u toj stvari.⁷ Ipak, pre nego što odluči da pokrene postupak, Komisija je u obavezi da se konsultuje sa odnosnim nacionalnim organom.

Uredba 1/2003 postavila je osnove za saradnju Komisije i nacionalnih organa za konkurenciju u članu 11, koji ih obavezuje da tesno sarađuju. Komisija je obavezna da nacionalnim organima za konkurenciju dostavlja kopije najznačajnije dokumentacije kojom raspolaže. Nacionalni organi za konkurenciju, takođe imaju ovlašćenje i obavezu da međusobno razmenjuju dokumentaciju, uključujući i poverljivu, koja im je potrebna za donošenje odluka primenom članova 101 i 102.⁸

Ujednačavanje prakse nacionalnih sudova i organa za konkurenciju u primeni članova 101 i 102 obezbeđeno je na više načina.⁹ Prvo, sudovi država – članica dobili su pravo da traže od Komisije da im dostavi sve relevantne podatke koji su im potrebni za rešavanje određenog slučaja, te da zatraže mišljenje Komisije oko određenih pitanja u vezi sa primenom čl. 101 i 102. Drugo, nacionalni organi za konkurenciju su ovlašćeni da sudovima država – članica podnose pismena izjašnjenja, te da, uz dozvolu suda, učestvuju u raspravi i daju svoja usmena opažanja u vezi predmeta spora. Treće, nacionalni sudovi ne mogu doneti odluku koja bi bila suprotna već donetoj odluci Komisije u odgovarajućem slučaju. Štaviše, nacionalni sudovi moraju da se uzdrže od donošenja odluke koja bi bila suprotna odluci koju Komisija planira da donese, već nacionalni sudovi treba u tom slučaju da razmotre mogućnost prekida postupka. Nacionalni organi za konkurenciju takođe ne smeju doneti odluku koja bi protivurečila odluci Komisije.

Institucionalni kapaciteti Komisije ojačani su time što je dobila pravo da zahteva od nacionalnih organa da joj pruže pomoć u vođenju istrage, a naročito prilikom pregleda poslovnih i drugih prostorija preduzeća i saslušavanja ovlašćenih lica i zaposlenih u preduzeću. Nacionalni organi za konkurenciju takođe mogu jedni drugima pružati pomoć u vođenju istrage i sprovoditi istražne radnje u ime i za račun drugog nacionalnog organa.

⁷ Član 11 stav 6 Uredbe 1/2003.

⁸ Član 12.

⁹ Član 16.

Uredba 1/2003 podstakla je razvoj Evropske mreže za konkurenciju (*European Competition Network*), koja je bila formirana ranije, a sada je iskorišćena kao okvir za saradnju nacionalnih organa za konkurenciju i Komisije. Pored formalnih kontakata, ona je omogućila i neformalne kontakte i saradnju, koji su rezultirali "mekanom" harmonizacijom mnogih materijalno-pravnih i proceduralnih pitanja.¹⁰

Pravila konkurencije sadržana u osnivačkom ugovoru nisu regulisala koncentracije privrednih subjekata. Tvorcima evropske integracije smatrali su da treba pustiti evropska preduzeća da narastu do mere koja će ih učiniti konkurentnim na svetskom tržištu. Već početkom sedamdesetih godina prošlog veka taj stav je izgubio svoje opravdanje, jer su procesi koncentracija pretili da ugroze kompetitivnu strukturu zajedničkog tržišta. Otpori država – članica uvođenju mera kontrole koncentracija u evropsko pravo konkurencije bili su vrlo snažni, poduprti lobiranjem jakih privrednih grupa. Borba oko usvajanja pravnog akta kojim bi se uvela kontrola koncentracija u komunitarno pravo okončana je tek krajem osamdesetih godina prošlog veka, usvajanjem Uredbe o kontroli koncentracija.¹¹ Navedenom uredbom evropsko pravo konkurencije je prošireno na treću oblast regulisanja – koncentracije privrednih društava i drugih privrednih subjekata sa komunitarnom dimenzijom, koja postoji ako preduzeća učesnici u koncentraciji imaju ukupni zajednički prihod iznad propisanog praga i ako najmanje dva od preduzeća učesnika imaju svoje stvarno sedište u različitim državama – članicama, ili ako imaju značajnije poslovne operacije u različitim državama – članicama. Uredbom je kao jedini materijalno-pravni kriterijum za procenu kompatibilnosti koncentracije sa zajedničkim tržištem definisan kriterijum stvaranja ili jačanja dominantnog položaja. Koncentracije kojima privredni subjekt stvara ili ojačava dominantan položaj na tržištu Zajednice ili njegovom bitnom delu, što za rezultat ima sprečavanje efektivne konkurencije proglašavane su inkompatibilnim sa zajedničkim tržištem. Komisija je dobila ovlašćenje da primenjuje Uredbu 4064/89, odlučujući o kompatibilnosti koncentracija sa komunitarnom dimenzijom sa zajedničkim tržištem.

Tokom primene Uredbe 4064/89 uočeno je da Komisija ne raspolaže adekvatnim pravnim osnovom za intervenciju na oligopolskim tržištima. Izmene u tom pogledu usledile su prilikom usvajanja nove Uredbe o kontroli koncentracija 2004. godine,¹² o čijoj sadržini će biti reči dalje u tekstu.

¹⁰ D.G. Goyder, J. Goyder, A. Albor-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, London 2009. s. 530.

¹¹ *Council Regulation EEC 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations of undertakings* (Uredba Saveta EEZ 4064/89 od 21. decembra 1989. o kontroli koncentracija preduzeća), Službeni list EZ L 395, 1989.

¹² *Council Regulation EC 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings*, (Uredba Saveta EZ 139/2004 od 20. januara 2004. o kontroli koncentracija među preduzećima) Službeni list EU L 24, 2004.

3. Osnovni ekonomski principi i pravo konkurencije

Iako su politički koncepti zasnovani na demokratskom idealu bili od odlučujućeg značaja za nastanak prava konkurencije, kako u SAD-u, tako i u Evropi, na njegov razvoj i praktičnu primenu presudno je uticala ekonomska misao kapitalizma. Ekonomska nauka objašnjava po kojim principima funkcioniše slobodna tržišna privreda. Pravo konkurencije mora polaziti od tih principa, kako bi norme koje važe u sferi slobodnog tržišnog privređivanja bile pravilno formulisane i primenjene, jer pravo konkurencije interveniše tamo gde zakoni slobodnog tržišta teže da se izrode u svoju suprotnost – ekonomiju koja funkcioniše po diktatu privatne sile. U ovom poglavlju ukratko će biti prikazani najznačajniji ekonomski pojmovi i teorijski pravci koji su od značaja za razvoj i primenu prava konkurencije. Obimnija i produbljenija analiza prevazilazila bi potrebe ove knjige.

3.1. Nevidljiva ruka tržišta

Osnovne zakonitosti funkcionisanja slobodnog tržišta prvi je objasnio klasik ekonomike misli Adam Smit u svom delu „Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda“.¹³ Smitovo delo označilo je raskid sa do tada prevladavajućom merkantilističkom teorijom u ekonomiji i početak novog pravca u ekonomiji – liberalizma. Smit je tvrdio da niko, ko je imao nameru da svoje poslove vodi tako da služe opštem dobru, ništa dobro nije uradio. Pri tom je prvenstveno mislio na merkantiliste, koji su, vođeni željom da uredi tržište, postavili nepotrebne prepreke slobodnom prometu robe i usluga. U okvirima nacionalnih ekonomija tržište je bilo ispresecano preprekama u kretanju proizvođača iz jedne privredne grane u drugu, u vidu strogih pravila esnafa i gildi. Niko ko nije bio pripadnik određenog esnafa ili gilde nije se mogao baviti odgovarajućim zanimanjem. Spoljne granice nacionalnih ekonomija bile su omeđene preprekama uvozu strane robe u vidu visokih uvoznih carina i taksi.¹⁴

Polazna tačka Smitovih ideja bio je stav ili tačnije rečeno priznanje, da je svaki čovek u osnovi sebičan i da se u svim sferama društvenog života, pa tako i u ekonomskoj sferi, ponaša onako kako mu njegov sopstveni interes nalaže – tako da maksimalno uveća sopstvenu korist. „U ekonomiji svaki pojedinac prirodno stremi da uposli svoj kapital, on namerava samo svoj profit i radeći tako, kao i u mnogim drugim slučajevima, vođen je nevidljivom rukom da ostvari završetak koji nije bio deo njegove namere... Goneći svoj sopstveni interes, on često ostvaruje društveni interes mnogo uspešnije nego što bi to činio kada bi zaista nameravao da ga ostvari.“ On, zatim, objašnjava kako do toga dolazi. Svaki pojedinac na tržištu nudi višak svojih proizvoda. Tržište je test putem koga on

¹³ Beograd, 1970.

¹⁴ Slična ograničenja postoje i danas u mnogim državama i održavaju se na snazi sa obrazloženjem da se time štiti domaća privreda od inostrane konkurencije.

proverava da li je svoje vreme i energiju utrošio na nešto korisno, jer tražnja drugih za njegovim proizvodom nije određena njihovom benevolentnošću, već njihovim sebičnim interesom da dobiju stvar koja im je potrebna. „Nije benevolentnost mesara, pivara ili pekara ta od koje očekujemo svoju večeru, već njihovo uvažavanje sopstvenog interesa. Obraćamo se, ne njihovoj humanosti, već njihovom samoljublju, i nikada ne razgovaramo s njima o našim sopstvenim potrebama, već o njihovim prednostima.“ Vođeni svojim potrebama i svojim sebičnim interesima ostali proizvođači uključuju se takođe u proces razmene, nudeći velike količine svojih proizvoda za velike količine, odnosno cenu velikih količina tuđih viškova. Podela rada i prirodna sebičnost ljudi doprinose, prema tome, da ukupne društvene potrebe budu zadovoljene, jer svaki pojedinac nudi drugim članovima društva obilje proizvoda za čiju proizvodnju se specijalizovao. Granice tom obilju omeđene su granicama samog tržišta: „Kad je tržište veoma malo, nijedan pojedinac nema hrabrosti da se posveti samo jednom zanimanju, jer želi da poseduje sposobnost da razmeni sve viškove proizvoda sopstvenog rada... za delove proizvodnje rada drugih ljudi za koje mu se pruži prilika.“ Ova ograničenja postaju sve manja i manja, a podela rada postaje sve izraženija kako tržište raste. Smitov implicitni stav bio je da veličina tržišta direktno utiče na zadovoljenost ekonomskih potreba. Što su granice tržišta veće i ponuda različitih proizvoda je veća, te potrebe društva za različitim proizvodima bivaju u većoj meri zadovoljene.

Sa povećanjem granica tržišta povećava se i tražnja. Smit uočava da, na početku, ona ponekad može izazvati povećanje cena robe, ali na dugi rok ona uvek uspeva da obori cene. Povećana tražnja ohrabruje proizvodnju i povećava konkurenciju među proizvođačima. Oni se, u borbi za kupce, okreću novim vrstama poslova i novim tehnikama, koje ranije nisu bile zamislive. Tako konkurencija višestruko doprinosi ekonomskom progresu: sniženju troškova proizvodnje (većoj proizvodnoj efikasnosti), a time i snižavanju cena, jer svaki proizvođač teži da nižim cenama preotme kupce drugim proizvođačima; većoj alokativnoj efikasnosti, jer proizvođači napuštaju proizvodnju onih proizvoda kojih ima previše na tržištu i započinju proizvodnju onih kojih ima nedovoljno, tako da se proizvodni resursi distribuiraju na zadovoljavajući način između različitih privrednih grana; tehničkom i tehnološkom progresu, jer stimuliše proizvođače da izmišljaju nove i usvršavaju postojeće proizvode.

U uslovima slobodne konkurencije cena određenog proizvoda prirodno teži da se izjednači sa cenom koja je dovoljna proizvođaču da pokrije svoje troškove i da ostvari izvestan razuman iznos profita, kao naknadu za preduzetnički rizik. Tu cenu Smit je nazvao prirodnom cenom. On objašnjava kako se formira prirodna cena. “Tržišna cena svakog pojedinog proizvoda je određena odnosom između količine koja je ponuđena na tržištu i tražnje onih koji su spremni da plate prirodnu cenu za taj proizvod, ili pun iznos troškova i profita koji moraju biti plaćeni da bi im bio ponuđen.” Drugim rečima, tržišna cena je funkcija količine koja bi bila tražena da se proizvod nudi po prirodnoj ceni i količine koja je

ponuđena u određenom periodu.¹⁶ Što je tražnja za određenim proizvodom veća, cena koju proizvođač dobija za njega biće viša, i obrnuto, cena se snižava kako tražnja opada. U uslovima slobodne konkurencije, koja izjednačava ponudu sa tražnjom određenog proizvoda, cena na tržištu je najniža...

Smit nije upotrebljavao pojmove konkurencije i monopola u onom tehničkom značenju koje im je dala savremena ekonomska nauka. Slobodnu konkurenciju on vidi kao proces u kome pojedinac teži da zadobije poziciju inkompatibilnu sa pozicijom koju želi njegov rival. Značaj slobodne konkurencije za njega se ogleda prvenstveno u tome što ona predstavlja kanal putem koga se ekonomski resursi dovode u stanje ekvilibrijuma. Rivalitet može postojati između preduzeća u istoj grani ili preduzeća koje tek ulaze u tu privrednu granu. Ako na tržištu postoji samo jedan proizvođač određenog proizvoda, ili među proizvođačima postoji sporazum, čitav proces konkurencije biva onemogućen. Država takođe može onemogućiti konkurenciju davanjem franšize postojećim preduzećima. Ograničenje konkurencije bilo koje vrste Smit naziva monopolom.

Smit uočava da se uslovi konkurencije menjaju tokom vremena, te da monopolske barijere koje privremeno deluju nakon izvesnog vremena postaju neefikasne (npr. kartel koji biva razbijen ulaskom novih rivala na tržište). U svakom slučaju, broj konkurenata u velikoj meri utiče na stepen konkurencije, jer što je manji broj konkurenata, veća je verovatnoća da će doći do sporazumnih ograničenja konkurencije. „Čak i najbeznačajnije grane trgovine u gradovima su na određeni način organizovane; pa čak i kada nisu, duh organizacije, ljubomora prema strancima, averzija da se uzimaju šegrti ili da im se odaju tajne zanata, prevlađuju u njima i često ih uče da putem dobrovoljnih udruženja ili sporazuma sprečavaju slobodnu konkurenciju koju ne mogu sprečiti pravilima struke. Privredne grane koje zapošljavaju samo mali broj ruku, najčešće ulaze u takve kombinacije“.

Sledeće ograničenje konkurencije koja Smit uočava jesu državne prepreke ulasku ekonomskih resursa iz inostranstva na domaće tržište. On je ukazao na problem visokih carina na uvoz kukuruza u Veliku Britaniju, koje se, po njemu, izjednačuju sa apsolutnom zabranom uvoza. Pošto je uvoz žive stoke bio zabranjen, oni koji obrađuju zemlju imali su monopol u odnosu na svoje zemljake u pogledu dva najvažnija artikla poljoprivredne proizvodnje, hleba i mesa. On, konačno, ukazuje na još jednu prepreku slobodnoj konkurenciji – nepoznavanje tržišnih prilika, ili kako bi to danas ekonomija definisala, nedostatak transparentnosti tržišta. Proizvođači koji uspevaju da sačuvaju kao tajnu visinu profita koji ostvaruju, ili način proizvodnje, zaštićeni su na duži rok od konkurencije potencijalnih rivala.

¹⁶ P. Williams, *The Emergence of the Theory of Firm*, London 1978. s. 29.

3.2. Savršena konkurencija

Teorijske pretpostavke i matematički model tržišta konkurencije prvi je postavio engleski ekonomista Alfred Maršal (eng. *Alfred Marshall*) u 19. veku, a kasnije je u ekonomskoj teoriji njegov model nazvan modelom savršene konkurencije. Tržište savršene konkurencije postoji kada je broj proizvođača određenog proizvoda toliko veliki da nijedan od njih nema moć da povećanjem ili smanjenjem obima svoje ponude na tržištu utiče na kretanje cene za taj proizvod. Oni uzimaju cenu na tržištu kao datu, kao objektivni parametar kome prilagođavaju obim svoje ponude. Druge pretpostavke na kojima počiva taj model jesu da različiti proizvođači nude proizvod koji je po svojim osobinama identičan (homogen) i da je ulazak na tržište potpuno slobodan. Poslednja pretpostavka jeste da postoji puna informisanost prodavaca i kupaca o uslovima koji vladaju na tržištu, kako bi mogli da donesu racionalnu odluku hoće li se pojaviti na tržištu kao kupci, odnosno prodavci. Model tržišta na kome su ispunjene sve ove pretpostavke u stvarnosti se retko, ili gotovo nikada ne može sresti. To je apstraktan model koji je pogodan za teorijske analize.

Kako nema mogućnosti da utiče na cenu koja vlada na tržištu savršene konkurencije, jedini način da proizvođač poveća svoj profit jeste da poveća obim ponude. On će to činiti dokle god je tržište u stanju da apsorbuje njegovu ponudu, odnosno sve dok tražnja nije zadovoljena. Ponuda će se povećavati sve dotle dok se cena po jedinici proizvoda, koja se u uslovima povećane ponude konstantno snižava, ne izjednači sa zbirom troškova proizvođača i minimalnog iznosa profita (marginalnim troškom), jer racionalan proizvođač neće pristati da prodaje svoj proizvod po ceni nižoj od marginalnog troška. Ako se troškovi proizvodnje među proizvođačima razlikuju, tržište će napustiti oni čiji su troškovi veći, a na tržištu ostaju oni čiji su troškovi najniži. Alokativna efikasnost najveća je u uslovima savršene konkurencije, zato što niža cena koju kupci plaćaju za jedan proizvod ostavlja više novca u džepovima kupaca koji oni mogu iskoristiti za kupovinu drugih proizvoda. Tržište na kome vlada savršena konkurencija se samo brine da ljudske potrebe za različitim proizvodima budu zadovoljene u punom obimu i po najnižim mogućim cenama. To je "nevidljiva ruka tržišta" o kojoj je nadahnuto govorio Adam Smit. U uslovima savršene konkurencije nema potrebe za državnim regulisanjem. Nikakva mera države ne može uvećati ukupno društveno blagostanje i blagostanje pojedinca u odnosu na ono koje omogućuje konkurencija!¹⁷

¹⁷ S. Bishop, M. Walker, *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London 1999. s. 19.

3.3. Monopol

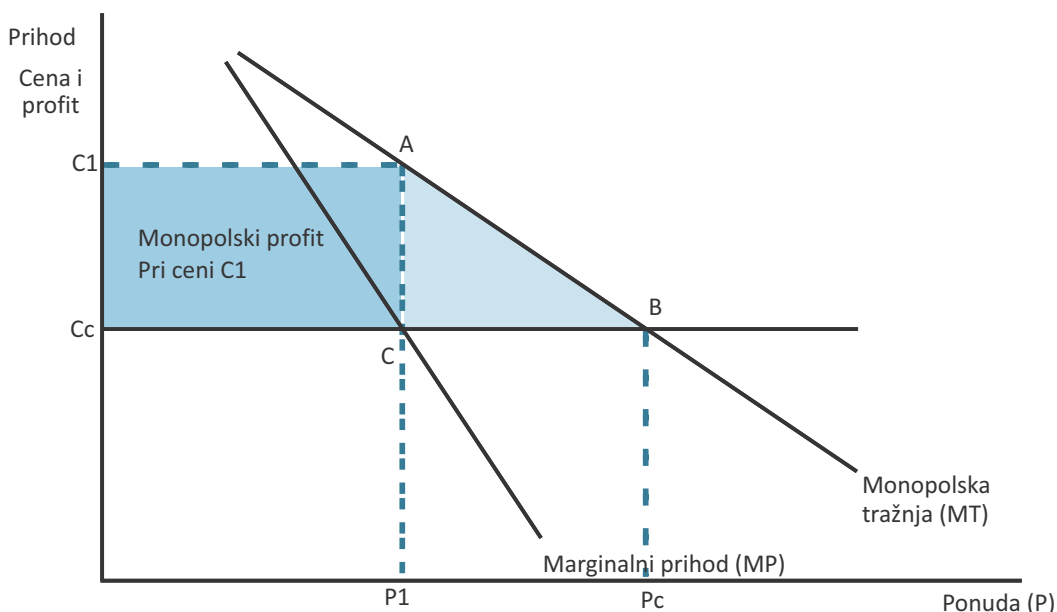
Ekonomski model monopolskog tržišta pretpostavlja da na tržištu postoji samo jedan prodavac (odnosno kupac, u slučaju monopsona) koji prodaje jedinstven proizvod i da postoje prepreke za ulazak drugih konkurenata na tržište. Slično kao i model savršene konkurencije, aspolutan monopol retko kad postoji u stvarnosti. Najbliža teorijskom idealu je situacija kada država poveri samo jednom licu isključivo pravo da snabdeva tržište određenom vrstom proizvoda (zakonski monopoli, bilo u obliku ekskluzivnih koncesija, bilo u obliku isključivih prava industrijske svojine).

Teorijski model formiranja cene na monopolskom tržištu prvi je osmislio francuski matematičar i ekonomista Kurno (franc. *Antoine August Cournot*). On je primetio da je monopolista suočen sa tendencijom da tražnja za njegovim proizvodom opada kako on povećava cenu. Zbog toga njemu nije isplativo da prodaje proizvod po maksimalno mogućoj ceni, tj. ceni po kojoj je uopšte neko spreman da kupi njegov proizvod. Da bi uvećao svoj profit, monopolista mora da snizi cenu na nivo na kome je iznos dobijen množenjem broja prodatih jedinica proizvoda i iznosa profita po jedinici proizvoda najveći. Cena po kojoj prodaje monopolista je nužno niža od maksimalno moguće cene koju bi mogao da dobije, ali je ipak mnogo viša od cene koju bi kupci plaćali u uslovima konkurencije. Za razliku od prodavaca na tržištu savršene konkurencije, koji dobijaju samo minimalan iznos profita (što opravdava njihovo ostajanje na tržištu), monopolista ostvaruje ekstra-profit.

Navedeno je Kurno objasnio na vrlo jednostavnom primeru prodavca vode za piće koji ima monopol nad jedinim izvorom pitke vode. Pod pretpostavkom da su njegovi proizvodni troškovi ravni nuli (jer prodaje vodu na samom izvoru) njegov ukupan profit je jednak proizvodu prodane količine litara vode i cene po jednom litru. Ako prodaje vodu po ceni od 6 KM za jedan litar, prodaće 4 litre, što mu ukupno donosi 24 KM. Isto će se dogoditi ako prodaje vodu po ceni od 4 KM za litar. Tada će prodati 6 litara i zaradiće ukupno 24 KM. Samo ako prodaje po ceni od 5 KM za litar njegov profit će biti veći. Tada će prodati 5 litara, što će mu ukupno doneti 25 KM profita. Tačka na matematičkom modelu u kojoj se profit monopoliste najviše uvećava u teoriji je nazvana, u čast Kurnoa, Kurnoova tačka.

Broj prodatih jedinica	Cena		
	4 KM	5 KM	6 KM
4			Profit 24 KM
5		Profit 25 KM	
6	Profit 24 KM		

Za naša dalja izlaganja bitno je uočiti da monopolista ipak prodaje po većoj ceni od one koja bi na tržištu postojala u uslovima savršene konkurencije i, drugo, da monopolista prodaje manju količinu proizvoda od one koju bi tržište moglo da apsorbuje, odnosno za kojom postoji potreba. Ako se posmatra grafikon ispod, koji pokazuje odnos prodatih količina i cenu proizvoda u uslovima savršene konkurencije i monopola, uočava se da postoji prazan prostor, trougao ABC, koji označava gubitak kupaca i čitavog društva, prouzrokovan time što monopolista prodaje manje proizvoda po višoj ceni. Taj gubitak naziva se monopolski gubitak (eng. *deadweight loss of monopoly*).



U našem primeru sa izvorom pitke vode, ako pretpostavimo da je cena od 4 KM za litar cena koja bi vladala u uslovima konkurencije, gubitak za društvo iznosi jednu konvertibilnu marku. Tu jednu marku monopolista nije zaradio, a kupci su ostali uskraćeni za odgovarajuću vrednost proizvoda. Istovremeno, ta jedna marka predstavlja i gubitak za društvo u celini, jer je za taj iznos smanjena ukupna prodaja određenog proizvoda. Na opisani način monopolska tržišta prouzrokuju alokativnu neefikasnost. Ona nude manje nego što bi kupci bili spremni da kupe.

Drugi teorijski stav, za koji se ne može tvrditi da je apsolutno prihvaćen u ekonomskoj nauci, jeste da monopolista pokazuje sklonost da povećava troškove sopstvene proizvodnje, jer nije izložen konkurentskom pritisku da mora da prodaje po nižoj ceni. Ovaj stav se ne uklapa u teorijski model monopolskog tržišta, koji počiva na pretpostavci da svaki prodavac, pa i monopolista, teži da ostvari najveći mogući profit. U praksi se ipak ta pojava uočava, najčešće u onim privrednim granama koje su od konkurencije zaštićene

državnim merama. Država često, da bi zaštitila kupce pribegava merama ograničenja cena, utvrđujući određeni procenat profita koji je monopolisti dopušteno da zaradi. Monopolista tada pribegava namernom povećanju troškova, jer mu to omogućuje srazmerno povećanje profita. Sindrom “lenjog” monopoliste primećuje se i na monopolskim tržištima koja nisu pod kontrolom države. Ideja o maksimizaciji profita kao pokretačkoj snazi prihvatljiva je i odgovara u stvarnosti situaciji u kojoj vlasnik kapitala istovremeno upravlja preduzećem. U savremenim uslovima, preduzeće po pravilu vodi uprava odvojena od vlasnika, koja nema interes da maksimizira profit, već nastoji da ostvari onaj iznos profita koji će zadovoljiti vlasnika kapitala.

3.4. Monopolistička konkurencija

Ekonomska teorija na početku i tokom prve polovine 20. veka nije osporavala tačnost ponuđenih teorijskih modela savršene konkurencije i monopola, već je zamerala svojim kolegama neoklasičarima aspraktnost modela, koji je pogodan za teorijske analize, ali ne odgovara stanju na tržištu kakvo postoji u stvarnosti. Zbog toga se okrenula istraživanju postojećih tržišta, kako bi uočila zakonitosti po kojima funkcionišu. Najzapaženije rezultate postigli su Amerikanac Edvard Čemberlin (eng. *Edward Chamberlin*) i Engleskinja Džoan Robinson (eng. *Joan Robinson*).

Čemberlin je uočio da svaki proizvođač nastoji da svoj proizvod učini u određenoj meri osobenim i na taj način privuče kupce. Tu pojavu on je nazvao proizvodna diferencijacija. Privrženost kupca proizvodu određenog proizvođača omogućuje mu da poveća cenu svog proizvoda iznad nivoa marginalnog troška, a da ne izgubi kupce. Njegov osnovni zaključak je da se i u uslovima jake konkurencije, ako su proizvodi konkurenata međusobno diferencirani, cene formiraju iznad nivoa marginalnog troška. To ipak nije apsolutno nepoželjna ekonomska pojava, jer diferencirani proizvodi zadovoljavaju potrebu kupaca za raznovrsnošću ponude. Monopolistička konkurencija stimuliše proizvođače na inovacije i usavršavanje svojih proizvoda, što omogućuje ekonomski napredak.

Džoan Robinson zapaža sposobnost prodavaca da razvrstaju kupce u različite kategorije, saglasno stepenu njihove potrebe za tim proizvodom, odnosno mogućnošću da ga zamene drugim proizvodom sličnih karakteristika i da im naplaćuju različite, niže ili više cene. Robinsonova koristi primer železnice koja putnicima prodaje karte po različitoj ceni za u osnovi istu vrstu usluge železničkog prevoza. Robinsonova je dokazala da, pod određenim uslovima, sposobnost prodavca da diskriminiše kupce naplaćujući im različite cene, predstavlja pozitivnu ekonomsku pojavu, jer prodavac prodaje veću količinu proizvoda nego kada bi bio primoran da naplaćuje jedinstvenu cenu za njega. Pojava diskriminacije cenama može se zapaziti u različitim oblastima. Kada pozorište prodaje karte u parteru i ložama po mnogo višoj ceni u odnosu na cenu karte za treću galeriju, kupci karata za parter i lože kroz višu cenu plaćaju ulaznicu za predstavu siromašnim

gledaocima, koji mogu sebi da priušte kartu za treću galeriju. Diskriminacija cenama zapaža se i u delatnostima slobodnih profesija i zanatstva. Na primer, advokati vrlo često određuju cenu usluge prema dubini džepa klijenta. Frizeri određuju jeftiniju cenu šišanja za penzionere i studente.

Model monopolističke konkurencije doprineo je da ekonomska nauka više ne pravi striktnu podelu tržišta na tržišta konkurencije i monopola, te da se usvoji stav da savršena konkurencija ne mora biti jedini prihvatljiv model konkurencije.

3.5. Delotvorna (efektivna) konkurencija

Prihvatajući premisu teorije monopolističke konkurencije o proizvodnoj diferencijaciji, koja u izvesnoj meri ograničava konkurenciju u praksi, američki ekonomista Džejms Klark (eng. *James Clark*) prvi je pokušao da definiše koncept konkurencije koji je realno ostvariv i koji je trebalo da posluži američkim antimonopolskim organima u primeni antimonopolskih zakona.¹⁸ To je konkurencija koja ne odgovara teorijskom modelu savršene konkurencije, ali ipak omogućuje da tržište uspešno funkcioniše. Zbog toga ju je nazvao delotvorna (eng. *workable*) konkurencija. Nakon njega, veliki broj autora pokušao je da definiše faktore koji ukazuju na postojanje delotvorne konkurencije na tržištu. Sumarno, kriterijumi delotvorne konkurencije mogu se razvrstati u: strukturalne kriterijume, kriterijume ponašanja i kriterijume rezultata. U skladu sa strukturalnim kriterijumima, delotvorna konkurencija postoji ako je broj konkurenata na tržištu najmanje onoliko koliko to iziskuju uslovi ekonomije obima (ekonomičnost poslovanja); nema veštačkih prepreka ulasku na tržište; postoji umerena proizvodna diferencijacija. Sledeća ponašanja trebalo bi da se ispoljavaju na tržištu delotvorne konkurencije: rivali ne treba da budu sasvim sigurni oko toga da će cene po kojim nude svoje proizvode biti prihvaćene od strane njihovih rivala; preduzeća treba da streme ostvarivanju svojih poslovnih ciljeva samostalno, bez dogovora sa drugim preduzećima; nepravična, predatorska i nasilna ponašanja ne bi trebalo da se ispoljavaju; nedovoljno efikasni ne bi trebalo da budu trajno zaštićeni; prodajne promocije treba da budu informativnog karaktera, ili makar da ne sadrže neistinite informacije; ne bi trebalo da postoji dugotrajna i štetna diskriminacija cenama. Najzad, među optimalne rezultate takvog tržišta ubrojani su sledeći: proizvodnja i distribucija treba da se odvijaju efikasno, bez nepotrebnog rasipanja resursa; obim i kvalitet proizvodnje treba da budu na nivou potreba potrošača; profiti treba da budu na nivou koji obezbeđuje pokriće troškova investicija, inovacija i poboljšanja efikasnosti; cene bi trebalo da ohrabruju racionalan izbor proizvoda, ali da ne podstiču ciklične nestabilnosti; prilike za uvođenje tehnički superiornijih proizvoda i procesa treba da budu iskorišćene; troškovi prodajne promocije ne treba da budu

¹⁸ J.M. Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, American Economic Review, jun 1940. s. 241-256, navedeno prema F. Scherer, M. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, New York, 1990. s. 53.

preterani; proizvođači koji na najbolji način zadovoljavaju potrebe potrošača treba da budu najsupešniji.¹⁹

Nedostatak njegovog modela je bio što je uključivao previše faktora, pri čemu su mnogi podrazumevali donošenje vrednosnih sudova. Stoga je teško bilo matematički ga izraziti i, samim tim, operacionalizovati. Bez obzira na to, njegov model delotvorne konkurencije ostao je zabeležen kao prvi pokušaj formulisanja ekonomskog modela koji će poslužiti antimonopolskim organima da usmere primenu zakona na privredne sektore u kojima bi pravno regulisanje podstaklo tržište da funkcioniše na način sličan modelu savršene konkurencije.

3.6. Dinamička konkurencija

Teorijskom modelu neoklasičara zamerano je da posmatra tržište statički, zanemarujući njegov dinamički elemenat. Iako su mnogi ekonomisti kasnije nastojali da prikažu dešavanja na tržištu sa aspekta promena tokom vremena, austrijski ekonomista Jozef Šumpeter (nem. *Josepf Schumpeter*) je prvi zastupao tezu da je monopol neophodan u fazi pojave novih proizvoda i razvoja novih industrijskih grana, kako bi se zaštitila pionirska preduzeća, koja nude tržištu nove proizvode i usluge ili usavršavaju postojeće. Njegovo rezonovanje objašnjava postojanje patenata i drugih vrsta prava intelektualne svojine, koji nisu ništa drugo do jedan oblik zakonskog monopola. Država dodeljuje monopolska prava pronalazačima i inovatorima, kako bi im omogućila da povrate ulaganja u istraživanja i razvoj. Tokom vremena, na tržištu će se pojaviti imitatori, a monopolska renta inovatora će se istopiti pod najezdom konkurencije. Šumpeter je u dinamičkoj smeni perioda inovacije i imitacije video pravi smisao konkurencije. Ona podrazumeva takođe da uvek nova preduzeća i proizvodi potiskuju sa tržišta stare. Zbog toga je po njemu konkurencija proces kreativne destrukcije.

Šumpeterova teorija kreativne destrukcije doprinela je stavu u ekonomiji i pravu konkurencije da se stanje na tržištu mora posmatrati uzimanjem u obzir vremenskog faktora, trendova određenih pojava, kao i faktora doprinosa tehničkom i ekonomskom progresu.

¹⁹ S. Sosnick, A Critique of Concepts of Workable Competition, Quarterly Journal of Economics, avgust 1958. s. 380-423.

3.7. Oligopol

U prethodnim izlaganjima već je ukazano da su modeli savršene konkurencije i apsolutnog monopola teorijski apstrahovani i oslobođeni od uticaja različitih činilaca koji u stvarnosti mogu funkcionisanje tržišta odvesti u različitim smerovima. Čak i polazna pretpostavka, da na tržištu postoji mnoštvo prodavaca, u slučaju savršene konkurencije, odnosno samo jedan prodavac, u slučaju monopola, u stvarnosti je retko kad ispunjena. U savremenom svetu, u mnogim privrednim granama prisutna je nekolicina prodavaca, isuviše da bi se tržište moglo nazvati monopolskim, a sa druge strane, nedovoljno da bi moglo biti reči o tržištu potpune konkurencije. Tržišta na kojima su prisutna najmanje dva prodavca, pri čemu ih još uvek nema dovoljno da bi se moglo govoriti o tržištu potpune konkurencije, nazivaju se oligopolskim.

Karakteristika koja izdvaja oligopolska tržišta jeste svest konkurenata o međusobnoj uslovljenosti njihovog ponašanja. Na tržištu potpune konkurencije, nijedan od učesnika tržišne utakmice ne određuje svoje ponašanje uzimajući u obzir ponašanje svoga suparnika u konkurentskoj borbi. Na oligopolskim tržištima konkurenti su svesni da među njima postoji rivalski odnos i, posebno, svesni su uticaja koji ponašanje jednog vrši na ponašanje ostalih i *vice versa*.²⁰

Kurno je ponudio teorijski model formiranja cene u oligopolu, a njegovom usavršavanju doprineo je američki ekonomista i matematičar Džon Neš (eng. *John Nash*), sa svojom teorijom igara. Teorijski model oligopolskog tržišta se po njima dvojici naziva Kurno-Nešov model. U svrhe pojednostavljivanja modela, Kurno je za osnov modela uzeo oligopolsko tržište sa svega dva člana (duopol). Ostale teorijske pretpostavke oligopolskog modela su gotovo identične pretpostavkama modela potpune konkurencije: proizvod koji nude članovi oligopola je homogen; oba člana oligopola imaju potpune informacije o dešavanjima na tržištu; oba člana oligopola imaju za cilj maksimalno uvećanje svog profita i jednake i stalne marginalne troškove proizvodnje. Pretpostavka koja je osobena za model oligopolskog tržišta jeste da su članovi oligopola u prilici da maksimalno brzo reaguju na ponašanje svoga rivala.

Model funkcioniše na sledeći način. Pošto su oba rivala svesni međusobne uslovljenosti svojih ponašanja na tržištu, svaki će nastojati da u svoje kalkulacije uračuna moguće varijante ponašanja onog drugog, kako bi odabrao taktiku koja obojici donosi najviše koristi. Matematički model koji se koristi da objasni tu situaciju u teoriji se naziva "zatvorenička dilema".²¹ Svaki od rivala polazi od pretpostavke da će onaj drugi ponuditi

²⁰ Scherer, Ross, *op.cit.* s. 17.

²¹ U tradicionalnoj verziji te igre, dva zatvorenika sede u zatvoru u odvojenim ćelijama. Svaki od njih razmišlja da li da prizna zločin ili ne. Najbolja opcija za obojicu je da ne priznaju zločin, jer bi tada bili oslobođeni. Međutim, svaki zatvorenik uzima u obzir opciju da će onaj drugi priznati zločin, kako bi bio blaže kažnjen, u kom slučaju je i za njega bolja opcija da prizna. Zbog toga se obojica odlučuju na priznanje, čime postižu lošiji rezultat nego da su obojica ćutali.

manju količinu robe, što bi obojici bilo isplativije, jer će cena na tržištu porasti. Međutim, obojica sumnjaju da će onaj drugi ponuditi veću količinu, u kom slučaju će prvi zaraditi mnogo manje. Cena na tržištu će pasti, zbog povećane ukupne količine ponuđene robe, ali će ipak ostati relativno visoka, te će onaj koji je ponudio veću količinu zaraditi više. Pošto nijedan nije siguran da li će onaj drugi primeniti taktiku koja je za obojicu manje povoljna, obojica se ipak odlučuju da je primene, odnosno da ponude na tržištu nešto veću količinu robe. Kurno-Nešov model šematski je prikazan na sledećoj slici.

		Rival 2	
		I opcija	II opcija
Rival 1	I opcija	B,B	D,A
	II opcija	A,D	C,C

U ovom slučaju rezultat je C,C (druga opcija), pri čemu je $A > B > C > D$.

Kurno-Nešov model objašnjava zašto na oligopolskim tržištima preovlađuje ujednačena cena robe, što laike često navodi na sumnju da među članovima oligopola postoji dogovor o cenama, iako to uopšte ne mora da bude tačno. Drugo, njihov model objašnjava zašto članovi oligopola u praksi nastoje da osmisle načine kako da poboljšaju protok informacija, kako bi bolje mogli da predvide protivničko ponašanje. Koordinacija ponašanja članova oligopola može da proizvede rezultate slične onim koji donosi kartelsko sporazumevanje, ali ga je u praksi mnogo teže otkriti i dokazati, a samim tim i sankcionisati.²² U našem primeru, obojica bi bolje prošli da su izašli na tržište sa manjom količinom robe. Da su imali neki signal da druga strana razmišlja na isti način, verovatnije je da bi tako postupili. Treće, Kurno-Nešov model objašnjava dešavanja na oligopolskom tržištu, čak i kada među članovima oligopola postoje određeni oblici saradnje (kartel). Uprkos tome, svaki od njih sumnja u mogućnost da će onaj drugi izigrati dogovor i ponuditi nižu cenu. Zbog svega toga, cena u oligopolu se nužno formira na nivou koji se naziva Kurno-Nešov ekvilibrijum (ili samo Kurnoov ekvilibrijum).

Ključni zaključak koji se izvodi iz Kurno-Nešovog modela jeste da se u oligopolu cena ipak formira na nivou višem od marginalnog troška, odnosno na nivou višem od cene koja bi vladala u uslovima savršene konkurencije. Ako se broj članova oligopola povećava, cena se snižava, ali ipak ostaje iznad nivoa marginalnog troška.²³

²² Scherer, Ross, *op.cit.*, s. 213.

²³ Bishop, Walker, *op.cit.*, s. 25.

Drugi teorijski model, Bertranov (franc. *Bertrand*), daje objašnjenje zašto se članovima oligopola ne isplati da ulaze u rat cenama. Ako jedan od članova duopola postavi cenu na određeni nivo, drugi član će oboriti cenu kako bi maksimizirao svoj profit. Taj njegov postupak izaziva reakciju prvog, koji takođe obara svoju cenu ispod cene koju je ponudio drugi. Tako će činiti obojica dok cena ne padne na nivo marginalnog troška. Nijedan neće ići ispod te cene, jer mu ona obezbeđuje pokriće troškova i minimalan iznos profita. U praksi, ako članovi oligopola uđu u rat cenama, vrlo brzo uviđaju da je to za njih štetno i nauče da se ponašaju tako da cena ostane na višem nivou od marginalnog troška. Prigovori koje se iznose u pogledu Bertanovog modela, odnose se na to da on nije realno ostvariv najmanje zbog dva razloga. Prvi je da nijedan član oligopola nema mogućnosti da svojom ponudom zadovolji celokupnu tražnju na tržištu, zbog čega i onaj koji prodaje po višoj ceni ipak uspe da proda određenu količinu. Drugo, proizvodi različitih proizvođača su često izdiferencirani, pa kupci imaju manje ili veće preferencije za različite proizvode. Veće preferencije čine ih manje osetljivim na promene u ceni.

U slučaju sporazumnih ograničenja konkurencije, kada se članovi oligopola dogovaraju oko cena ili obima ponude na tržištu, cena se formira na nivou još višem od Kurno-Nešovog ekvilibrijuma. Ako jedan od članova ne poštuje dogovor, pa snizi cenu ili poveća obim prodaje, on će uspeti da poveća svoj profit na uštrb ostalih članova. Sklonost članova kartela ka varanju, odnosno nepoštovanju dogovora, razlog je zašto kartelski sporazumi često u praksi nisu stabilni.

Bez obzira na način formiranja cene u oligopolu, konačan ishod je da je cena uvek viša od cene koja bi vladala u uslovima savršene konkurencije.²⁴ Oligopolska tržišta, kao i monopolska, prouzrokuju alokativnu neefikasnost i to je razlog koji opravdava državnu intervenciju na takvim tržištima. Posebno su karteli na oligopolskim tržištima na udaru prava konkurencije, jer kartel omogućuje formiranje cene na nivou one koja bi vladala na monopolskim tržištima. Istraživanja koja su sprovedena u praksi dokazala su ovu teorijsku hipotezu.²⁵ S druge strane, pojedini teoretičari su visoke profite i povećanje stepena koncentracije na oligopolskim tržištima obrazložili većom ekonomskom efikasnošću, jer preduzeća koja su efikasnija pobeđuju u konkurentskoj borbi, povećavajući svoj tržišni udeo.

Ekonomska nauka još uvek nije uspeła da ponudi model na osnovu koga bi se sa velikom izvesnošću moglo predvideti šta će se dogoditi na oligopolskim tržištima. Najviše što je mogla bilo je da ukaže na određene trendove. Privredne grane koje karakteriše velika koncentrisanost (najviše četiri preduzeća proizvode 50-75% od ukupnog obima

²⁵ Bain, *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940*, Quarterly Journal of Economics, Vol. 65, 1951. s. 293. Navedeno prema: E. Gellhorn, *Antitrust Law and Economics*, St. Paul, Minnesota, 1986. s. 83.

proizvodnje u grani) i prepreke za ulazak na tržište, sklonije su kartelskom dogovaranju i veća je verovatnoća da će se cene i profiti približiti monopolskim.²⁶ Zbog toga pravo konkurencije mora da bude usmereno prema sankcionisanju kartelnih sporazuma i mehanizama koji omogućuju koordinaciju ponašanja članova oligopola.

3.8. Harvardska škola

Polovinom 20. veka nekolicina američkih ekonomista okupljenih na univerzitetu Harvard pozabavila se empirijskim istraživanjima američke ekonomije, nastojeći da iz njih izvedu zaključke o odnosu tržišne strukture i ekonomskih rezultata (performansi). Jedan od vodećih predstavnika ove škole Džo Bejn (eng. *Joe Bain*) postavio je teorijski model tržišna struktura > tržišna ponašanja > tržišni rezultati.²⁷

Prema postavkama tog modela, struktura tržišta, određena pre svega brojem konkurenata, brojem i visinom prepreka za ulazak na tržište, proizvodnom diferencijacijom, strukturom troškova i transparentnošću tržišta, indukuje određena tržišna ponašanja u pogledu načina formiranja cena, odnosa prema konkurentima, marketinških taktika, novih investicija, primene istraživačkih i razvojnih metoda i dr. Određeni oblici ponašanja dalje indukuju odgovarajuće tržišne rezultate u vidu nivoa cena i profita, obima proizvodnje i alokativne, dinamičke i tehničke efikasnosti. Harvardska škola usmerila je fokus američkih antimonopolskih organa nakon Drugog svetskog rata na tržišnu strukturu, jer prema mehaničkom viđenju njenih stavova, bilo je dovoljno popraviti tržišnu strukturu da bi se dobili zadovoljavajući ili, čak, optimalni, tržišni rezultati. Drugim rečima, politika konkurencije treba da bude usmerena u prvom redu na strukturalne mere: kontrolu koncentracija i eliminisanje prepreka ulasku. Sankcionisanje tržišnih ponašanja, po njima, nije dovoljno efikasno, ako nije praćeno odgovarajućim strukturalnim merama.²⁸ Bejnov doprinos ogledao se takođe u tome što je prvi sistematizovao prepreke ulasku na tržište. Rezultati empirijskih istraživanja koje je sprovodio naveli su Bejna da zaključi da je većina privrednih grana u SAD-u koncentrisana u većoj meri nego što je to potrebno, jer veličina preduzeća daleko prevazilazi optimalnu veličinu, posmatrano sa stanovišta ekonomičnosti poslovanja (ekonomije obima). On je takođe zaključio da visoke barijere ulasku sprečavaju ulazak novih preduzeća u pojedine grane, kao i da oligopolska tržišta sa relativno malim stepenom koncentracije proizvode monopolske profite.

Mnogi zaključci Harvardske škole kasnije su osporeni. Ipak, njen doprinos za razvoj i primenu prava konkurencije je nesporan. Analiza svakog pojedinog slučaja u pravu konkurencije mora započeti sa strukturalnom analizom tržišta: određivanjem relevantnog

²⁶ Gellhorn, *op.cit.*, s. 85.

²⁷ J. Bain, *Barriers to New Competition*, Cambridge 1956.

²⁸ J. Faull, J. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999.

tržišta, analizom stepena koncentrisanosti tržišta, prepreka ulasku i drugih odlika strukture tržišta.²⁹ Čak ni najveći protivnici ove škole nikada nisu osporavali njenu osnovnu postavku – da karakteristike tržišne strukture bitno utiču na tržišna ponašanja i rezultate. U našim dosadašnjim izlaganjima takođe se može pronaći potvrda njenih stavova. Tvrdnja klasika ekonomske misli da tržište savršene konkurencije donosi cene na nivou marginalnog troška i optimalnu proizvodnu i alokativnu efikasnost nije ništa drugo do konkretizacija teorijskog stava o odnosu strukture tržišta i tržišnih rezultata. Zapažanje da su članovi oligopola na tržištima određenih strukturalnih karakteristika skloniji kartelskom dogovoranjju takođe je jedan javni oblik strukturalističkog načina posmatranja tržišta u ekonomiji.

Kritičari Harvardske škole zamerali su joj u prvom redu površnost u izvođenju pojedinih zaključaka. Tako, na primer, isticano je da visoki profiti ne moraju nužno biti indikator monopolskih cena,³⁰ da visoki stepen koncentrisanosti tržišta može biti posledica veće efikasnosti preduzeća, koja zbog toga istiskuju manje konkurente sa tržišta, da je Bejnovi viđenje pojedinih ekonomskih faktora kao prepreka za ulazak pogrešno, itd.

3.9. Čikaška škola

Čikaška škola pojavila se krajem pedesetih godina prošlog veka, kao reakcija na tada dominirajuću Harvardsku školu ekonomske misli, da bi svoj puni zenit dostigla tokom šezdesetih i sedamdesetih.³¹ Među najistaknutijim predstavnicima te škole su bili sudije Vrhovnog suda SAD-a, Ričard Pozner (eng. *Richard Posner*)³² i Robert Bork (eng. *Robert Bork*),³³ te ekonomista Džordž Stigler (eng. *George Stigler*).³⁴ Oni su osporili većinu zaključaka Harvardske škole, iznova se oslanjajući na teorijske modele klasične škole ekonomske misli.

Tako su, najpre, osporili stav harvardovaca da povećana koncentracija tržišta prouzrokuje monopolske cene i profite, objašnjavajući da je povećana koncentracija rezultat veće proizvodne efikasnosti preduzeća, koja se ne ostvaruje samo ukрупnjavanjem proizvodnih postrojenja, već i novim metodama distribucije. Monopolska tržišta, koja su produkt veće efikasnosti, vremenom će nestati, jer monopolske cene i profiti privlače nove konkurente

²⁹ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Publishing 2005. s. 46.

³⁰ Šerer i Ros se nisu ustezali da tvrde da korelacija stepena koncentrisanosti i profita koju su ustanovili Bejn i njegovi sledbenici „gotovo sigurno krivotvorena”. Scherer, Ross, *op.cit.* s. 411.

³¹ Vid. R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, br. 4/1979, s. 925-953; M. Jacobs, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, North Carolina Law Review, Vol. 74, 1995., s. 219-266.

³² Vid. R. Posner, *Antitrust Law*, Chicago, 1976.

³³ R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy in War with Itself*, New York, 1993. (drugo izdanje).

³⁴ G. Stigler, *The Organization of Industry*, Chicago, 1968.

na tržište, a najviše što antimonopolsko pravo treba da uradi jeste da ubrza taj proces. Na oligopolskim tržištima, saradnja članova oligopola na ujednačavanju cena pojavljuje se kao problem tek kada je stepen koncentracije tržišta veoma visok. Zaključak se sam nametao: antimonopolsko pravo ne treba da primenjuje mere podele preduzeća, a mere kontrole koncentracija samo izuzetno, u suprotnom, efekat će biti negativan – sprečiće se rast efikasnosti, umesto da se ona podstiče.

Karteli za Čikašku školu takođe nisu predstavljali opasnost. Oni su ukazivali na sklonost članova kartela da varaju i, generalno, na nestabilnost kartelne organizacije, koja se pre ili kasnije raspada, pod uslovom da nema značajnijih prepreka ulasku na tržište. U pogledu kartela oni su predlagali samo sankcionisanje eksplicitnih formi kartelskih sporazuma, pa su čak i taj oblik državne intervencije doveli u pitanje, ukazujući na neekonomičnost sudskih postupaka posmatrano u svetlu efemernosti kartela.

Osporili su Bejnovu definiciju prepreka za ulazak na tržište. U skladu sa čikaškom definicijom, pod preprekama za ulazak se mogu smatrati samo oni troškovi koje mora da snosi novi (potencijalni) konkurent da bi stupio na tržište, a koje nisu snosili postojeći konkurenti. Tako, na primer, troškovi izgradnje proizvodnog postrojenja, ma koliko da su veliki, nisu prepreka za ulazak, jer je i postojeći konkurent morao da investira odgovarajući iznos novca. Troškovi promotivne reklamne kampanje, koja se preduzima radi stupanja na tržište, nisu prepreke za ulazak, jer postojeći konkurenti moraju isto tako da troše ogromne sume novca da bi očuvali interes potošača za svoje proizvode.

Sporazumna ograničenja konkurencije u odnosima između proizvođača i distributera, uključujući i određivanje minimalne prodajne cene od strane proizvođača distributeru, ekonomski su opravdana, jer uvećavaju vrednost proizvoda sa stanovišta krajnjih kupaca i eliminišu problem "švercera", distributera koji ne obezbeđuju kupcima pretprodajni i posleprodajni servis i druge korisne usluge, pa odvlače kupce od distributera koji obezbeđuju te usluge i, samim tim, imaju povećane troškove distribucije.

Predatorska praksa, ponašanje ekonomski jačeg konkurenta da obara cene ispod svojih troškova kako bi istisnuo slabije konkurente sa tržišta, nema ekonomskog smisla, osim u situaciji kada je izvesno da će predator naknadno moći da povрати izgubljeni profit. Prema tome, predatorsku praksu treba sankcionisati samo izuzetno, ako se može dokazati mogućnost povraćaja izgubljenog profita.

Vezana trgovina, praksa uslovljavanja kupaca da uz jedan proizvod kupuju i drugi proizvod istog proizvođača, kao metod proširivanja monopolske pozicije sa tržišta glavnog proizvoda na tržište sporednog proizvoda, ima ekonomsku logiku samo ako prodavac

može da naplaćuje više cene kupcima kojima je drugi proizvod neophodan, a niže cene onima kojima nije baš toliko potreban, odnosno da sprovodi diskriminaciju cenama. Diskriminacija cenama je poželjna ekonomska pojava, jer povećava obim proizvodnje/prodaje. Stoga praksu vezane trgovine ne treba sprečavati.

Iz opisanih stavova pripadnici Čikaške škole izveli su konačni zaključak da individualna ponašanja preduzeća na tržištu uopšte ne treba sankcionisati, već da antimonopolski organi treba isključivo da se fokusiraju na horizontalne koncentracije i kartele.

Najvažniji njihov stav odnosi se na ciljeve antimonopolskog prava. Pripadnici Čikaške škole bili su izričito protiv ostvarivanja ciljeva ekonomske ravnopravnosti, distributivne pravde i zaštite malih i srednjih preduzeća posredstvom antimonopolskog prava. Antimonopolsko pravo treba da isključivo služi cilju ekonomske efikasnosti. Neka ponašanja mogu uvećati proizvodnu efikasnost, a umanjiti alokativnu. Na primer, koncentracija koja omogućuje preduzeću da ekonomičnije posluje povećava njegovu proizvodnu efikasnost, ali ako tom koncentracijom ostvaruje dominantnu ili monopolsku tržišnu poziciju, umanjuje se njegova alokativna efikasnost, jer će smanjiti obim ponude i povećati cenu svog proizvoda na tržištu. Po mišljenju pripadnika škole, u takvom slučaju nema potrebe za intervencijom u oblasti antimonopolskog prava, pod uslovom da je dobit od proizvodne efikasnosti veća u odnosu na gubitke od alokativne efikasnosti.³⁵ Upozorovali su da mehanizmi tržišta funkcionišu u pravcu veće ekonomske efikasnosti, da su određene nesavršenosti tržišta po pravilu prolazne, te da sudovi treba vrlo oprezno da primenjuju antimonopolsko pravo, kako ne bi pogrešili i osudili ponašanje koje doprinosi većem blagostanju. Oni su smatrali da opredeljenjem za isključivi ekonomski cilj povećanja efikasnosti, odluke sudova u primeni antimonopolskog prava dobijaju objektivnu naučnu zasnovanost, a gube politički predznak. Kriterijum povećanja efikasnosti, primenjen na određeni slučaj, daće rezultat koji može biti u prilog preduzeća ili potrošača. Taj kriterijum je politički neutralan, jer unapred ne favorizuje nijednu društvenu grupu, ne upuštajući se u pitanje pravične raspodele društvenog dohotka. Opredeljenje za taj kriterijum obezbeđuje konzistentnost u primeni antimonopolskog prava, jer isključuje potrebu balansiranja između različitih interesa, kao na primer, zaštite potrošača i zaštite malih i srednjih preduzeća.

Čikaška škola je izvršila veliki uticaj na primenu antimonopolskog prava u SAD-u, tokom sedamdesetih i osamdesetih godina 20. veka, a njeni talasi zapljusnuli su evropsko pravo konkurencije krajem devedesetih. Njeni pripadnici su se služili alatkama teorije cena Neoklasične škole. Jednostavnost njihovih kvantitativnih testova činila je stavove ove škole lako razumljivim i prijemčivim antimonopolskim organima i sudovima.³⁶ Zbog toga se antimonopolske agencije i sudovi sve više okreću ekonomskim analizama kao dokaznim

³⁵ Bork, *op.cit.*, s. 91.

³⁶ Jacobs, *op.cit.*, s. 231.

sredstvima u procesu primene antimonopolskog prava. Pojedini pripadnici ove škole trijumfalno konstatuju da je antimonopolsko pravo postalo “grana ekonomije”.³⁷ Ma koliko da je ova izjava zvučala preterano, ona je vrlo dobro odslikavala stanje u kome su sudije i advokati bili primorani da koriste pomoć ekonomista u rešavanju slučajeva i, šta više, da ulažu i sami ozbiljne napore u savladavanje teorije cena.

Doprinos ove škole treba videti prvenstveno u tome što je uverila antimonopolske organe u neophodnost izvođenja ekonomskih dokaza u procesu donošenja odluke o povredi prava konkurencije.

3.10. Razvoj ekonomske misli nakon Čikaške škole (Postčikago)

U poredo sa Čikaškom školom pojavili su se njeni prvi kritičari. Pripadnici populističkog pravca osporavali su Čikaškoj školi njenu navodnu političku neutralnost. Oni su ih optuživali da je zalaganje za ekonomsku efikasnost u stvari zalaganje za *status quo* u ekonomiji i da stavovi Čikaške škole favorizuju određenu društvenu grupu – najbogatije slojeve društva: “Lako je identifikovati beneficijare antimonopolske politike Čikaške škole – verovatno ekonomski moćnici, sigurno vertikalno integrisane firme i možda po neki potrošač. Slično, može se predvideti da će mali privrednici, manje efikasne firme i možda ostali potrošači biti gubitnici.”³⁸ Ozbiljne kritike počele su da stižu i od ekonomista. Ekonomisti koji su se bavili istraživanjima strateškog ponašanja preduzeća bili su pod velikim uticajem teorije igara. Primenjena u oblasti prava konkurencije, teorija igara je ponudila nova teorijska objašnjenja o ekonomskim efektima i dinamici oligopola, vertikalnih sporazuma, koncentracija i predatorske prakse. Ekonomisti su takođe predložili drugačiji način merenja tržišne moći preduzeća, za razliku od Čikaške škole koja se gotovo isključivo oslanjala na tržišni udeo.

Suština njihovih kritika ogleda se u tome da ekonomski racionalan motiv uvećanja profita u stvarnosti nije jedino opravdanje za određeno ponašanje, već da i drugi, strateški ciljevi određuju ponašanje preduzeća na tržištu. Preduzeća, pogotovo ona koja su ekonomski nadmoćnija, mogu primeniti različite taktike, koje im ne obezbeđuju, kratkoročno posmatrano, veći profit, ali strateški omogućuju da očuvaju ili ojačaju svoju poziciju. Tako, odbijanje Čikaške škole da pojedine vrste investicija posmatra kao prepreke za ulazak, pobijeno je argumentacijom da preduzeće koje donosi odluku o ulasku na tržište uzima u obzir visinu nepovratnih troškova, tj. troškova koji se ne mogu nadoknaditi ako u budućnosti donese odluku da napusti tržište. Visoki nepovratni troškovi odvrćaju potencijalne konkurente od ulaska na tržište, što omogućava preduzeću sa dominantnom ili monopolskom tržišnom pozicijom da na duži rok ubire monopolske cene i profite.

³⁷ F. Easterbrook, *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, navedeno prema Jacobs, *op.cit.*, s. 221.

³⁸ *Ibidem*, s. 233.

Preduzeća koja nastoje da spreče ulazak novih konkurenata ili da podstaknu izlazak postojeće konkurencije sa tržišta primenjuju različite taktike uvećanja troškova svojih konkurenata, kao na primer, pokretanje sporova kojima se protivnik izlaže visokim troškovima suđenja, lobiranje za uvođenje strožije regulative koja nameće finansijski teret usklađivanja sa novim propisima ili uvođenje autonomne regulative putem poslovnih udruženja, koja takođe iziskuje značajna finansijska sredstva za usklađivanje, upražnjavanje reklamnih kampanja kojima manji konkurenti moraju da pariraju, nameran izbor tehnologije koja podrazumeva velike fiksne troškove prilikom razvoja novog proizvoda, itd. Sa stanovišta Čikaške škole ovakva ponašanja treba tolerisati u antimonopolskom pravu, jer se radi o problemu veličine. Mala preduzeća ne mogu da podnesu tu vrstu troškova, zato što su suviše mala, odnosno neefikasna. Postćikago ukazuje da velika preduzeća mogu da iskoriste svoju ekonomsku nadmoć da bi manje konkurente opteretila izdacima koji nisu racionalni, i samim tim su neefikasni.

Pojavili su se i ekonomisti koji su osporavali ključnu tezu Čikaške škole da opredeljenje za kriterijum ekonomske efikasnosti eliminiše potrebu donošenja vrednosnih sudova u primeni antimonopolskog prava. Čikaška škola polazi od pretpostavke da dolar jednako vredi, bez obzira u čije ruke je otišao. Ako preduzeće uveća ukupni društveni dohodak za određeni iznos, ukupno blagostanje društva je uvećano, nezavisno od tog ko je konkretno imao koristi od tog uvećanja. Sasvim je drugo pitanje subjektivnog osećaja koristi koji ima siromašna osoba kada dobije jedan dolar i bogataš kada dobije isto toliko. Međutim, ukazuje se da pored subjektivnog osećaja koristi, postoji i niz objektivnih pokazatelja različite društvene vrednosti jednog dolara, zavisno od toga za šta je upotrebljen. Na primer, dolar upotrebljen za školovanje siromaha ima mnogo veću društvenu vrednost od dolara koji potroši bogata osoba za zadovoljenje svojih luksuznih potreba. Prema tome, zakonodavac mora doneti političku odluku hoće li putem mehanizama antimonopolskog prava onemogućiti preraspodelu društvenog bogatstva u ruke monopolista, ili će to činiti na drugi način.

4. Ciljevi prava konkurencije

Demokratski politički princip koji se odnosi na načelno opredeljenje za tržišnu ekonomiju i potreba zaštite malih privrednika od pogubnih efekata koncentracija ekonomske moći u drugoj polovini 19. veka u SAD-u, odnosno u prvoj polovini 20. veka u Evropi, bili su od presudnog značaja za usvajanje prvih zakona kojima se štiti konkurencija. Zakonodavci koji su doneli američki Šermanov zakon i nemački Zakon protiv ograničenja konkurencije, kao i državnici koji su učestvovali u zaključenju Rimskog ugovora, imali su na umu potrebu da se zaštititi sloboda pojedinca da učestvuje u privrednom procesu, odnosno potrebu da se očuva proces tržišne utakmice kao takav. Opredeljenjem za konkurenciju kao neposredni zaštitni objekt, oni su posredno odabrali da štite društvene vrednosti koje donosi konkurencija: zadovoljenje ekonomskih potreba građana dovoljnim količinama raznovrsne i jeftine robe i usluga, stalan ekonomski i tehničko-tehnološki razvoj i bolji životni standard građana.

Sa pojavom ekonomskih teorija koje su se stavile u službu prava konkurencije, nastojeći da ponude adekvatna objašnjenja tržišnih pojava i dešavanja, te modele i merenja pomoću kojih bi državni organi mogli proceniti efekat svojih odluka na ekonomske performanse određenog tržišta, a naročito nakon pojave Čikaške škole ekonomske misli, nastupio je preokret u viđenju ciljeva prava konkurencije. Čikaška škola je iznela stav da antimonopolsko pravo treba da isključivo služi jednom ekonomskom cilju, koji su njeni pripadnici označili kao ekonomska efikasnost. To je značilo da antimonopolski organi treba da sankcionišu samo ona ponašanja monopoliste ili konkurenata koji se udružuju da bi ograničili konkurenciju, za koje je nepobitno dokazano ili se osnovano može pretpostaviti da umanjuje ukupnu društvenu dobit. Šta više, oni su u antimonopolskim zakonima nalazili normativnu podlogu za svoje tvrdnje. Tako jedan od vodećih predstavnika škole, Robert Bork nalazi da Šermanov zakon „zahteva od sudova da naprave razliku između sporazuma ili aktivnosti kojima se uvećava efikasnost i onih koji je umanjuju, smanjivanjem obima ponude“.³⁹ Ideje Čikaške škole uticale su i na evropsku praksu, tako da krajem devedesetih godina među evropskim službenicima nadležnim za sprovođenje politike konkurencije, sve više postaje aktuelna priča o „ekonomskom pristupu“.

Promovisanje cilja ekonomske efikasnosti kao isključivog cilja prava konkurencije može se posmatrati kao eliminacija posrednih ciljeva i neposrednog fokusiranja na ultimativne ciljeve. Umesto da pravo konkurencije štiti konkurenciju kao pojavu, zbog toga što ona generalno donosi ekonomski boljitak, teži se tome da se neposredno štiti ekonomski boljitak, tačnije samo jedan od njegovih pokazatelja, a to je ekonomska efikasnost. Ako određeno tržišno ponašanje ima za neposredni rezultat veću efikasnost, ne treba ga sankcionisati samo zbog toga što to ponašanje ima za posledicu slabljenje intenziteta konkurencije na određenom tržištu. Umesto da ide obilaznim putem, pravo konkurencije

³⁹ R. Bork, *Legislative Intent and the Policy of Sherman Act*, Journal of Law and Economics, 1966.s. 7.

treba da ide prečicom, direktno prema cilju ekonomske efikasnosti. Time se dodatno postiže još jedan boljitak: društvo će uštedeti na nepotrebnim troškovima skupih i dugotrajnih postupaka koji se vode pred organima nadležnim za primenu prava konkurencije.⁴⁰

Međutim, implikacije opisanog načina razmišljanja nisu tako jednoznačne, kao što to na prvi pogled izgleda. Eliminisanjem konkurencije kao neposrednog zaštitnog objekta, eliminišu se istovremeno ciljevi pravičnosti, ravnopravnosti i demokratičnosti u ekonomskoj sferi. Pripadnici Čikaške škole isticali su da se ekonomija kao nauka bavi samo uvećanjem društvenog bogatstva. Za ekonomiju je irelevantno kakve posledice određena tržišna aktivnost ima na status određenih društvenih slojeva. Ako, na primer, koncentracija dva superiorna proizvođača donosi ekonomičniju proizvodnju i veći obim ponude na tržištu, za ekonomiju nije od značaja da li će koncentracija izazvati nestanak malih preduzeća u istoj privrednoj grani. Isto tako, ako dva konkurenta sarađuju u razvoju novog zajedničkog proizvoda, više cene koje će kupci plaćati ne izazivaju zabrinutost ekonomista, pod pretpostavkom da će zajednička proizvodnja doprineti uštedi troškova i porastu profita, pa samim tim i ukupne dobiti za društvo, pri čemu su koristi od uštede troškova veće od gubitaka koje će potrošači pretrpeti.

Navedeni stavovi izazvali su rasprave u američkoj i evropskoj stručnoj javnosti oko ciljeva prava konkurencije. Suština tih rasprava može se svesti na dva pitanja: 1) ako se ekonomska efikasnost odabere kao zaštitni cilj prava konkurencije, da li se ona posmatra kao uvećanje ukupnog društvenog blagostanja ili kao uvećanje blagostanja samo jedne društvene grupe, tj. potrošača; 2) da li, osim cilja ekonomske efikasnosti, u primeni prava konkurencije treba uzimati u obzir i druge političke ciljeve, kao što su pravična distribucija društvenog dohotka, očuvanje ravnopravnosti učesnika tržišne utakmice, očuvanje zaposlenosti, jačanje konkurencije domaće privrede na međunarodnom tržištu, itd.?

4.1. Ekonomsko blagostanje

Napred je već ukazano da se ekonomska efikasnost može iskazati kao produktivna i alokativna efikasnost. Produktivna efikasnost znači smanjenje troškova proizvodnje po jedinici proizvoda, zbog efikasnijeg korišćenja proizvodnih resursa (tehnoloških procesa, upravljačkih procesa). Alokativna efikasnost postoji ako je cena koja vlada na tržištu za određeni proizvod izjednačena sa troškovima njegove proizvodnje (tačnije, sa marginalnim troškom). U uslovima savršene konkurencije, proizvodna i alokativna efikasnost idu zajedno ruku pod ruku. Monopolista izaziva alokativnu neefikasnost, jer smanjuje obim ponude da bi povećao svoj profit. Monopol može da izazove i proizvodnu neefikasnost. Postoje situacije kada se uslovi proizvodne i alokativne efikasnosti suprotstavljaju jedan drugom. Koncentracija putem koje dva preduzeća postižu obim

⁴⁰ Jacobs, *op.cit.*, s. 231

proizvodnje na kome su njihovi proizvodni troškovi najmanji (ekonomije obima), ali istovremeno ostvaruju monopolski položaj na tržištu primer je za to. U takvom slučaju, interes povećanja proizvodne efikasnosti sukobljava se sa interesom očuvanja alokativne efikasnosti. Čikaška škola branila je stav da je važan neto efekat, odnosno da je potrebno uporediti ukupnu dobit od povećanja proizvodne efikasnosti sa gubicima od alokativne efikasnosti. Ako je rezultat pozitivan, to znači da se ukupno društveno blagostanje povećalo, bez obzira na to što su kao rezultat monopolске pozicije na tržištu cene porasle, a obim ponude je smanjen. Drugačije rečeno, pravo konkurencije ne bi smelo da sankcioniše alokativnu neefikasnost, ako bi se time ugrozila proizvodna efikasnost, jer se time nanosi šteta društvu u celini, a time i potrošačima.⁴¹

Zbog neutralnog odnosa ekonomije prema načinu raspodele društvenog bogatstva, Čikaška škola je propagirala benevolentan odnos zakonodavca prema opisanim situacijama. Šta više, njeni pojedini pripadnici otišli su toliko daleko da su izjednačili blagostanje potrošača sa ukupnim društvenim blagostanjem: „Blagostanje potrošača... je samo drugi naziv za bogatstvo nacije. Antimonopolsko pravo ima, tako, u sebi ugrađenu preferenciju za materijalno bogatstvo, ali nema ništa da kaže o tome na koji način će bogatstvo biti distribuirano ili korišćeno.“⁴² Po automatizmu, čim se uveća ukupno društveno blagostanje, uvećano je i blagostanje potrošača, jer su potrošači pripadnici društva.

Stvari ipak stoje drugačije. U slučaju alokativne neefikasnosti, gubitak trpi jedna društvena grupa, potrošači, jer plaćaju veće cene i obim ponude na tržištu je smanjen. Zbog toga ekonomisti i pravници izvan Čikaške škole osporavaju izjednačavanje cilja ekonomske efikasnosti sa ukupnim društvenim blagostanjem, ukazujući da dobrobit potrošača treba da bude ultimativni cilj prava konkurencije.

Tako Hovenkamp ukazuje da je u praksi vrlo teško identifikovati sve one koji dobijaju ili gube od određene aktivnosti, a posebno je teško kvantifikovati njihove individualne dobitke i gubitke, sabrati ih i zatim ih međusobno uporediti kako bi se ustanovilo da li je neto efekat ukupna društvena dobit ili gubitak.⁴³ To je zadatak koji je vrlo zahtevan za organe koji primenjuju antimonopolsko pravo. Ovo zapažanje potvrđeno je i u evropskoj

⁴¹ Bork, *Antitrust Paradox*, op. cit., 1993. s. 90-1.

⁴² *Ibidem*. Na iracionalnost takvog stava ukazuju E. Fox, R. Pitofsky, *Antitrust – Retrospective and Perspective: Where are We Coming from? Where are We Going?*, New York University Law Review, novembar 1987. s. 936-988, na s. 947.

⁴³ Hovenkamp, *Antitrust Policy after Chicago*, op. cit., s. 240. On objašnjava da su ekonomisti Čikaške škole primenili princip Paretoovog optimuma, ali ne njegov originalni model, jer je u praksi skoro nemoguće ispuniti uslove koje taj model postavlja, već izmenjeni model potencijalnog Pareto optimuma. Kod pravog Pareto optimuma neophodno je da oni koji dobijaju nadoknade one koji su izgubili. Kod potencijalnog Pareto optimuma dovoljno je da postoji mogućnost da gubitak bude nadoknađen, jer je iznos dobiti veći od iznosa gubitka. Model potencijalnog Paretoovog optimuma zahteva da se tačno izračunaju individualni dobiti i gubici, kako bi ga bilo moguće primeniti u praksi.

literaturi.⁴⁴ Osim toga, zapaža se da je sukob između alokativne i produktivne efikasnosti redak u praksi, te fokusiranje na izračunavanje alokativne efikasnosti samim tim ne proizvodi rezultate koji isuviše odstupaju od onih do kojih bi se došlo poređenjem koristi i gubitaka proizvodne i alokativne efikasnosti.⁴⁵

Drugi potencijalni sukob koji rađa opredeljenje za cilj ekonomske efikasnosti, jeste sukob između statičkih i dinamičkih efekata određenih tržišnih aktivnosti. Napred izneta teorija Šumpetera upravo polazi od dinamičkih efekata monopola, sa obrazloženjem da visoki profiti na dug rok doprinose inovacijama i tehničko-tehnološkom progresu, iako kratkoročno potrošači trpe zbog visokih cena i smanjenog obima ponude. Empirijska istraživanja vršena u SAD-u, međutim, u velikoj meri su opovrgla tu teoriju. Ona su potvrdila da atomizirana tržišna struktura ne pogoduje ulaganjima u istraživanja i razvoj, ali isto tako, da velika preduzeća, lideri na tržištu, nisu neminovno i predvodnici u inovacionom procesu. Istraživanja su pokazala da umereno koncentrisana oligopolska tržišta najviše pogoduju inovacionim procesima.⁴⁶

Konačno, ukazuje se da pojam ekonomskog blagostanja može da ima uže i šire značenje. On ne mora da obuhvati samo direktne koristi ili gubitke u proizvodnji pojedinog proizvoda, već može da se odnosi i na druge, kao što su očuvanje ili gubitak pojedinih društvenih vrednosti. „Koncept alokativne efikasnosti ili maksimizacije bogatstva mora da uključi sve što ljudi smatraju vrednim. Ako režim malih preduzeća vredi išta bilo kome, onda on zaslužuje da se uračuna prilikom prebijanja troškova i koristi date antimonopolske politike.“⁴⁷

4.2. Očuvanje procesa konkurencije

Pripadnici Čikaške škole odbijali su svaku pomisao da antimonopolsko pravo služi i drugim političkim ciljevima. Ti drugi ciljevi treba da se ostvaruju pomoću drugih zakona, bio je kategoričan Bork.⁴⁸ Osnovni argument za taj njihov stav je napred naveden. Time se omogućuje da se antimonopolsko pravo primenjuje objektivno, odnosno politički neutralno. Njegova primena, prema tome, neće zavisiti od toga koja politička opcija je trenutno na vlasti, već će se postići uniformnost u primeni i veća pravna sigurnost. Drugi razlog je što stavljanje političkih ciljeva na agendu antimonopolskog prava zajedno sa ciljem ekonomske efikasnosti izaziva opasnost od donošenja nekonzistentnih odluka. Time se, smatrao je on, otvara Pandorina kutija različitih ciljeva koje treba staviti u odnos

⁴⁴ G. Monti, *EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?*, R. Zäch, A. Heinemann, A. Kellerhals, *The Development of Competition Law, Global Perspective*, Cheltenham, 2010. s. 3-28, na s. 7.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Scherer, Ross, *op.cit.*, s. 646.

⁴⁷ Hovenkamp, *op.cit.*, s. 242.

⁴⁸ Bork, *The Antitrust Paradox, op.cit.*, s. 426-9.

sa ciljem blagostanja potrošača. Pozner je branio pozicije Čikaške škole argumentom da antimonopolsko pravo koje štiti samo jedan cilj, ekonomsku efikasnost, posredno pomaže ostvarenje drugih političkih ciljeva. On osporava tvrdnju da će koristi od takve primene antimonopolskog prava imati samo ekonomski moćnici, iznoseći argument da je vlasništvo nad akcijama velikih američkih kompanija veoma disperzovano. Koristi od monopolskog profita, prema tome, uživaju i mali akcionari. Osporio je i argument da monopolisti koriste svoju nadmoćnu ekonomsku poziciju da lobiraju izglasavanje zakona koji štite njihove pozicije, objašnjavajući da monopolista ima mnogo manji interes da lobira za favorabilne zakone nego što to imaju kompanije izložene konkurenciji, kao i da lobiranje monopoliste manje košta društvo nego lobiranje ovih drugih, jer oni moraju moraju više sredstava da utroše kako bi organizovano uticali na zakonodavca. Njegov ključni argument je da antimonopolsko pravo koje štiti velike, efikasne kompanije istovremeno štiti i male privrednike, jer monopolska cena koju naplaćuje velika kompanija služi kao kišobran ispod koga mogu da se sakriju i male, nedovoljno efikasne firme i tako opstanu na tržištu.⁴⁹

Već je istaknuto da su kritičari Čikaške škole uočili da izbor ekonomske efikasnosti kao cilja, u značenju koje su mu pridavali njeni pripadnici, implicira izbor određenih političkih ciljeva.⁵⁰ Isključivom primenom tog kriterijuma štite se velike, moćne, odnosno, kako ih nazivaju zastupnici Čikaške škole, efikasne kompanije na štetu drugih društvenih grupa, potrošača i malih privrednika. Zakonodavci i organi koji primenjuju pravo konkurencije moraju biti svesni toga. Nije slučajno Čikaška škola svoj zenit dosegla upravo u vreme kada je na političkoj sceni SAD-a vladala konzervativna politička opcija, koja je, po rečima savremenika, minimalizovala i trivijalizovala antimonopolsko zakonodavstvo.⁵¹

Veliki broj istaknutih pravnika i ekonomista, počev od prvih decenija nastanka i razvoja prava konkurencije, pa sve do danas, iznosio je stav da pravo konkurencije treba da štiti cilj ravnopravnosti učesnika tržišne utakmice, odnosno demokratski princip u ekonomskoj sferi ljudskog bitisanja. U prethodnim izlaganjima opisana su istorijska dešavanja i škole ekonomske i političke misli koji su uticali na donošenje prvih zakona u oblasti zaštite konkurencije. Ključni razlozi za to bili su procesi ekonomske koncentracije i prinudne kartelizacije, koji su doveli do stvaranja privatnih centara ekonomske moći i nezadovoljstva ugroženih društvenih slojeva tim pojavama, kao i strah od zloupotrebe privatne ekonomske moći u političke ciljeve. Razvoj ekonomije kao nauke tokom 20. veka doprineo je boljem naučnom objašnjenju pretpostavki pod kojima koncentracije ekonomske moći izazivaju štetne posledice u vidu viših cena na tržištu, smanjenog obima ponude i zaostajanja u tehničkom i ukupnom ekonomskom razvoju. No, to ne znači da su

⁴⁹ Posner, *Antitrust Law, op.cit.*, s. 19.

⁵⁰ Hovenkamp, *op.cit.*, s. 237.

⁵¹ E. Fox, R. Pitofsky, *Airlie House Conference on the Antitrust Alternative*, Georgia Law Journal, 1987., 237. Čelnik Savezne trgovinske komisije u to vreme izjavio je da je državna intervencija jedini javni neprijatelj, dok privatne poslovne aktivnosti to nisu. Navedeno prema Fox, Sullivan, *op.cit.*, s. 951.

inicijalni razlozi donošenja zakona kojima se štiti konkurencija sasvim su izgubili na značaju. Istorijско i jezičko tumačenje tih zakona onemogućuju da cilj ravnopravnosti učesnika tržišne utakmice bude ignorisan.⁵²

Italijanski autor Amato uočava da se izbor između ciljeva efikasnosti i očuvanja konkurencije kao procesa nikako ne može svesti na tehničko pitanje. To je filozofsko pitanje načina gledanja na društvo i ulogu države u njemu. Prvi način gledanja, koji artikulišu predstavnici Čikaške škole i njihovi sledbenici, postavlja granice državne intervencije što je dalje moguće, prihvatajući rizik narastanja i zloupotrebe privatne ekonomske moći. Drugi način gledanja, preovlađujući na evropskom kontinentu, sastoji se u tome da treba sprečiti da se taj rizik zaista i ostvari, tako da se javnoj vlasti daje za pravo da interveniše u ranijem stadijumu, sprečavajući nastanak privatnih koncentracija ekonomske moći.⁵³

Američki teoretičari Foks i Saliven konstatovali su da je antimonopolsko pravo oduvek imalo dva cilja: 1) politički, koji se ogledao u nepoverenju u velike kompanije i mali broj konkurenata i u opredeljenju za raznovrsnost i stvaranje mogućnosti za male privrednike; 2) društveno-ekonomski, koji se sastoji u tome da potrošači imaju pravo na izbor i pravičnu transakciju, a mali privrednici pravo na fer utakmicu. Iako konkurencija doprinosi efikasnoj alokaciji resursa, unapređenje efikasnosti po njima nikada nije bio uslov za primenu antimonopolskog prava. Na sudu, tužilac, bilo da je to vladina agencija, bilo da je to oštećeno privatno lice, treba da dokaže da je proces konkurencije kao takav ugrožen određenim ponašanjem.⁵⁴ Brojne presude američkog Vrhovnog suda⁵⁵ i kongresna dokumentacija iz vremena usvajanja različitih antimonopolskih zakona potvrđuju da je cilj tih zakona sprečavanje prevelikih koncentracija ekonomske moći, iz političkih i ekonomskih razloga.⁵⁶

⁵² R. Zäch, A. Künzler, *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law According to Constitutional Law*, u: Zäch, Heinemann, Kellerhals, *The Development of Competition Law*, op.cit., s. 65-66; Fox, Sullivan, *Antitrust – Retrospective and Prospective*, op.cit., s. 942-943.

⁵³ Amato, *Antitrust and the Bound of Power*, New York 1997., s. 112.

⁵⁴ Fox Sullivan, *Antitrust – Retrospective and Prospective*, s. 944.

⁵⁵ *United States v Alcoa*, 1945., 148 F.2d 416, *Brown Shoe Co. v United States*, 1962., 370 U.S. 294; *United States v Philadelphia National Bank*, 1963., 374 U.S. 321; *United States v Trenton Potteries Co.*, 1927., 273 U.S. 392; *FTC v Procter & Gamble Co.*, 1967., 386 U.S. 568.

⁵⁶ R. Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, University of Pennsylvania Law Review, april 1979., s. 1051-1075.

Različiti stavovi o ciljevima antimonopolskog prava u američkoj nauci i praksi su se tokom poslednjih decenija 20. veka približili. Američki Vrhovni sud i izvršni organi nadležni za primenu antimonopolskog prava počeli su mnogo veći značaj da pridaju ekonomskim dokazima u procesu donošenja odluka o povredi antimonopolskih zakona. Uočava se trend u praksi Vrhovnog suda SAD-a da se smanjuje broj precedentnih pravila o apsolutnoj zabrani pojedinih ponašanja, a povećava broj slučajeva u kojima je taj sud zauzeo stanovište da se protivpravnost određenog ponašanja mora procenjivati u ekonomskom kontekstu konkretnog slučaja. U slučaju Silvanija⁵⁷ Vrhovni sud SAD-a je ograničio polje primene pravila o apsolutnoj zabrani sporazumnih ograničenja konkurencije u odnosima proizvođač – distributer na sporazum o cenama distributera u daljoj prodaji. Sva ostala vertikalna ograničenja konkurencije spadaju u sferu “pravila rezona”, koje zahteva da se dokaže štetnost ograničenja u konkretnom slučaju. Sud je u presudi u tom slučaju ukazao da antimonopolsko pravo treba prvenstveno da se bavi razmatranjem tržišta, a ne ograničenjima autonomije nezavisnih privrednika. Nakon slučaja Ližin iz 2007. godine,⁵⁸ čak i sporazum o minimalnim cenama u daljoj prodaji u američkom pravu izmiče apsolutnoj zabrani. Pripadnici “populističkog” bloka prihvataju stav da ekonomski ciljevi treba da imaju prevagu nad političkim ciljevima. Politički ciljevi treba da budu uzeti u obzir ako ekonomski dokazi ne pružaju dovoljno osnova za sankcionisanje određenog ponašanja.⁵⁹ S druge strane, velika većina predstavnika Čikaške škole nikada nije prihvatila Borkovo usamljeno viđenje Šermanovog zakona kao parafraze ekonomske efikasnosti.⁶⁰ Njihov stav da neto-efikasnost treba da bude jedini kriterijum u primeni antimonopolskog prava nikada nije dobio pozitivnopravno važenje. Tako, Antimonopolsko odeljenje Ministarstva pravde SAD-a u Smernicama za fuzije iz 2010. godine ističe da antimonopolsko pravo daje primat konkurenciji, a ne internoj proizvodnoj efikasnosti, prilikom ostvarivanja cilja zaštite potrošača. Koncentracije koje imaju negativne efekte po stanje konkurencije na tržištu mogu se opravdati većom proizvodnom efikasnošću, samo ako je porast efikasnosti mnogo veći u poređenju sa umanjnjem intenziteta konkurencije i ako se pruže dokazi o tome da će se njihove koristi sigurno preneti na potrošače.⁶¹

4.3. Ciljevi evropskog prava konkurencije

Evropsko pravo konkurencije je takođe doživelo evoluciju u pogledu ciljeva koje ostvaruje, prešavši put od “strukturalističkog” i “legalističkog” načina posmatranja, koji u fokus evropskih pravila konkurencije stavlja očuvanje konkurentne strukture tržišta, ka pristupu koji se smatra “više ekonomskim” i “sa težištem na efektima” pojedinog ponašanja na

⁵⁷ *Continental T.V., Inc. v GTE Sylvania, Inc.*, 1977., 433 U.S. 36.

⁵⁸ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v PSKS*, 2207., 551 U.S. 877.

⁵⁹ Pitofski pri tome podvlači da ekonomski dokazi u procesu primene antimonopolskog prava vrlo često počivaju na intuiciji i uverenju da određene posledice proističu iz određenog ponašanja, a mnogo manje na nedvosmislenim činjenicama. *The Political Content of Antitrust, op. cit.*, s. 1065.

⁶⁰ *Jacobs, op. cit.*, s. 234.

⁶¹ Department of Justice, *Horizontal Merger Guidelines*, www.justice.gov/atr/public/guidelines.

ekonomsko blagostanje.⁶²

Rimskim ugovorom iz 1957. definisani su, u članu 2, ciljevi novostovorene Evropske ekonomske zajednice, među koje su ubrojani harmoničan razvoj privrednih aktivnosti i ubrzan rast životnog standarda. U članu 3 navedene su nadležnosti pomoću kojih se ostvaruju nabrojani ciljevi. U tački g) člana 3 propisano je da zadatak EEZ-a da uspostavi "sistem koji obezbeđuje da konkurencija na tržištu ne bude narušena". Sa izmenama osnivačkog ugovora osnovni ciljevi su dopunjavani, ali polazna postavka da evropska integracija treba da doprinese harmoničnom ekonomskom razvoju država – članica i boljem životnom standardu njenih građana nije pretrpela izmene. Funkcija uspostavljanja sistema kojim se štiti konkurencija na zajedničkom tržištu takođe je ostala jedna od funkcija EU-a, iako poslednjim, Lisabonskim ugovorom, politika konkurencije nije posebno uvrštena među nadležnosti EU-a, već su mere za očuvanje konkurencije obuhvaćene nadležnošću EU-a na uspostavljanju i očuvanju unutrašnjeg tržišta.⁶³

U prvim decenijama primene komunitarnih pravila konkurencije primat cilja očuvanja konkurencije nije se dovodio u pitanje u praksi Komisije i Suda pravde. Komisija u svom 29. izveštaju o politici konkurencije navodi da je prvi cilj politike konkurencije očuvanje konkurentnih tržišta. Politika konkurencije je instrument za podsticanje proizvodne efikasnosti, optimalne alokacije resursa, tehničkog napretka i fleksibilnosti prilagođavanja promenljivom okruženju.⁶⁴ Odluke u slučajevima *Kontinental Ken*,⁶⁵ *Komeršal Solvents*,⁶⁶ *Hofman-La Roš*,⁶⁷ *Junajted Brends*,⁶⁸ *Mišelin I*⁶⁹ i dr. ukazivale su na beskompromisan stav organa tadašnje EEZ-a da svoja ovlašćenja stave u službu cilja očuvanja konkurentne strukture zajedničkog tržišta. U slučaju *Komeršal Solvents* Komisija je obavezala američku kompaniju da nastavi da snabdeva italijanskog konkurenta sirovinom za proizvodnju leka protiv tuberkuloze kako bi se sačuvala konkurencija na tržištu tog leka. U slučaju *Hofman-La Roš* Sud pravde je zauzeo stav da se zloupotreba dominantnog položaja sastoji u ponašanju preduzeća u dominantnoj tržišnoj poziciji koje utiče na strukturu tržišta na kome je konkurencija, upravo zbog prisustva tog preduzeća, već u značajnoj meri oslabljena. U slučaju *Kontinental Ken* Sud pravde eksplicitno uspostavlja vezu između osnovih ciljeva i zadataka utvrđenih Ugovorom o osnivanju i ciljeva koji se ostvaruju primenom pravila konkurencije, prihvatajući ekstenzivno tumačenje člana 102 (tadašnji

⁶² Vid. J. Basedow, W. Wurmnest, *Structure and Effects in EU Competition Law*, Hague, 2011.

⁶³ Protokol XXVII Lisabonskog ugovora. Cilj očuvanja konkurencije na tržištu EU je iz teksta Lisabonskog ugovora izbačen na insistiranje francuskog predsednika Sarkozija.

⁶⁴ Par. 2 Izveštaja.

⁶⁵ *Europeamballage Corp. and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, slučaj 6/72, 1973. ECR 215.

⁶⁶ *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.a. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities*, sjedinjeni slučajevi 6 i 7/73, 1974. ECR 223.

⁶⁷ *Hoffmann – La Roche & Co. AG v Commission*, slučaj 85/76, 1979. ECR 461.

⁶⁸ *Unted Brands Co. v Commission*, slučaj 27/6, 1978. ECR 207.

⁶⁹ *Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV v Commission*, slučaj 322/81, 1983. ECR 3461.

86) koje je dala Komisija: “Ako član 3 tač. f) predviđa instituciju sistema kojim se obezbeđuje da konkurencija na zajedničkom tržištu ne bude narušena, onda se time *a fortiori* traži da konkurencija ne sme biti eliminisana. Taj zahtev je toliko esencijalan, da bi bez njega brojne odredbe Ugovora bile besmislene. Štaviše, to korespondira pravilu člana 2 Ugovora, prema kome je jedan od zadataka Zajednice da podstiče ... harmoničan razvoj privrednih aktivnosti. Tako, ograničenja konkurencije koje Ugovor dopušta pod određenim uslovima zbog potrebe usklađivanja različitih ciljeva Ugovora, ograničena su zahtevima članova 2 i 3. Ići izvan tih granica uključuje rizik da bi se slabljenje konkurencije sukobilo sa ciljevima zajedničkog tržišta.”⁷⁰

U oblasti sporazumnih ograničenja konkurencije primenjivan je, po priznanju Komisije, “legalistički” pristup, na osnovu koga su određene klauzule u sporazumima između preduzeća *a priori* proglašavane nedopuštenim ili dopuštenim. Prvenstveno pod uticajem američke doktrine i prakse,⁷¹ Evropska komisija je krenula da razvija ekonomski pristup, i to najpre upravo u sferi sporazumnih ograničenja konkurencije. U Obaveštenju o primeni pravila konkurencije Zajednice na vertikalna ograničenja,⁷² Komisija ističe da postojeće uredbe o grupnim izuzećima sporazuma sadrže pravila koja su suviše formalistički koncipirana i zbog toga nepotrebno ograničavaju slobodu preduzeća koja imaju razmerno malu tržišnu moć a, sa druge strane, postoji opravdana bojazan da Komisija neće moći da sankcioniše ponašanja koja izazivaju štetne posledice po konkurenciju na tržištu. Komisija je tada najavila više ekonomski pristup ograničenjima konkurencije, koji podrazumeva da se vertikalni sporazumi posmatraju u svetlu aktuelnog tržišnog konteksta, odnosno u svetlu efekata na tržištima na kojima posluju učesnici sporazuma.⁷³ Nakon toga usledilo je usvajanje Uredbe o grupnim izuzećima vertikalnih sporazuma, koja je, za razliku od prethodnih grupnih izuzeća, propisivala znatno manji broj apsolutno zabranjenih klauzula u vertikalnim sporazumima i uvela oborivu pretpostavku da su sporazumi između preduzeća sa tržišnim udelom manjim od 30% izuzeta od zabrane po osnovu člana 101 stav 1. U Smernicama za primenu člana 81 (sadašnji 101) stav 3, koje su usvojene 2004. godine,⁷⁴ Komisija je najavila da će se prilikom procene ispunjenosti uslova za pojedinačno izuzeće sporazuma od zabrane, vagati pozitivni i negativni efekti sporazuma po konkurenciju, što pretpostavlja ispitivanje ispunjenosti svakog od četiri uslova za izuzeće propisanih u članu 101. To je zapravo značilo da Komisija stavlja u odnos uslove unapređenja efikasnosti i neophodnosti sporazumnog ograničenja konkurencije sa uslovima dobrobiti za potrošače i odsustvom eliminacije konkurencije. Svaki od uslova mora biti kumulativno ispunjen, što znači da Komisija prihvata argument unapređenja efikasnosti kao obrazloženje za pojedinačno izuzeće sporazuma, ali samo ukoliko se

⁷⁰ Par. 24 odluke u slučaju *Kontinental Ken*.

⁷¹ J. Basedow, *Introduction*, u: Basedow, Wurmnest, *op.cit.*, s. 4-5.

⁷² *Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints*, Službeni list EU C 365, 1998.

⁷³ Tač. 2 Obaveštenja.

⁷⁴ *Guidelines on the Application of the Article 81(3) of the Treaty*, Službeni list EU C 101, 2004.

pokaže da će postignute uštede u troškovima ili druge efikasnosti biti prenete na potrošače i ako se sporazumom ne eliminiše konkurencija na značajnom delu tržišta proizvoda koji su predmet sporazuma. Efikasnost je definisana kao dobrobit za potrošače. Kriterijum efikasnosti, čak i tako usko shvaćen, ne može da pretegne nad kriterijumom očuvanja konkurencije na tržištu, jer sadržina člana 101 stav 3 ne omogućuje drugačije tumačenje.

U oblasti kontrole koncentracija Komisija je napustila strukturalni pristup usvajanjem nove Uredbe o kontroli koncentracija 2004. godine,⁷⁵ što je vidljivo u načinu definisanja kriterijuma za procenu kompatibilnosti koncentracije sa zajedničkim tržištem. Dok je prethodna Uredba br. 4064/89 propisivala kriterijum sticanja, odnosno jačanja dominantnog položaja kao isključivi kriterijum, novom uredbom se ovaj kriterijum dopunjava kriterijumom značajnog smanjenja konkurencije. Time je omogućeno Komisiji da sankcioniše i one koncentracije koje ne vode stvaranju preduzeća sa naglašeno jačom pozicijom u odnosu na druga preduzeća na tržištu, ali za koje se na osnovu sprovedene ekonomske analize proceni da mogu izazvati štetne efekte po konkurenciju. Kako je Komisija kasnije objasnila u Smernicama za procenu horizontalnih koncentracija, koncentracija kojom se smanjuje broj konkurenata na tržištu sa oligopolskim karakteristikama dovodi do slabljenja konkurentskog pritiska, pa učesnici koncentracije i preostali konkurenti stižu mogućnost da samostalno povećavaju cene ili se stvaraju pogodni uslovi za usaglašavanje cena među članovima oligopola, čak i kada koncentracija nema za posledicu stvaranje ili jačanje dominantne tržišne pozicije.⁷⁶ Kada je reč o kriterijumu uvećanja efikasnosti, u oblasti kontrole koncentracije ponavlja se već utemeljeni pristup da je on relevantan samo u meri u kojoj donosi koristi potrošačima i pod uslovom da se ne stvaraju prepreke za konkurenciju.⁷⁷ Odgovarajući tretman kriterijum efikasnosti ima i u oblasti kontrole verikalnih i konglomeratskih koncentracija. Pošto takve koncentracije u prvom redu stvaraju zabrinutost zbog mogućeg eliminisanja postojećih i sprečavanja ulaska potencijalnih konkurenata na tržište, Komisija u svojim Smernicama za procenu ne-horizontalnih koncentracija⁷⁸ pojašnjava da kontrola koncentracija nema za cilj opstanak konkurenata na tržištu sam po sebi, već očuvanje dovoljnog intenziteta konkurencije na tržištu, kako preostali konkurenti ne bi mogli da naškode interesima potrošača, podižući cene.⁷⁹

⁷⁵ Council Regulation No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (The EC Merger Regulation), Službeni list EU L 24, 2004.

⁷⁶ Guidelines on the assesment of horizontal concentrations under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, Službeni list EU C 31, 2004., tač. 25.

⁷⁷ Član 2 stav 1 tač. b) Uredbe 139/2004 i tač. 76) Smernica za procenu horizontalnih koncentracija.

⁷⁸ Guidelines on the assesment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, Službeni list EU C 265, 2008.

⁷⁹ C.E. Mostovo, *The More Economic Approach Paradigm – An Effects-based Approach to EU Competition Policy*, u: Basedow, Wurmnest, *op.cit.*, s. 15.

U oblasti zloupotrebe dominantnog položaja promena pristupa vidljiva je u Uputstvu Komisije o prioritetima u primeni člana 82 (sadašnji 102),⁸⁰ u kojem je Komisija najavila da će se u izboru slučajeva koje namerava da istraži i sankcioniše rukovoditi prvenstveno potencijalnim štetnim efektima određenog ponašanja na blagostanje potrošača. U fokusu Komisije su ponašanja preduzeća sa dominantnom pozicijom kojim ono sprečava pristup postojećih ili novih konkurenata tržištima snabdevanja ili prodaje, što za posledicu ima situaciju da to preduzeće može da povećava cene na štetu potrošača. Komisija ukazuje da se procena štetnog efekta ponašanja mora oslanjati na kvalitativne ili, ako je to moguće, kvantitativne dokaze.⁸¹ Preduzeće sa dominantnim položajem se može braniti da je ponašanje koje upražnjava objektivno opravdano ili uvećava njegovu efikasnost. U ovom poslednjem slučaju mora se učiniti verovatnim da konkurenciji i potrošačima neće biti naneta šteta. Uvećanje efikasnosti ne može biti opravdanje za ponašanje dominantnog preduzeća, ako se njime eliminiše gotovo sva postojeća konkurencija, ili isključuje mogućnost dolaska nove konkurencije. Uvećanje efikasnosti ne može biti opravdanje za ponašanje koje ima za posledicu očuvanje ili jačanje dominantne tržišne pozicije na nivou kada se ona približava ili izjednačava monopolskoj poziciji.⁸²

Novi pristup Komisije u svim oblastima prava konkurencije se generalno odlikuje sledećim karakteristikama: 1) neposredni cilj prava konkurencije opredeljen je kao blagostanje potrošača, mereno pokazateljima kao što su visina cena proizvoda, obim, raznovrsnost i kvalitet ponude; 2) protivpravnost ponašanja određuje se saglasno proceni njegovih efekata na blagostanje potrošača, što podrazumeva obavezu da Komisija pribavi i analizira dokaze o mogućim (ili već ispoljenim) ekonomskim efektima odnosnog ponašanja; 3) unapređenje proizvodne efikasnosti može se prihvatiti kao argument u prilog ocene o zakonitosti ponašanja, pod uslovom da se dokažu posledične koristi za potrošače; 4) uvećanje efikasnosti ne može biti prihvatljivo opravdanje, ako sporno ponašanje ima za posledicu značajno eliminisanje konkurencije.

Ciljevi blagostanja potrošača i očuvanja konkurencije naizmenično se smenjuju u postupku procene zakonitosti određenog ponašanja sa aspekta Komisije EU-a, koja formira tri linije provere zakonitosti određenog ponašanja, nezavisno od njegove forme (oblika u kom se ispoljava). Načelno, sva ponašanja kojima se ograničava konkurencija zabranjena su. Ponašanje koje ograničava konkurenciju ipak može biti dopušteno ako uvećava blagostanje potrošača, ili ga makar, ne umanjuje, pri čemu povećava proizvodnu efikasnost preduzeća u pitanju. Ponašanje će biti nezakonito, bez obzira što povećava proizvodnu efikasnost, ako ima za posledicu značajno ograničenje konkurencije.

⁸⁰ *Guidance on the Commissions enforcement priorities in applying Article 82 of the Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, Službeni list EU C 45, 2009.

⁸¹ Tač. 19) Uputstva o prioritetima u primeni člana 82.

⁸² Tač. 30) Uputstva o prioritetima u primeni člana 82.

Sud pravde, međutim, za sada ne deli u punoj meri ovakav pristup, makar kada je reč o zloupotrebi dominantnog položaja. Sud je u presudi povodom slučaja zloupotrebe dominantnog položaja kompanije Britiš Ervejz⁸³ izneo stav da nije neophodno da Komisija utvrdi postojanje štetnih posledica po potrošače, ako je dokazano da ponašanje narušava konkurentnu strukturu tržišta. Sud najpre prihvata mogućnost opravdanja ponašanja kojim se ograničava konkurencija argumentom uvećanja ekonomske efikasnosti, ukazujući da procena ekonomske opravdanosti ponašanja koje ugrožava konkurenciju mora biti načinjena na osnovu okolnosti konkretnog slučaja, kako bi se utvrdilo da li štete po konkurenciju mogu biti kompenzovane ili poništene koristima u vidu efikasnosti koje takođe donose koristi potrošačima. Ponašanje koje ne donosi nikakve prednosti tržištu ili potrošačima ili ide mnogo dalje od onog što je neophodno da bi se te prednosti ostvarile predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Međutim, Sud je u toj odluci takođe primetio da se član 82 (sadašnji 102) ne odnosi samo na ponašanja koja neposredno nanose štetu potrošačima, već i na ponašanja koja su štetna za njih zbog posledica koje izazivaju u odnosu na konkurentnu strukturu tržišta. Odatle sledi da Komisija ne mora nužno da utvrdi da je ponašanje prouzrokovalo štetu potrošačima, već da je dovoljno da utvrdi da je ponašanje imalo ograničavajući efekat po konkurenciju.⁸⁴ Sud se, pritom, oslanja na jezičko tumačenje člana 102, koji sintagmu „šteta za potrošače“ koristi samo prilikom definisanja jednog oblika zloupotrebe dominantnog položaja – ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog napretka. Iako se odluka u slučaju Britiš Ervejz odnosi na zloupotrebu dominantnog položaja, time se ne umanjuje njen generalni značaj za formulisanje ciljeva evropskog prava konkurencije. Očuvanje konkurencije kao procesa je ultimativni cilj, jer u najvećem broju slučajeva, konkurencija donosi željene ekonomske rezultate.⁸⁵ Pojedina ograničenja konkurencije, ali ne njeno potpuno eliminisanje, dopuštena su ako se dokaže da donose dobrobiti kako preduzeću koje ih upražnjava, tako i potrošačima. To su izuzeci od opšteg pravila da je ograničavanje konkurencije zabranjeno, a Sud ih prihvata kao izuzetke samo ako doprinose ostvarenju drugog važnog cilja – blagostanja potrošača. Cilj blagostanja potrošača ne može sasvim da potisne cilj očuvanja konkurencije na lestvici ciljeva prava konkurencije, jer je očuvanje konkurencije kao procesa neophodno za ostvarivanje drugih ciljeva postavljenih Ugovorom o Evropskoj uniji.

Navedeni stav Sud pravde je potvrdio u presudi u slučaju Glekso-Smit-Klajn,⁸⁶ koji se ticao oblasti primene člana 101. Sud je podvukao da član 81 (sadašnji 101), kao i svi drugi članovi Ugovora o EU posvećeni konkurenciji, štiti ne samo interese konkurenata ili potrošača, već takođe, i strukturu tržišta i time i konkurenciju kao instituciju. Zbog toga, u postupku utvrđivanja da li određeni sporazum ima efekat protivan konkurenciji, nije neophodno

⁸³ *British Airways plc. v. Commission*, slučaj C 95/04 P, 2007. ECR I-02331.

⁸⁴ Par. 86, 106 i 107.

⁸⁵ Zimmer, *Protection of Competition v. Maximizing (Consumer) Welfare*, u Basedow, Wurmnest, *op.cit.*, s. 27.

⁸⁶ *GlaxoSmithKline Unlimited and Others V Commission*, sjedinjeni slučajevi C 501/06 P, C 513 06 P, C 515/06 P i C 519/06 P, 2009. ECR I-09291.

ustanoviti da su potrošačima uskraćeni plodovi efektivne konkurencije u vidu ponude i cena, ukoliko je iz sadržine sporazuma vidljivo da je njegov cilj ograničenje konkurencije. Odatle dalje sledi da utvrđenje da sporazum ima za cilj ograničavanje konkurencije, ne može biti uslovljeno postojanjem dokaza o šteti za potrošače.

Sud pravde je nastojao da uspostavi balans između ciljeva ustanovljenih osnivačkim ugovorima i razvoja prava konkurencije koji se odigrao u međuvremenu. Norme sadržane u Ugovoru o osnivanju EU i Ugovoru o funkcionisanju EU čine spoljni okvir, koji nije moguće probiti uprkos doprinosu ekonomske nauke drugačijem viđenju ciljeva prava konkurencije. Drugi mogući razlog koji objašnjava izbalansiran pristup Suda jeste krajnje pragmatična potreba da se obezbedi pravna sigurnost i efikasnost postupaka primene pravila konkurencije. Ako bi se dozvolilo da pristup zasnovan na ekonomskim efektima u potpunosti potisne strukturalni i legalistički pristup, to bi značilo da nijedno tržišno ponašanje ne može unapred biti okarakterisano kao ponašanje u skladu ili u suprotnosti sa pravilima konkurencije. Time se nesporno umanjuje pravna sigurnost, jer preduzeća koja su dužna da usklađuju svoje ponašanje ne mogu sa izvesnošću unapred znati šta je u skladu sa zakonom, a šta nije. Drugo, Komisija ili oštećeno privatno lice u svakom pojedinom slučaju morali bi posegnuti za detaljnim ekonomskim analizama, koje bi trebalo da dokažu ili sa velikom izvesnošću predvide štetne efekte određenog ponašanja po blagostanje potrošača. I obrnuto, preduzeće čije ponašanje je stavljeno pod lupu, moralo bi da pribavi dokaze da korisni efekti ponašanja kompenzuju ili nadvladavaju njegove štetne efekte. Obe strane u procesu primene pravila konkurencije se time čine zavisnim od rezultata ekonomskih analiza, a velika je verovatnoća da će veći uspeh u sporu imati strana koja ima više novca da plati skupe ekonomske analize i kojoj su dostupni dokazi o posledicama određenog ponašanja. To je, po pravilu, strana kojoj se stavlja na teret određeno ponašanje. Konačno, ukazuje se da uslovljenost ishoda postupka za primenu pravila konkurencije primenom ekonomskih analiza nosi opasnost primene ekonomskih modela i teorija koji nisu apsolutno prihvaćeni i provereni empirijskim istraživanjima.⁸⁷

4.4. Ostali ciljevi

Blagostanje potrošača i očuvanje konkurencije kao procesa, kao ciljevi prava konkurencije, često se sukobljavaju sa drugim ekonomskim ili društveno-političkim ciljevima. Tako, kontrola koncentracija u pravu konkurencije, koja je opravdana potrebom očuvanja efektivne konkurencije na tržištu, sukobljava se sa ekonomskom politikom rasta i jačanja domaćih preduzeća radi odolevanjima izazovima konkurencije na međunarodnom tržištu i socijalnom politikom očuvanja radnih mesta. Sporazumna ograničenja konkurencije često se opravdavaju ciljevima zaštite životne sredine, očuvanja kulturnih vrednosti i sl. U Evropskoj uniji sukobljenost cilja zaštite konkurencije sa drugim ekonomskim i socijalnim

⁸⁷ Akman, *op.cit.* s. 286.

ciljevima ima posebnu težinu, jer osnivački ugovori EU-a neke od njih ubrajaju među prioritetne ciljeve. Postavlja se pitanje da li unutar polja primene prava konkurencije treba omogućiti artikulisanje tih drugih ciljeva i, ako je odgovor potvrđan, na koji način rangirati ciljeve?

U teoriji preovladava shvatanje da druge ekonomske i društveno-političke ciljeve treba isključiti iz sfere primene prava konkurencije, iz više razloga. Jedan je da uključivanje drugih ciljeva neminovno vodi nedoslednosti u primeni prava konkurencije, a time i pravnoj nesigurnosti, koja inače u ovoj oblasti nije na visokom nivou.⁸⁸ Ako, na primer, zakonodavstvo kojim se štiti konkurencija predvidi mogućnost da se koncentracija odobri kako bi se sačuvala radna mesta u preduzeću na ivici finansijske propasti, rezultat postupka kontrole koncentracija biće različit zavisno od toga da li su učesnici koncentracije preduzeća sa solidnom ekonomskom pozicijom ili ne. Šta više, ova prva bi mogla tvrditi da su diskriminisana, jer se njima ne daje odobrenje za koncentraciju, uprkos tome što stabilnost njihovog poslovanja automatski znači da ona vode računa o očuvanju radnih mesta za svoje zaposlene, ili su, naprotiv, morali da otpuste svoje zaposlene kako bi očuvali ekonomsku stabilnost. Drugo, društveno-politički ciljevi se menjaju, na isti način kao što se menja politička opcija, ili zajedno sa promenama društvenih vrednosti. Promena ciljeva nužno bi vodila promenama u primeni prava konkurencije.

Praksa, sa druge strane, uviđa da se pravo konkurencije ne može primenjivati izolovano, bez sagledavanja njegovih efekata na druge važne ekonomske i socijalne ciljeve. Balans između cilja zaštite konkurencije i drugih ciljeva postiže se na različite načine. Jedan je da se u zakonodavstvo kojim se obezbeđuje zaštita konkurencija ugrade odredbe o dopuštenim izuzecima od primene opštih pravila konkurencije. Brojni su takvi primeri. Tako je već od nastanka evropske ekonomske integracije oblast poljoprivrede bila izuzeta od primene pravila konkurencije iz Rimskog ugovora. Član 106 UFEU-a dopušta izuzeće od primene pravila konkurencije u slučaju preduzeća koja obavljaju delatnost od opšteg ekonomskog interesa, ukoliko je to neophodno za obavljanje zadataka koji su im povereni. Nemački zakonodavac je prilikom usvajanja Zakona o ograničavanju konkurencije iz 1957. godine morao da propiše čitav niz zakonskih izuzetaka, kao ustupak privrednim lobijima koji su bili snažno protiv usvajanja tog zakona. Tako su bili izuzeti od zakonske zabrane tzv. krizni karteli, koji su dopuštali udruživanje nemačkih proizvođača radi utvrđivanja proizvodnih kvota u vreme cikličnih ekonomskih kriza i opšteg pada tražnje na tržištu. Izuzeti su takođe bili sporazumi kojima se određuju cene knjiga i drugih štampanih izdanja, kako bi se zaštitila knjižarska delatnost, koja je veoma važna za kulturni razvoj. U uporednom zakonodavstvu opšte je poznat izuzetak u oblasti kontrole koncentracija, pod nazivom "prigovor preduzeća u ekonomskim teškoćama" (eng. *failing company defence*), koji dopušta sprovođenje koncentracije sa preduzećem kome preči stečaj, radi očuvanja njegove imovine i radnih mesta.

⁸⁸ F. Jenny, *Competition and Efficiency*, u: Fordham Corporate Law Institute, *Antitrust in a Global Economy*, New York, 1994. s. 185-220, na s. 195.

U praksi Evropske komisije sve do kraja devedesetih godina prošlog veka nije bila neuobičajena pojava da se prilikom odobravanja pojedinačnih izuzeća sporazuma daje prednost ciljevima ekonomske politike i društvenim ciljevima u odnosu na cilj očuvanja konkurencije. U vreme ekonomske krize osamdesetih, Komisija je odobrila izuzeće nekoliko kartelnih sporazuma, koji su imali za cilj utvrđivanje proizvodnih kvota i smanjenja proizvodnih kapaciteta u petrohemijskom sektoru, naročito pogođenim ekonomskom krizom.⁸⁹ Iako je utvrdila da je reč o sporazumima koji za svoj neposredan cilj imaju ograničavanje konkurencije, budući da imaju za predmet smanjivanje broja konkurenata i obim ponude, Komisija je odobrila izuzeće sporazuma od zabrane iz člana 85 (sadašnji 101) kako bi preostali učesnici na tržištu mogli da podignu cene petrohemijskih proizvoda na profitabilan nivo, jer su, po njenoj oceni, ti sporazumi bili neophodni da se povрати profitabilnost sektora petrohemijske. Navedene razloge Komisija je podvela pod uslove unapređenja proizvodnje i ekonomskog napretka iz člana 101 stav 3 UFEU-a. Dobrobit za potrošače ogleдалa se u obezbeđenju stabilnosti snabdevanja i ujednačenog kvaliteta. U svom Izveštaju za 1983. godinu Komisija se izjasnila da krizni karteli mogu biti izuzeti od zabrane ako doprinose rešavanju problema prevelikih proizvodnih kapaciteta i sa njim povezanim problemom zaposlenosti u određenom privrednom sektoru pogođenom strukturalnom krizom, pod uslovom da je isključivi cilj sporazuma rešavanje tog problema, pri čemu ne ograničavaju slobodno odlučivanje članova kartela u pogledu drugih pitanja i ne ograničavaju konkurenciju.⁹⁰ Više puta Komisija je odobrila izuzeće restriktivnog sporazuma u formi zajedničkog ulaganja, na osnovu činjenice da sporazum omogućava otvaranje novih radnih mesta, odnosno povećanje zaposlenosti. Tako je u slučaju zajedničkog ulaganja Forda i Folksvagen za razvoj i proizvodnju nove marke putničkog vozila u Portugalu, Komisija uzela u obzir činjenicu da će sporazum direktno doprineti otvaranju 5.000 novih radnih mesta, a indirektno još 10.000, ali je konstatovala da predmetni ugovor o zajedničkom ulaganju ne predviđa više ograničenja nego što je to neophodno za postizanje nameranih ciljeva i da konkurencija na tržištu odgovarajuće kategorije vozila neće biti ograničena.⁹¹ U sporu koji je usledio nakon tužbe konkurenata za poništaj odluke Komisije, Komisija je u svoju odbranu navela da ima pravo da u postupku odlučivanja o izuzeću sporazuma uzima u obzir i ostale ciljeve utvrđene Ugovorom o osnivanju, kao što su očuvanje zaposlenosti i regionalni razvoj, ali da ispunjenje tih ciljeva ne može samo za sebe biti dovoljno da opravda izuzeće sporazuma kojim se ograničava konkurencija.⁹² U slučaju izuzeća sporazuma o zajedničkom ulaganju između Filipisa i Osrama u cilju zajedničke proizvodnje kućišta od olovnog stakla za sijalice, Komisija je odobrila izuzeće, uprkos proceni da bi zajednički tržišni udeo preduzeća učesnika sporazuma na evropskom tržištu iznosio 66%. Ključni razlozi za odobrenje bile su uštede u

⁸⁹ *BPCL/ICI*, slučaj IV/30.863, Službeni list EZ L 212, 1984.; *ENI/Montedison*, slučaj IV/31.055, Službeni list EZ L 5, 1987.; *Enichem/ICI*, slučaj IV/31.846, Službeni list EZ L 50, 1988.

⁹⁰ A. Witt, *Public Policy Goals under EC Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order*, European Competition Journal, decembar 2012. s. 443-471.

⁹¹ *Ford/Volkswagen*, slučaj IV/33.814, Službeni list EZ L 20, 1993.

⁹² *Matra Haschette SA v. Commission*, slučaj T-17/93, 1994. ECR II-00595.

troškovima proizvodnje i doprinos zajedničkog ulaganja ekološki prihvatljivoj proizvodnji, što je Komisija smatrala jednim oblikom tehničkog unapređenja i doprinosa blagostanju potrošača. Komisija je zaključila da je preostala konkurencija na tržištu dovoljna da spreči negativne efekte sporazuma, jer postoje stvarni i potencijalni konkurenti sa nedovoljno iskorišćenim proizvodnim kapacitetima, od kojih se kupci mogu snabdevati ako zajedničko preduzeće pokuša da iskoristi svoju tržišnu poziciju na njihovu štetu.⁹³

Nakon što je Komisija najavila promenu kursa u smeru "više ekonomskog pristupa", njen odnos prema argumentima izvan sfere unapređenja efikasnosti i očuvanja konkurencije se promenio. U Smernicama za vertikalna ograničenja Komisija navodi da se uslov tehničkog i ekonomskog razvoja iz člana 101 stav 3 UFEU-u može isključivo opravdati argumentom povećanja ekonomske efikasnosti.⁹⁴ Slično viđenje Komisija je ispoljila i u Smernicama za primenu člana 101 na horizontalne sporazume o saradnji.⁹⁵ Tokom poslednje ekonomske krize Komisija se izjasnila da opšti uslovi ekonomske krize nikada ne mogu biti dovoljan razlog za izuzeće sporazuma koji ima za predmet ograničavanje proizvodnih kapaciteta. Izuzeće je moguće samo ako sporazum rešava problem prevelikih kapaciteta u određenom privrednom sektoru, kada snage tržišta same ne mogu da obezbede povoljan ishod, već konkurenti ulaze u iscrpljujuću borbu koja izjeda konkurentnost tog privrednog sektora i nanosi štetu potrošačima.⁹⁶ U nekoliko slučajeva izuzeća sporazuma koji su donosili unapređenja u oblasti zaštite životne sredine, Komisija je utvrdila da smanjenje troškova zaštite životne sredine takođe predstavlja jednu vrstu efikasnosti, koja opravdava izuzeće sporazuma.⁹⁷

U oblasti kontrole koncentracija, Komisija je dosledna u stavu da jedini kriterijum za procenu kompatibilnosti koncentracija treba da bude uticaj koncentracije na stanje konkurencije. Komisija ovde povremeno dolazi u sukob sa državama – članicama koje ohrabruju koncentracije domaćih preduzeća, kako bi se osposobila za izazove konkurencije na evropskom tržištu. Komisija je tako sprečila koncentraciju dva švedska proizvođača kamiona i autobusa, Skanije i Volva,⁹⁸ uprkos lobiranju švedske vlade da se koncentracija odobri, jer je procenila da bi koncentracija dovela da stvaranja monopolnog položaja na tržištu putničkih autobusa u Finskoj, Norveškoj i Danskoj. Komisija je odobrila koncentraciju francuskih distributera gasa Gas de Frans i Suec, tek nakon što su učesnici koncentracije prihvatili da implementiraju mere neophodne da se otklone ograničenja konkurencije na francuskom i belgijskom tržištu.⁹⁹

⁹³ Par. 29 i 30 odluke Komisije.

⁹⁴ Par. 106-108 Smernica o vertikalnim ograničenjima.

⁹⁵ *Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements*, Službeni list EU C 11, 2011. tač. 2.3.1.

⁹⁶ *Amicus curiae* mišljenje Komisije izneto pred irskim sudom u slučaju sporazuma o restrukturiranju u sektoru proizvodnje goveđeg mesa, navedeno prema Witt, *op.cit.*, s. 457.

⁹⁷ *CECED*, slučaj IV.F.1/36.718, Službeni list EU L 187, 2000.; *DSD*, slučaj COMP/34.493, Službeni list EU L 319, 2001.

⁹⁸ *Volvo/Scania*, slučaj COMP/M.1672.

⁹⁹ *Gaz de France/Suez*, slučaj COMP/M.4180.

Posledice izbacivanja cilja konkurencije iz osnovnog teksta Lisabonskog ugovora još uvek se ne mogu sa izvesnošću predvideti. Francuski predsednik Sarkozy, na čiji predlog je izvršena intervencija, trijumfalno je izjavio kako je Lisabonski ugovor označio “kraj konkurencije kao ideologije i kao dogme” i da će Komisija sada morati da promeni svoj pristup i usvoji politiku konkurencije koja će favorizovati nastanak evropskih šampiona.¹⁰⁰ Tumačenja u stručnoj javnosti u pogledu odnosa cilja konkurencije i ostalih ciljeva utvrđenih Lisabonskim ugovorom su različita. Po jednim, izbacivanje cilja očuvanja konkurencije iz osnovnog teksta Lisabonskog ugovora može da se tumači kao degradiranje tog cilja u odnosu na ostale ciljeve Unije, a pre svega u odnosu na ciljeve ekonomske politike (preciznije, politike koja favorizuje ukрупnjavanje evropske privrede). Po mišljenju tadašnjeg komesara za konkurenciju Neli Kros, politika konkurencije EU je ojačana time što joj je posvećen poseban protokol.¹⁰¹

Sud pravde, nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, nije imao prilike da dâ svoje viđenje odnosa cilja očuvanja konkurencije na unutrašnjem tržištu EU i drugih ciljeva utvrđenih tim ugovorom. Imajući u vidu dosadašnju praksu Suda pravde, ne treba sumanjati da će on nastaviti da podržava Komisiju u njenom beskompromisnom opredeljenju da cilj očuvanja konkurencije ne treba da ustukne pred drugim ciljevima evropske integracije.

¹⁰⁰ Navedeno prema Witt, *op.cit.*, s. 465-466.

¹⁰¹ Navedeno prema Goyder, *op.cit.*, s. 613.

5. Izvori prava konkurencije Evropske unije

Evropska unija je međunarodna organizacija osnovana radi ostvarenja višestrukih ciljeva – ekonomskih, političkih, socijalnih, bezbedonosnih i drugih. Države – članice prenele su na Uniju deo svojih suverenih nadležnosti, kako bi mogla da efikasno deluje na realizaciji navedenih ciljeva, putem višestranih međunarodnih ugovora koje su međusobno zaključile i zatim ratifikovale u skladu sa pravilima svog nacionalnog prava o preuzimanju međunarodnih obaveza. Ti međunarodni ugovori su osnov pravnog sistema EU-a, koji funkcioniše putem organa EU-a: Saveta, Komisije, Evropskog parlamenta i Suda pravde.

5.1. Stvaranje pravnog sistema EU kroz razvoj evropske integracije

Evropska unija počiva na dva ugovora, Ugovoru o Evropskoj uniji i Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije. Reč je o ugovorima kojima se u pravnotehničkom smislu menjaju Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice. Izmene Ugovora o EU-u i Ugovora o osnivanju EZ-a su izvršene potpisivanjem i ratifikacijom Ugovora iz Lisabona 13.12.2007. godine, koji se kolokvijalno naziva Lisabonski ugovor ili Reformski ugovor iz Lisabona.¹⁰² Ugovor iz Lisabona predstavlja poslednju fazu u stvaranju evropske integracije koja je započela osnivanjem Evropske zajednice za uglj i čelik Ugovorom iz 1951. i Evropske zajednice za atomsku energiju i Evropske ekonomske zajednice Ugovorom iz Rima 1957. godine. Ti ugovori su menjani više puta, kako zbog pristupanja novih država – članica evropskim integracijama, tako i zbog promena u institucionalnoj strukturi, proširivanja ciljeva i jačanja nadležnosti zajedničkih organa. Godine 1986., usvajanjem Jedinog evropskog akta, omogućeno je stvaranje unutrašnjeg tržišta, stvaranjem pravnih pretpostavki za uklanjanje prepreka slobodnom protoku robe, lica, usluga i kapitala i promenjen je način donošenja pravnih akata, jačanjem uloge Evropskog parlamenta u zakonodavnom procesu EEZ-a. Ugovorom iz Matrihta, zaključenim 1992. godine, uvodi se po prvi put pojam Evropska unija, pri čemu evropske zajednice nastavljaju da koegzistiraju. Evropska unija, tada bez pravnog subjektiviteta, imala je isključivo političku konotaciju, jer je Ugovor o osnivanju EU-a predviđao mehanizme za političku saradnju država – članica na polju pravosuđa, unutrašnjih i spoljnih poslova i bezbednosti (drugi i treći stub), dok se ekonomska integracija ostvarivala putem Evropske zajednice (prvi stub). Evropske zajednice su i dalje imale pravni subjektivitet i svoje jasno definisane nadležnosti i organe. Ugovorom iz Matrihta naziv Evropska ekonomska zajednica je promenjen u Evropska zajednica, ukazujući time na širenje njenih nadležnosti. Pored ekonomskih, na Zajednicu su prenete i neke socijalne nadležnosti (npr. u oblasti zdravlja, kulture, obrazovanja).

¹⁰² Konsolidovana verzija osnivačkih ugovora objavljena je u Službenom listu EU C 326 od 26.10.2012.

Ugovorom iz Maastrichta započeo je proces koji je naročito značajan za razvoj pravnog sistema EU-a i koji svedoči o specifičnosti ove međunarodne organizacije – jačanje zakonodavnih nadležnosti organa tadašnje Evropske zajednice i demokratskog načina donošenja odluka, kroz sve veću ulogu Evropskog parlamenta u zakonodavnom procesu i širenjem oblasti u kojima organi Zajednice odluke donose kvalifikovanom većinom, umesto konsenzusom, što je inače karakterističan način odlučivanja u međunarodnim organizacijama. Taj proces nastavljen je na opisan način Ugovorom iz Amsterdama. Ugovorom iz Nice, zaključenim 2001. godine, takođe su proširene oblasti u kojima organi Zajednice donose odluke kvalifikovanom većinom i promenjen je način glasanja u Savetu, organu u kom su zastupljene sve države – članice, tako da se omogući efikasno donošenje odluka nakon stupanja u članstvo deset novih država – članica 2004.

Lisabonskim ugovorom Evropska unija je stekla međunarodnopravni subjektivitet, a Evropska zajednica je prestala da postoji. Raspodela nadležnosti između Unije i njenih država – članica je jasno definisana (tako da pretpostavka nadležnosti ide u korist država – članica) i određena je hijerarhija pravnih akata koje donose organi Unije. U institucionalnom smislu stvorene su pretpostavke da organi EU-a efikasnije izvršavaju svoje nadležnosti i da se prema trećim licima EU-a predstavlja kao jedinstvo. Tako Komisija, kao koordinacioni, izvršni i upravni organ EU-a ima manji broj članova nego što EU ima država – članica (dve trećine od broja država – članica). Uvedena je institucija predsednika Komisije, koji rukovodi njenim radom, te institucija Visokog predstavnika EU-a za spoljne poslove i bezbednosnu politiku, koji je u isto vreme i potpredsednik Komisije.¹⁰³ Lisabonskim ugovorom je Povelja o osnovnim pravima EU-a, usvojena 2000. godine, postala pravno obavezujuća. Njene odredbe imaju isti rang kao i odredbe Ugovora o EU-u i UFEU-u.¹⁰⁴

5.2. Primarni izvori prava EU

Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, koji se nazivaju zajedničkim imenom „osnivački ugovori“, čine temelj Evropske unije kao međunarodne organizacije, uređujući njene ciljeve, osnovne principe, nadležnosti, institucionalnu strukturu i druga pitanja. Zajedno sa ugovorima o stupanju u članstvo koje su pojedine države – kandidati zaključivale sa državama – članicama, te drugim međunarodnim ugovorima koje je Evropska zajednica (odnosno njen pravni sledbenik, Evropska unija) zaključila sa trećim državama, oni čine primarni izvor prava Evropske unije. To su akti kojima države – članice kao suvereni subjekti poveravaju Evropskoj uniji nadležnosti za ostvarivanje pojedinih ciljeva i zadataka. Oni su primarni izvori prava jer iz njih Evropska

¹⁰³ O novinama koje je doneo Lisabonski ugovor vid. D. Simović, *Lisabonski ugovor naspram Predloga ustava za Evropsku uniju*, Zbornik radova „Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – Stanje i perspektive“, sveska 1, Niš, 2009. s. 355-372.

¹⁰⁴ Član 6 stav 1 Lisabonskog ugovora.

unija i njeni organi crpe svoje kompetencije – oni čine pravni osnov da Evropska unija preko svojih organa usvaja akte u određenoj oblasti i stara se o njihovom izvršavanju. Zbog toga, osnivački ugovori imaju primat nad pravnim aktima koje donose organi EU-a, a pod određenim uslovima i organi država – članica.

5.3. Sekundarni izvori prava EU

Sekundarni izvori prava EU-a su akti koje donose organi EU-a, na osnovu ovlašćenja iz osnivačkih ugovora. Nadležnost za donošenje sekundarnih izvora prava dele Evropski parlament, Savet i Komisija. Komisija predlaže pravne akte koje donose Savet i Parlament i može samostalno donositi akte potrebne za njihovo izvršavanje, a na osnovu ovlašćenja iz osnivačkih ugovora ili delegacijom nadležnosti od strane Saveta. Savet je nosilac zakonodavne aktivnosti. Kako je već istaknuto, zakonodavna uloga Evropskog parlamenta postepeno je jačala, ali on ipak još uvek nema samostalne nadležnosti za usvajanje obavezujućih pravnih akata, već te nadležnosti deli sa Svetom u okviru složenih procedura donošenja pravnih akata propisanih osnivačkim ugovorima.¹⁰⁵

Opšti pravni akti obavezujućeg karaktera koje donose organi EU su uredbe i direktive. Osnovna razlika između uredbe i direktive je u njihovom dejstvu. Uredbe su direktno primenjive na teritoriji država – članica. To znači da države – članice ne moraju usvajati zakonodavne akte kako bi obezbedile njihovu primenu, a pravna i fizička lica se mogu pozvati na uredbu EU-a u sporu pred nacionalnim sudom, koji vode bilo sa drugim privatnim licem, bilo sa svojom državom. Nacionalni organi država – članica su dužni da primenjuju uredbe prilikom uređenja prava i obaveza svojih građana ili lica na svojoj teritoriji. Direktive stvaraju obaveze za države – članice. Direktive su sredstvo za usklađivanje nacionalnih zakonodavstava država – članica u oblastima u kojima nije moguće postići jedinstveno regulisanje putem uredbe. Direktive postavljaju državama – članicama ciljeve i roke u kojima su dužne da ih ostvare, a države – članice su slobodne u izboru sredstava i metoda njihovog ostvarivanja. Direktive se redovno transponuju u nacionalni pravni sistem usvajanjem zakona. Pod određenim uslovima i direktiva može imati direktno dejstvo. Ukoliko država – članica ne izvrši svoju obavezu transponovanja direktive u nacionalno zakonodavstvo, a odredbe direktive su dovoljno jasne i precizne, pravna i fizička lica se mogu pozvati na sadržinu direktive u sporu pred nacionalnim sudom.¹⁰⁶

Odluka je pojedinačni pravni akt obavezujuće prirode. Odluke su upućene državama – članicama ili privatnim licima i predstavljaju izvor prava samo za lice kojem su upućene.

¹⁰⁵ Z. Horváth, *Handbook on the European Union*, Hungarian National Assembly, 2007. s. 184-218.

¹⁰⁶ *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and Others v Italian Republic*, odluka po zahtevu za preliminarno mišljenje, sjedinjeni slučajevi C-6/90 i C-9/90, 1991. ECRI-5357.

Organi EU-a donose i pravno neobavezujuće akte u formi preporuka i mišljenja. Preporuke sadrže uputstva u pogledu akcija ili mera koje adresat treba da preduzme, dok su mišljenja sredstvo putem kojeg organi EU-a izražavaju svoj stav povodom nekog pitanja. Iako nisu pravno obavezujući, Evropski sud pravde i nacionalni sudovi dužni su da uzmu u obzir preporuke i mišljenja prilikom odlučivanja.¹⁰⁷

Evropski sud pravde donosi odluke u sporovima koji nastanu u primeni osnivačkih ugovora i sekundarnih akata koje donose organi EU-a. Stranke u sporu mogu biti organi EU-a, države – članice i privatna lica. Odluke Suda pravde su obavezujuće i izvršne. Evropski sud donosi i preliminarna mišljenja po zahtevu koji mu upute sudovi država – članica, kada se u postupku pod nacionalnim sudom pojavi sporno pitanje koje se tiče sadržine ili primene prava EU-a. Praksa Suda pravde je imala veliki značaj za razvoj pravnog sistema EU-a. U velikom broju slučajeva, odluke Suda pravde doprinele su preciziranju nejasnih odredaba osnivačkih akata ili popunjavanju pravnih praznina. Uspešno ostvarujući ulogu čuvara osnivačkih ugovora, Sud pravde je veoma mnogo doprineo ostvarivanju ciljeva Unije, često slamaajući otpor država – članica prema merama koje su uvodili Savet i Komisija. Iako u osnivačkim ugovorima nema odredbe koja bi odlukama Suda pravde dala snagu formalnog izvora prava, u faktičkom smislu one to nesporno jesu.¹⁰⁸

Čitav skup pravnih pravila sadržinih u osnivačkim ugovorima i sekundarnim izvorima prava često se naziva zajedničkim imenom *acquis communautaire* (komunitarna tekovina na francuskom). U odnosu na sadržinu *acquis communautaire* određuju se obaveze države kandidata u procesu prijema u članstvo EU-a.

5.4. Primarni izvori prava konkurencije EU

Članom 3 UFEU-a predviđeno je da Unija ima isključivu nadležnost da ustanovljava pravila konkurencije koja su neophodna za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Odredbe o konkurenciji sadržane su u članovima 101-109 UFEU-a, pri čemu članovi 101 i 102 neposredno uređuju ponašanje preduzeća u konkurenciji na unutrašnjem tržištu EU-a. Ti članovi imaju materijalnopравни karakter, propisujući zabranu zloupotrebe dominantnog položaja i zabranu sporazuma kojima se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija na unutrašnjem tržištu EU-a. Članovi 101 i 102 su srž prava konkurencije EU-a. U rečniku Komisije i u stručnoj literaturi, ta pravila se označavaju imenom „antitrust“, po analogiji sa članovima 1 i 2 Šermanovog anitrustovskog zakona SAD-a. Sadržina ovih članova i način njihove primene u praksi Komisije i Suda pravde će biti detaljnije analizirani dalje u tekstu.

Članom 103 UFEU-a definisano je ovlašćenje Saveta da na predlog Komisije, i u postupku saodlučivanja sa Parlamentom, donosi uredbe i direktive koje će omogućiti efikasnu

¹⁰⁷ Horvath, *op.cit.*, s. 228

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 231

primenu članova 101 i 102, a naročito da propisuje novčane kazne za povrede tih članova, da uređuje detaljne uslove za izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane po osnovu člana 101 stav 3, da definiše oblast primene pravila konkurencije iz člana 101 i 102 u pojedinim privrednim sektorima, da definiše ovlašćenja Komisije i Suda pravde u primeni akata koje Savet donosi na osnovu člana 103, kao i da određuje odnos između nacionalnog zakonodavstva država – članica i pravila konkurencije EU-a.

Članom 105 UFEU-a poverena je Komisiji nadležnost da se stara o primeni principa sadržanih u članovima 101 i 102. Komisija je ovlašćena da vodi istragu kako bi utvrdila da li je došlo do povrede pravila konkurencije iz članova 101 i 102, postupajući na sopstvenu inicijativu ili na zahtev pojedine države – članice, u saradnji sa nacionalnim organima za konkurenciju. Istim članom dato je ovlašćenje Komisiji da donosi uredbе za primenu člana 101 stav 3, koji uređuje izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane, ali tek pošto Savet najpre donese odgovarajuću uredbu ili direktivu.

Članom 106 UFEU-a uređuju se obaveze država – članica u odnosu na javna preduzeća i preduzeća kojima države – članice dodeljuju posebna ili isključiva prava. Javna preduzeća su preduzeća nad kojima javna vlast može da vrši dominantan uticaj, po osnovu vlasništva nad njima, finansijskog učesća u kapitalu ili pravila upravljanja. Postoji pravna pretpostavka da javna vlast ima dominantan uticaj nad preduzećem, kada neposredno ili posredno poseduje većinu osnivačkog kapitala preduzeća, kontroliše većinu glasova koje daju akcije preduzeća ili može da imenuje više od polovine članova upravnih, rukovodećih ili nadzornih tela.¹⁰⁹ Preduzeća sa isključivim pravima su preduzeća kojima je javna vlast poverila isključivo pravo da obavljaju određenu privrednu delatnost na određenoj teritoriji, dok su preduzeća sa posebnim pravima ona kojima je javna vlast dodelila pravo na obavljanje određene privredne delatnosti na određenoj teritoriji ili druge regulatorne prednosti, ali ne na osnovu objektivnih, proporcionalnih i nediskriminatornih kriterijuma. U slučaju preduzeća sa posebnim pravima, postoji na istoj teritoriji više preduzeća kojima je dato ovlašćenje da se bave određenom privrednom aktivnošću ili su im date zakonske prednosti. Ako je samo jednom preduzeću dato pravo da obavlja određenu privrednu delatnost na određenoj teritoriji, reč je o isključivom pravu, tj. zakonskom monopolu.¹¹⁰ Članom 106 stav 1 zabranjuje se državama – članicama da u odnosu na javna preduzeća i preduzeća sa posebnim i isključivim pravima donose ili održavaju na snazi mere koje su suprotne pravilima konkurencije sadržanim u UFEU-u. Stavom 2 istog člana određuje se da

¹⁰⁹ Član 2 st. 2 i 3 Direktive o transparentnosti finansijskih odnosa između država-članica i javnih preduzeća (*Commission Directive 80/723 of 25 June 1980 on the transparency of financial relations between member states and public undertakings*), Službeni list EZ L 195, 1980. Sud pravde je potvrdio validnost definicije Komisije date u navedenoj direktivi, ograđujući se da je to njegov stav dat za svrhe primene Direktive o transparentnosti. *France, Italy and U.K. v Commission*, sjedinjeni slučajevi C-188/80, 189/80 i 190/80, 1982. ECR 2545.

¹¹⁰ Šire: D. Marković-Bajalović, *Pravni aspekti liberalizacije međunarodnog prometa uslugama*, Beograd 2011. s. 115-120.

se pravila konkurencije načelno primenjuju i na preduzeća koja obavljaju usluge od opšteg ekonomskog interesa ili koja imaju karakter finansijskog monopola, izuzev ako bi ih primena tih pravila sprečila, pravno ili faktički, u obavljanju poverenih zadataka. Članom 106 se uređuje domašaj državnih mera kojima se pojedina preduzeća stavljaju u poseban položaj u konkurenciji na tržištu, kao i opseg primene pravila konkurencije EU na preduzeća kojima je javna vlast u državama – članicama poverila obavljanje posebnih zadataka. Komisija je ovlašćena da obezbeđuje primenu ovog člana, donošenjem direktiva i odluka.

Članovi 107 do 109 UFEU-a uređuju kontrolu pomoći koje države – članice daju preduzećima. Kontrola državne pomoći sprečava da se putem različitih oblika državne finansijske potpore stvara diskriminacija u položaju pojedinih preduzeća u konkurenciji na unutrašnjem tržištu EU. Dopuštena je samo državna pomoć koja je data u skladu sa uslovima propisanim članovima 107 i 108. Članom 109 dato je ovlašćenje Savetu da donosi uredbe kojima će propisati bliže uslove za dopuštenost pojedinih kategorija državne pomoći.

Za oblast konkurencije od značaja je još 27. protokol uz UFEU-u, kojim se određuje da pojam unutrašnje tržište EU obuhvata i sistem koji obezbeđuje nenarušenu konkurenciju. U tom smislu, Unija je ovlašćena da preduzima sve mere predviđene Ugovorom o funkcionisanju EU za očuvanje unutrašnjeg tržišta, što uključuje i nadležnost Saveta da donosi akte koji su neophodni za ostvarivanje tog cilja, u skladu sa zakonodavnom procedurom propisanom članom 352 UFEU-a.

5.5. Sekundarni izvori prava konkurencije EU

U dosadašnjoj praksi, oblast prava konkurencije se u Evropskoj uniji uređivala prevashodno uredbama. Razlog za to leži u isključivoj nadležnosti organa EU da ustanovljavaju sistem koji obezbeđuje nenarušenu konkurenciju. Tek je nedavno, nakon što je Uredbom 1/2003 organima za konkurenciju i sudovima data nadležnost da vode postupke zbog povrede članova 101 i 102, pitanje ostvarivanja prava na naknadu štete prouzrokovane povredom članova 101 i 102 pred sudovima država – članica uređeno direktivom.

Uredbe Saveta i Komisije u oblasti na koju se odnose članovi 101 i 102 UFEU-a se generalno mogu podeliti u tri grupe: 1) uredbe kojima se uređuje procedura za primenu članova 101 i 102 i propisuju sankcije koje Komisija može izreći prekršiocima; 2) uredbe kojima se propisuju uslovi za grupno izuzeće restriktivnih sporazuma od zabrane iz člana 101 stav 1 UFEU-a – tzv. grupna ili blok izuzeća (eng. *block-exemption regulations*); 3) uredbe kojima se uređuju pravila konkurencije u pojedinim privrednim sektorima.

Procedura za primenu članova 101 i 102 UFEU-a u postupku pred Komisijom EU-a, konkurencijskim organima i sudovima država – članica, vrste i visina sankcije koje se mogu izreći i rokovi zastrelosti uređeni su Uredbom Saveta br. 1/2003. Postupak pred Komisijom, u slučajevima koji se vode na osnovu članova 101 i 102 UFEU-a, detaljno je uređen Uredbom Komisije br. 773/2004.

Uredbe Komisije o grupnim izuzećima detaljno propisuju uslove pod kojima se pojedine vrste sporazuma obuhvaćenih zabranom iz člana 101 stav 1 UFEU-a izuzimaju od zabrane, na osnovu člana 101 stav 3 UFEU-a, pri čemu preduzeća učesnici sporazuma ne obaveštavaju Komisiju o postojanju sporazuma, već sami procenjuju da li njihov sporazum ispunjava uslove za izuzeće. Komisija donosi uredbe o grupnim izuzećima na osnovu ovlašćenja Saveta, koja su joj data Uredbom br. 19/65¹¹¹ i Uredbom br. 2821/71.¹¹² Na snazi su sledeća grupna izuzeća:

- 1) Uredba Komisije br. 1217/2010 o primeni člana 101(3) UFEU-a na kategorije sporazuma o istraživanju i razvoju;¹¹³
- 2) Uredba Komisije br. 1218/2010 o primeni člana 101(3) UFEU-a na kategorije sporazuma o specijalizaciji;¹¹⁴
- 3) Uredba Komisije br. 330/2010 o primeni člana 101(3) UFEU-a na kategorije vertikalnih sporazuma i usaglašenih praksi;¹¹⁵
- 4) Uredba Komisije br. 316/2014 o primeni člana 101(3) UFEU-a na kategorije sporazuma o transferu tehnologije;¹¹⁶
- 5) Uredba Komisije br. 461/2010 o primeni člana 101(3) UFEU-a na kategorije sporazuma i usaglašenih praksi u sektoru motornih vozila.¹¹⁷

¹¹¹ Council Regulation No 19/65/EEC of 2 March 1965 on application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices, Službeni list EEZ 36, 1965.

¹¹² Council Regulation No 2821/71 on application of Article 85(3) of the Treaty to categories to agreements, decisions and concerted practices, Službeni list EEZ L 285, 1971.

¹¹³ Commission Regulation No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union on categories of research and development agreements, Službeni list EU L 335, 2010.

¹¹⁴ Commission Regulation No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union on categories of specialisation agreements, Službeni list EU L 335, 2010.

¹¹⁵ Commission Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, Službeni list EU L 102, 2010.

¹¹⁶ Commission Regulation No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union on categories of technology transfer agreements, Službeni list EU L 93, 2014.

¹¹⁷ Commission Regulation No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union on categories of agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, Službeni list EU L 129, 2010.

Uredbe na snazi kojima se propisuju posebna pravila konkurencije i uslovi za grupno izućeće sporazuma u pojedinim privrednim sektorima su sledeće:

- 1) Osiguranje - Uredba Saveta br. 1534/91 o primeni člana 85/3 Ugovora na pojedine kategorije sporazuma, odluka i usaglašenih praksi u sektoru osiguranja¹¹⁸ i Uredba Komisije br. 267/2010 o primeni člana 101(3) UFEU-a na pojedine kategorije sporazuma, odluka i usaglašenih praksi u sektoru osiguranja,¹¹⁹
- 2) Vazdušni saobraćaj – Uredba Saveta br. 487/2009 o primeni člana 101(3) Ugovora na pojedine kategorije sporazuma i usaglašenih praksi u oblasti vazdušnog saobraćaja;¹²⁰
- 3) Pomorski saobraćaj - Uredba Saveta 246/2009 o primeni člana 81(3) Ugovora na pojedine kategorije sporazuma, odluka i usaglašenih praksi između linijskih brodarskih kompanija (konzorcijumi)¹²¹ i Uredba Komisije br. 906/2009 o primeni člana 81(3) Ugovora na pojedine kategorije sporazuma, odluka i usaglašenih praksi između linijskih brodarskih kompanija (konzorcijumi);¹²²
- 4) Kopneni saobraćaj – Uredba saveta br. 169/2009 o primeni pravila konkurencije na saobraćaj železničkim, drumskim i unutrašnjim vodnim putevima.¹²³

Oblast kontrole koncentracija uređena je Uredbom Saveta br. 139/2004 i Uredbom Komisije br. 802/2004 za primenu Uredbe 139/2004.¹²⁴

Godine 2014. Savet EU-a je usvojio Direktivu 2014/104 kojom je uvedena obaveza država – članica da na jedinstven način urede postupak u parnicama za naknadu štete zbog povrede pravila konkurencije predviđenih nacionalnim zakonodavstvom i pravom EU-a. Direktivom se uređuje obaveza predaje tužiocu dokaza koji se nalaze u posedu tuženog, trećeg lica ili organa za konkurenciju, pravno dejstvo konačnih odluka nacionalnih organa

¹¹⁸ Council Regulation No 1534/91 of 31 May 1991 on the application of Article 101(3) of the Treaty on certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, Službeni list EU L 143, 1991.

¹¹⁹ Commission Regulation No 267/2010 of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, Službeni list EU L 83, 2010.

¹²⁰ Council Regulation 487/2009 of 25 May 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices in the air transport sector, Službeni list EU L 148, 2009.

¹²¹ Council Regulation No 246/2009 of 26 February 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia), Službeni list EU L 79, 2009.

¹²² Commission Regulation No 906/2009 of 26 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia), Službeni list EU L 256, 2009., izmenjena Uredbom Komisije br. 619/2014, Službeni list EU L 184, 2014.

¹²³ Council Regulation No 169/2009 of 26 February 2009 on the application of competition rules to transport by rail, road and inland waterways, Službeni list EU L 61 2009.

¹²⁴ Commission Regulation No 802/2004 of 21 April 2004 implementing Council Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, Službeni list EU L 133, 2004.

za konkurenciju u postupku pred sudom po tužbama za naknadu štete, rokovi zastarelosti, odgovornost sadužnika, kvantifikacija štete, sporazumno rešavanje sporova, itd. Direktiva tek treba da bude primenjena od strane država – članica, propisivanjem odgovarajućih pravila u nacionalnom zakonodavstvu.¹²⁵

5.6. Meko pravo

Imajući u vidu složenost materije zaštite tržišne konkurencije, koja redovno uključuje pravne i ekonomske aspekte, s jedne strane, i šturost pravnih pravila u Ugovoru o funkcionisanju EU, s druge strane, Komisija EU-a je razvila praksu donošenja uputstava, obaveštenja, objava i drugih neobavezujućih akata sa ciljem povećanja transparentnosti njenog rada i povećanja pravne sigurnosti. Uprkos tome što u formalnom smislu nisu izvori prava, u praksi imaju veliki značaj za subjekte na koje se primenjuje pravo konkurencije EU-a, iz više razloga. Prvi je da se iz tih akata može saznati kako tumači Komisija pojedine pravne institute i kako postupa u određenim slučajevima. Drugi je što u tim aktima Komisija često sistematizuje praksu Suda pravde koja je od značaja za određeno pitanje, pa se njihovim čitanjem najlakše i najbrže može dobiti obaveštenje o relevantnoj praksi Suda pravde. Treće, pre nego što usvoji nove obavezujuće akte ili uputi predlog Savetu i Parlamentu za njihovo usvajanje, Komisija putem neobavezujućih akata „sondira teren“, iznoseći u javnost svoje viđenje određenog problema, da bi, nakon što dobije povratne informacije od zainteresovanih subjekata, formulisala svoj konačan predlog.

Ovde nije moguće navesti sve akte „mekog prava“ koje je Komisija donela u materiji konkurencije proteklih decenija, već ćemo pomenuti samo najznačajnije:

- 1) Vodič o prioretitima u primeni člana 82 Ugovora o EZ-u na eliminatorne zloupotrebe dominantnih preduzeća;¹²⁶
- 2) Smernice o načinu određivanja kazni koje se izriču u skladu sa članom 23 (2) (a) Uredbe 1/2003;¹²⁷
- 3) Obaveštenje Komisije o imunitetu od kazni i smanjenju kazni u kartelnim slučajevima¹²⁸ i njegove izmene;¹²⁹

¹²⁵ *Directive 2014/104 of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, Službeni list EU L 349, 2014.

¹²⁶ *Communication from the Commission – Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct of dominant undertakings*, Službeni list EU C 45, 2009.

¹²⁷ *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No 1/2003*, Službeni list EU C 210, 2006.

¹²⁸ *Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*, Službeni list EU C 298, 2006.

¹²⁹ *Communication from the Commission – Amendments to the Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*, Službeni list EU C 256, 2015.

- 4) Smernice o primeni člana 81 (3) Ugovora;¹³⁰
- 5) Obaveštenje o sporazumima malog značaja koji ne ograničavaju značajno konkurenciju (*De minimis* obaveštenje);¹³¹
- 6) Vodič o ciljnim ograničenjima konkurencije za svrhe definisanja sporazuma koji se mogu koristiti pogodnostima iz *De minimis* obaveštenja;¹³²
- 7) Obaveštenje Komisije o definisanju relevantnog tržišta za svrhe prava konkurencije Zajednice;¹³³
- 8) Obaveštenje Komisije o vođenju postupka poravnanja sa ciljem usvajanja odluka u skladu sa članom 7 i članom 23 Uredbe Saveta br. 1/2003 u kartelnim slučajevima;¹³⁴
- 9) Obaveštenje Komisije o kvantifikaciji štete u tužbama za naknadu štete zbog povrede članova 101 ili 102 UFEU-a.¹³⁵

¹³⁰ *Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, Službeni list EU C 101, 2004.

¹³¹ *Communication from the Commission - Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101 of the Treaty on the functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, Službeni list EU C 291, 2014.

¹³² *Commission staff working document – Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, SWD(2914) 198 final.

¹³³ *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of the Community competition law*, Službeni list EU C 372, 1997.

¹³⁴ *Commission Notice on the conduct of settlement procedure in view of the adoption of Decisions pursuant Article 7 and Article 23 of Council Regulation No 1/2003 in cartel cases*, Službeni list EU C 167, 2008.

¹³⁵ *Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Articles 101 or 102 of the Treaty on functioning of the European Union*, Službeni list EU C 167, 2013.

6. Subjekti prava konkurencije

Odgovarajući na pitanje ko su subjekti prava konkurencije određujemo oblast primene prava konkurencije u personalnom smislu. Subjekti prava konkurencije su lica na koja se to pravo primenjuje u materijalnopravnom i procesnopravnom smislu. To su subjekti koji moraju poštovati pravila ponašanja na tržištu propisana pravom konkurencije i protiv kojih se vodi postupak radi izricanja sankcija u slučaju nepoštovanja tih pravila.

6.1. Preduzeće

Izvori prava EU-a kao subjekta prava konkurencije određuju preduzeće (eng. *undertaking*, nem. *Unternehmen*, fran. *entreprise*, ital. *impresa*). Termin preduzeće ima šire značenje u pravu konkurencije EU-a nego u domaćem pravu. U domaćem pravu pojam preduzeće povremeno se koristi da označi posebne oblike privrednih društava, kao što je, na primer javno preduzeće. U značenju u kom se koristi u pravu konkurencije EU, smisao pojma preduzeće je bliži onom koji mu se pridaje u ekonomiji. Evropski sud pravde je u slučaju Makrotron¹³⁶ odredio pojam preduzeća tako da se odnosi na „svaku jedinku koja obavlja privrednu aktivnost, bez obzira na pravni status i način finansiranja.“ Na identičan način je pojam preduzeća definisan u Protokolu 22 Ugovora o Evropskoj ekonomskoj oblasti: „Preduzeće je svaka jedinka koja obavlja aktivnosti trgovačke ili ekonomske prirode.“¹³⁷ Prema navedenim definicijama, dve su karakteristike koje opredeljuju pojam preduzeća u pravu konkurencije: ekonomsko jedinstvo i obavljanje ekonomske (privredne, komercijalne) aktivnosti.¹³⁸

6.1.1. Ekonomsko jedinstvo

Subjekti prava konkurencije su prvenstveno privredna društva sa i bez pravnog subjektiviteta. Bitno je uočiti da se ekonomski subjektivitet ne izjednačava uvek sa pravnim subjektivitetom. Iako će redovno privredno društvo sa svojstvom pravnog lica biti subjekat prava konkurencije, ekonomski subjektivitet može biti širi ili uži od pravnog subjektiviteta.¹³⁹ Pod određenim uslovima, grupe privrednih društava i udruženja bez svojstva pravnog lica smatraće se jednim subjektom u pravu konkurencije. Isto tako, deo privrednog društva koji ima samostalnost u donošenju poslovnih odluka može se smatrati preduzećem u značenju koje mu daje pravo konkurencije EU. Ovo je stoga što je za pravo konkurencije bitno ko je nosilac privredne aktivnosti, odnosno iz kog centra dolaze poslovne odluke.

¹³⁶ *Höfner und Elser v. Macrotron*, zahtev za preliminarno mišljenje, slučaj C-41/90, 1991. ECR I-01979.

¹³⁷ *Protocol 22 of the Agreement on the European Economic Area*, Službeni list EU L 1 od 3.01.1994.

¹³⁸ V. Emmerich, *Kartellrecht*, München 2012. s. 32.

¹³⁹ W.P.J. Wills, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, *European Law Review*, 2000. s. 99-116.

6.1.1.1. Grupe društava

Društva kapitala – akcionarska (deonička) društva i društva sa ograničenom odgovornošću su najčešće u praksi subjekti prava konkurencije. Ovi oblici privrednih društava u svim pravnim sistemima imaju pravni subjektivitet, tako da se u njihovom slučaju pravni subjektivitet poklapa sa ekonomskim. Izuzetak ipak postoji u slučaju grupe društava, koja se može smatrati jednim subjektom u pravu konkurencije.

Već u slučaju *Centrafarm*¹⁴⁰ iz 1974. godine Sud pravde je podvukao da se član 81 (sadašnji 101) Ugovora o EEZ-u ne primenjuje na privredna društva koja pripadaju istoj grupi i koja imaju status matičnog i zavisnog društva, ukoliko čine ekonomsku jedinku u okviru koje zavisno društvo nema stvarnu slobodu da određuje svoje ponašanje na tržištu i ako se ugovori ili sporazumi bave samo internom raspodelom zadataka između društava unutar grupe. Odgovarajuće stanovište Sud je zauzeo i u slučaju *Korin Bodson*.¹⁴¹ Pod navedenim pretpostavkama ugovor zaključen između matičnog i zavisnog društva neće biti zabranjen po osnovu člana 101 UFEU-a, uprkos tome što ugovor ima za cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije. Iako u formalnom smislu postoji ugovor između dve strane koje su pravno samostalne, jedna od ugovornih strana – zavisno društvo, nema samostalnost u donošenju poslovnih odluka, jer joj matično društvo uvek može naložiti odgovarajuće ponašanje. U materijalnom smislu, ugovor kao saglasnost volja dva lica samim tim ni ne postoji, jer jedna od ugovornih strana praktično nema svoju volju. Da li između dva privredna društva postoji odnos matičnog i zavisnog društva, faktičko je pitanje. Odgovor na njega se mora tražiti analizom različitih činilaca, među kojima su najvažniji procenat učešća u kapitalu i broj glasova koje matično društvo ima u zavisnom društvu, struktura organa upravljanja i način donošenja odluka.

Tako je u slučaju zajedničkog ulaganja dve kompanije na potpuno ravnopravnim osnovama u treće, zavisno društvo, Komisija našla da ne postoji odnos matičnog i zavisnog društva između jedne od kompanija ulagača i zajedničkog društva, pa uslovi za izuzeće od primene člana 101 nisu bili ispunjeni.¹⁴² Kompanije osnivači su imale po 50% učešća u kapitalu zajedničkog društva i pravo na imenovanje polovine članova nadzornog odbora zajedničkog društva. Komisija je imala u vidu još i činjenicu da je zajedničko društvo imalo svoju prodajnu mrežu i samostalno je zaključivalo ugovore o prodaji sa kupcima. U slučaju *Viho*,¹⁴³ koji je imao za predmet ugovor o distribuciji između kompanije *Parker Pen* i njenih zavisnih društava na teritoriji više evropskih država, Sud je uzeo u obzir da je kompanija *Parker Pen* imala stoprocentno učešće u zavisnim društvima, te da je kontrolisala poslovanje zavisnih društava u celini (ciljeve prodaje, marketinške aktivnosti, marginu

¹⁴⁰ *Centrafarm v. Sterling Drug*, slučaj C-15/74, 1974. ECR 1167.

¹⁴¹ *Corinne Bodson v Pompes Funebres des Regions Libérées SA*, slučaj 30/87, 1988. ECR 2479.

¹⁴² *Gosmé/Martell-DMP*, Službeni list EZ L 185/23, 1991.

¹⁴³ *Viho v. Commission*, slučaj C-73/95 P, 1996, ECR I-5496.

profita, prodajne troškove, zalihe i novčane tokove). U odluci u slučaju Korin Bodson Sud je naglasio da moraju postojati dokazi o tome da kompanije koje pripadaju istoj grupi sprovode istu marketinšku strategiju, koju određuje matično društvo. Prema stavu izraženom u toj odluci, nije dovoljna samo mogućnost matičnog društva da odlučujuće utiče na donošenje poslovnih odluka u zavisnom društvu, već matično društvo mora stvarno vršiti odlučujući uticaj.

Pripadnost grupi društava može imati za posledicu da matično društvo odgovara za povrede prava konkurencije koje izvrši zavisno društvo. U pogledu mogućnosti kažnjavanja matičnog društva za radnje koje učini zavisno društvo, stavovi Komisije i Suda pravde su evoluirali tokom vremena. U starijim slučajevima, odgovornost matičnog društva zasnivala se na dokazima o njegovom stvarnom učešću u izvršenju povrede prava konkurencije. U slučaju Dajstafs,¹⁴⁴ Komisija i Sud pravde su našli da postoji odgovornost roditeljske kompanije za učešće u zabranjenom sporazumu, zbog toga što je u postupku utvrđeno da je davala naloge svojim zavisnim društvima da povećavaju cene proizvoda u istom procentu, koje su zavisna društva izvršavala. Sud je našao da uniformnost u ponašanju na tržištu matičnog i zavisnog društva prevazilazi njihovu formalnu odvojenost, koja se zasniva na pravnoj samostalnosti, te da stoga ponašanje mora biti imputirano matičnom društvu.

U slučaju Komeršal Solvents,¹⁴⁵ američka kompanija i njeno zavisno italijansko društvo osporili su u postupku vođenom zbog zloupotrebe dominantnog položaja činjenicu da su povezana društva. Sud pravde je odbio ovaj prigovor, uzevši u obzir da je američka kompanija imala učešće u kapitalu i predstavnike u organima italijanskog društva, a uz to je u svojim finansijskim izveštajima navodila italijansko društvo kao zavisno društvo. Pored toga, Komisija je u postupku utvrdila da je američka kompanija naložila svojim zavisnim društvima ponašanje koje je kasnije kvalifikovano kao zloupotreba dominantnog položaja (odbijanje isporuke sirovina neophodnih za proizvodnju konkurentskim kompanijama). Komisija i Sud su smatrali da nije neophodno da se obe kompanije ponašaju kao jedna ekonomska celina, već je dovoljno da su se u konkretnom slučaju ponašali tako u odnosu prema oštećenoj strani.

U slučaju Akzo Nobel¹⁴⁶ potvrđena je dotadašnja praksa Komisije, prema kojoj stoprocentno učešće u kapitalu zavisnog društva stvara oborivu pravnu pretpostavku o odgovornosti matičnog društva za radnje zavisnog društva, a matično društvo se može osloboditi odgovornosti samo ako podnese dokaze u prilog tezi da su zavisna društva ipak vodila autonomnu poslovnu politiku.¹⁴⁷ U konkretnom slučaju, Komisija je našla da je matično društvo odgovorno za radnje svoje četiri zavisna društva u kojima je imalo

¹⁴⁴ *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs)*, slučaj 48/69, 1972. ECR 619.

¹⁴⁵ *Commercial Solvents v. Commission*, sjedinjeni slučajevi 6/73 i 7/73, 1974. ECR 223.

¹⁴⁶ *Akzo Nobel NV and others v. Commission*, slučaj T-112/05, 2007. ECR II-05049

stoprocentno učešće u kapitalu. Sud je napravio iskorak u odnosu na svoju dotadašnju praksu, istakavši da se pretpostavka ne može oboriti podnošenjem dokaza o autonomnom donošenju odluka u oblasti poslovanja u kojoj je učinjena povreda konkurencije, ako povezana društva čine jedinstvenu ekonomsku celinu, zbog čega matično društvo strateški utiče na ukupno poslovanje zavisnih društava. Ako između matičnog i zavisnog društva postoje takve pravne i ekonomske veze na osnovu kojih se može izvesti zaključak o uticaju matičnog društva na strategiju poslovanja zavisnog društva, Komisija nije obavezna da dokaže da je matično društvo uticalo na zavisno društvo da učini povredu konkurencije u konkretnom slučaju. To praktično znači da se mogućnost matičnog društva da obori pretpostavku svodi na situacije čistog finansijskog holdinga.¹⁴⁸

Kada je reč o sankcionisanju matičnog društva za obaveze zavisnog društva, potrebno je još istaći da je koncept ekonomskog jedinstva primenjivan od strane organa EU-a gotovo isključivo u nespornim situacijama stoprocentnog učešća matičnog društva u kapitalu zavisnog društva. U takvim slučajevima ocenjuje se da je pravno-politički opravdano da matično društvo snosi odgovornost za radnje zavisnog društva, čime se čini izuzetak od opšteg pravila kompanijskog prava da članovi/akcionari društava kapitala ne odgovaraju za obaveze društva. U slučaju stoprocentnog učešća u kapitalu, i matično i zavisno društvo nalaze se u vlasništvu istih članova/akcionara, tako da u krajnjem ishodu ista lica trpe štetu zbog kazne za povredu konkurencije koju je grupa društava morala da plati. U slučaju većinskog učešća u kapitalu, odgovornost za radnje zavisnog društva snosiće članovi/akcionari društva koje ima efektivnu mogućnost da utiče na poslovne odluke zavisnog društva, pa time i da spreči protivpravno ponašanje.¹⁴⁹ Navedenom stavu se suprotstavlja argument da štetu od izrečene sankcije u končanom ishodu trpe članovi/akcionari matičnog društva u vidu izostajanja dividende i pada vrednosti akcija. Taj ishod se može smatrati opravdanim kada se radi o kontrolnom članu/akcionaru matičnog društva, ali ne kada se radi o manjinskim članovima/akcionarima, koji nemaju mogućnost da odlučujuće utiču na poslovne odluke matičnog društva. U slučaju da izrečena kazna dovede do stečaja društva, štetu takođe trpe poverioci društva,¹⁵⁰ koji nikako ne mogu biti odgovorni za tržišno ponašanje matičnog društva. Šteta koju trpe predstavlja deo rizika preuzetog sticanjem manjinskog učešća, odnosno stupanjem u poslovne odnose sa kompanijom koja je proglašena odgovornom za povredu konkurencije.

¹⁴⁷ *Stora Kopparbergs Bergslags AB v Commission*, slučaj C-286/98 P, 2000. ECR I-09925. Pretpostavka se prema imenu kompanije tužioca u literaturi naziva „Pretpostavka Stora“. A. Montes, A. Givaja, *When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios*, *World Competition*, br. 4/2006, s. 555-574, na s. 561.

¹⁴⁸ *Ibidem*, s. 573.

¹⁴⁹ *Wills, op.cit.* s. 113.

¹⁵⁰ *Ibidem*, s. 112.

Koncept jedinstvene ekonomske celine, u shvatanju Komisije i Suda pravde EU-a, nedavno je proširen tako da obuhvati i zajednička ulaganja. U slučaju *Dipon/Dau Kemikal*¹⁵¹ Sud pravde je potvrdio odluku Komisije da kazni roditeljska društva zbog učešća zavisnog društva u kartelu, prihvativši stav Komisije da postoji jedinstvena ekonomska celina u situaciji kada dva roditeljska društva kontrolišu poslovanje zavisnog društva preko zajedničkog organa u kome sede njihovi službenici najvišeg ranga, čiji je zadatak da odobrava poslovne planove, finansijsku politiku i ugovore o kreditu iznad određenog iznosa, te da imenuje direktore zavisnog društva. Komisija je takođe uzela u obzir da upravni odbor zajedničkog društva nije imao nezavisne članove. Zajedničko telo je donosilo odluke jednoglasno, čime je svaka matična kompanija obezbeđivala pravo veta u odnosu na odluke koje telo donosi. Iako nije bilo direktnih dokaza o tome da su matične kompanije inicirale učešće u kartelu zavisnog društva, Komisija je ocenila da zajedničko telo nije moglo biti bez saznanja o protivpravnom ponašanju, te da sama činjenica da su društva roditelji imali mogućnost usmeravanja poslovanja zavisnog društva stvara osnov za odgovornost roditeljskih kompanija za radnje zajedničkog društva. Komisija je raspolagala dokazima da su roditeljske kompanije, nakon što je kartel okončan, naložile istragu u zajedničkom društvu kako bi se utvrdilo da li su njegovi službenici učestvovali u kartelu, što je za Komisiju bio dokaz da su roditeljske kompanije mogle da spreče protivpravno ponašanje zavisnog društva. Komisija je odbila prigovor stranaka u postupku da nijedno od matičnih društava nije moglo samostalno da utiče na donošenje poslovnih odluka u zavisnom društvu, budući da je svako od roditeljskih društava raspolagalo negativnom kontrolom, što im je davalo mogućnost sprečavanja donošenja odluka korišćenjem prava veta. Odluka u slučaju *Dipon/Dau Kemikal* se ne suprotstavlja napred navedenom slučaju *DPM-a*, iako to možda tako izgleda. Slučaj *DPM* imao je za predmet restriktivni sporazum između jedne od roditeljskih kompanija i zajedničkog zavisnog društva. Nesporno je da u slučaju zajedničkog ulaganja na ravnopravnim osnovama jedna od roditeljskih kompanija nema samostalnu kontrolu nad zavisnim društvom. U slučaju *Dipon/Dau Kemikal* utvrđeno je da dve kompanije zajedno imaju odlučujući uticaj na poslovanje zavisnog društva.

Treća posledica pripadnosti grupi društava takođe se ogleda u sferi primene člana 102. Prilikom utvrđivanja postojanja dominantnog položaja uzima se u obzir tržišna pozicija grupe kao ekonomske celine, što znači da će se sabirati tržišni udeli društava članova grupe prisutnih na relevantnom tržištu i posmatrati u svojoj ukupnosti ostali činioni koji se odnose na sva društva članove grupe. U konačnom ishodu može se izvesti zaključak o postojanju dominantnog položaja grupe društava na relevantnom tržištu.¹⁵² Suprotno postupanje značilo bi da društvo sa dominantnom tržišnom pozicijom može da zaobiđe

¹⁵¹ *El duPont de Nemours v. Commission i Dow Chemical v. Commission*, odluke Opšteg suda T-76/08 i T-77/08, 2012.

¹⁵² *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. V. Commission*, slučaj 6-72, 1973. ECR 215.

zakon, tako što će se razdvojiti na dva ili više pravno samostalnih subjekata kako bi smanjilo svoj tržišni udeo.¹⁵³

Koncept ekonomskog jedinstva omogućuje evropskim organima da sankcionišu ponašanje kompanija koje se nalaze izvan njihove jurisdikcije. Taj metod rešavanja problema sankcionisanja kompanija izvan domašaja organa EU-a primenjen je u slučaju Dajstafs, kada je Komisija kaznila roditeljsku kompaniju I.C.I. sa sedištem u Velikoj Britaniji (koja tada nije bila članica EEZ-a) za ponašanje njenih zavisnih društava na teritoriji država – članica EEZ-a. U slučaju Kontinental Ken,¹⁵⁴ američka kompanija je proglašena odgovornom za preuzimanje nemačke kompanije Šmalbah, iako je kontrola nad nemačkom kompanijom ostvarena radnjama koje je preduzelo zavisno društvo američke kompanije, sa sedištem u državi članici tadašnje EEZ.

Problemi u vođenju postupka i izvršavanju sankcija prema privrednim društvima sa sedištem izvan teritorije država – članica EU-a, jedan su od razloga što je Sud pravde zauzeo stav da Komisija može novčanu kaznu prinudno naplatiti iz imovine zavisnog i matičnog društva, bilo odvojeno bilo zajedno.¹⁵⁵

U oblasti kontrole koncentracija koncept ekonomskog jedinstva od značaja je prilikom utvrđivanja postojanja obaveze prijavljivanja koncentracije Komisiji EU-a. Restrukturiranja (statusne promene, promene vlasništva) koje se odvijaju unutar grupe društava ne smatraju se koncentracijom koja podleže obaveznoj prijavljivanju. Ovo je zbog toga što se smatra da koncentracija nastaje samo u slučaju trajne promene kontrole nad preduzećem ili njegovim delom.¹⁵⁶ Uslov promene kontrole nije ispunjen ako se lice koje ultimativno kontroliše grupu društava nije promenilo.

6.1.1.2. Pravno sledbeništvo

Koncept ekonomskog jedinstva od značaja je za utvrđivanje subjekta odgovornosti za povrede konkurencije u slučajevima statusnih promena, promena pravne forme ili promena vlasništva i drugih oblika restrukturiranja privrednih društava, u kojima dolazi do prestanka privrednog društva ili promena pojedinih elemenata njegovog pravnog subjektiviteta. U načelu, promene u statusu do kojih dolazi prilikom restrukturiranja nemaju uticaja na odgovornost za povrede konkurencije, ukoliko postoji ekonomsko jedinstvo između pravnog prethodnika i njegovog sledbenika. „Promena pravne forme i poslovnog imena ne oslobađaju novo preduzeće odgovornosti za antikonkurentno ponašanje njegovog prethodnika, kada su oba identična sa ekonomske tačke gledišta.”¹⁵⁷

¹⁵³ R. O’Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economic of Article 82 EC*, Oxford, Portland, 2006. s. 33.

¹⁵⁴ *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, *op.cit.*

¹⁵⁵ *Commercial Solvents*, *op.cit.*

¹⁵⁶ Član 3 (1) Uredbe 139/2004.

¹⁵⁷ *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission*, sjedinjeni slučajevi 29 i 30/83, 1984. ECR 1679.

Odlučujući činilac za odgovornost sledbenika je da li postoji funkcionalno i ekonomsko jedinstvo između prethodnika i preduzeća sa kojim se spojilo.¹⁵⁸ Sa druge strane, princip pravičnosti nalaže da za povredu konkurencije odgovara onaj ko je svojim činjenjem ili propuštanjem dužne pažnje doprineo da povreda konkurencije bude izvršena. U slučaju restrukturiranja često se događa da stara uprava gubi svoje pozicije, a privredno društvo sledbenik ima novu upravu, koja čak ne mora imati saznanja o tome da je povreda učinjena pre izvršene reorganizacije. S obzirom da pravo konkurencije EU-a ne poznaje ličnu odgovornost direktora i članova uprave za povrede konkurencije učinjene od strane privrednog društva kojim upravljaju, privredno društvo sledbenik će odgovarati za povredu, iako su lica koja su doprinela da povreda bude učinjena napustila svoja pozicije. Opisanu situaciju analizirao je Sud prve instance EU-a u slučaju Enihem Enik:¹⁵⁹ „Član 85 Ugovora o EEZ-u usmeren je na ekonomske jedinice sačinjene od kombinacije personalnih i fizičkih elemenata koji mogu doprineti izvršenju povrede o kojoj je reč u toj odredbi. Kada se utvrdi da je takva povreda učinjena, neophodno je identifikovati fizičko ili pravno lice koje je bilo odgovorno za upravljanje preduzećem u vreme kada je povreda učinjena, kako bi ono odgovaralo. Međutim, kada je između izvršenja povrede i vremena kada preduzeće u pitanju mora da odgovara za nju, lice koje je odgovorno za upravljanje preduzećem prestalo pravno da postoji, neophodno je, najpre, naći kombinaciju fizičkih i humanih elemenata koji su doprineli izvršenju povrede i zatim identifikovati lice koje je postalo odgovorno za upravljanje, kako bi se izbegao rezultat da zbog nestanka lica odgovornog za upravljanje u vreme kada je povreda učinjena preduzeće izbegne odgovornost za nju.“

Ipak, prekid kontinuiteta u upravljanju privrednim društvom (odnosno jedinstvom materijalnih i personalnih elemenata koji ga čine) može biti od uticaja na visinu kazne. U kartelnom slučaju Kartonbord,¹⁶⁰ Komisija je proglasila odgovornom kompaniju Kaskade, koja je tokom trajanja kartela preuzela kontrolu nad dva njegova učesnika. Sud prve instance je potvrdio da je kompanija u svojstvu matičnog društva odgovorna za povrede učinjene od strane njenih dvaju zavisnih društava, ali je našao da se prilikom odmeravanja visine kazne mora uzeti u obzir prihod kompanija koje su neposredno učestvovala u kartelu za vreme dok su bile samostalne, a od momenta kada su postale zavisna društva kompanije Kaskade kazna je izračunata na osnovu ukupnog prihoda grupe.

Ukoliko u vremenu od učinjene povrede konkurencije do izricanja kazne dođe do promene vlasništva nad društvom, to neće imati uticaja na identitet lica koje odgovara za učinjenu povredu. Međutim, članovi/akcionari koji su stekli udele ili akcije u društvu počinio povredu trpe štetu zbog gubitka izazvanog obavezom plaćanja novčane kazne iz imovine društva. U tom slučaju oni imaju pravo na obeštećenje od svojih prethodnika – članova ili akcionara od kojih su stekli udele ili akcije.¹⁶¹

¹⁵⁸ *PVC*, odluka Komisije, Službeni list evropskih zajednica L 74, 1989.

¹⁵⁹ *Enichem Anic SpA v Commission*, slučaj T-6/89, 1991. ECR II-01623.

¹⁶⁰ *Cascades SA v Commission*, slučaj T-308/94, 2002. ECR II-00813.

¹⁶¹ *Wills, op.cit.*, s. 115.

6.1.1.3. Društva lica

Kada je reč o društvima lica, njihov pravni status je različito uređen u uporednom zakonodavstvu. U nekim pravnim sistemima, kao što je to na primer anglosaksonsko ili nemačko pravo, društva lica (ortakluk i komanditno društvo) nemaju svojstvo pravnog lica, iako imaju određene elemente pravnog subjektiviteta, kao npr. procesnu sposobnost. U pravu konkurencije tim oblicima privrednog organizovanja će biti priznat subjektivitet.¹⁶²

6.1.1.4. Fizička lica

Fizička lica koja obavljaju određenu privrednu aktivnost takođe potpadaju pod pojam preduzeća u pravu konkurencije, nezavisno od toga da li privrednu aktivnost obavljaju registrovano i u vidu zanimanja (preduzetnici u domaćem pravu) ili ne. Pravo konkurencije se bez izuzetka primenjuje na pripadnike slobodnih profesija, kao što su advokati,¹⁶³ patentni zastupnici,¹⁶⁴ lekari koji kao samozaposlena lica pružaju medicinske usluge,¹⁶⁵ operski pevači,¹⁶⁶ profesionalni sportisti,¹⁶⁷ itd.

Zaposleni u privrednom društvu i drugom pravnom licu ili kod preduzetnika ne mogu doći pod udar odredaba prava konkurencije. Oni čine personalni element ekonomske jedinice koja je subjekat prava konkurencije, jer rade za i pod upravom preduzeća u kojem su zaposleni.¹⁶⁸ Zbog toga zaposleni ne mogu samostalno činiti preduzeće u smislu prava konkurencije.

Fizička lica koja se pojavljuju kao strana u ugovoru, kupujući robu ili usluge u svojstvu potrošača ili krajnjeg korisnika nemaju status preduzeća sa aspekta primene pravila konkurencije EU.¹⁶⁹

¹⁶² Emmerich, *op.cit.*, s. 32.

¹⁶³ *Wouters v Algemene Raad van de Nederakndse Orde van Advocaten*, slučaj C-309/99, 2002. ECR I-1577.

¹⁶⁴ *Coapi*, Službeni list EZ L 122, 1995.

¹⁶⁵ *Pavel Pavlov and others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, sjedinjeni slučajevi C-180/98 i dr., 2000. ECRI-6451.

¹⁶⁶ *RAI/UNITEL*, odluka Komisije IV/29.559, Službeni list EZ L 157, 1978. Prema stavu Komisije, umetnici se mogu podvesti pod pojam preduzeća ukoliko komercijalno iskorišćavaju svoje umetničke izvedbe.

¹⁶⁷ *Polu-profesionalni i profesionalni sportisti koji upražnjavaju sportsku aktivnost za naknadu, Meca-Medina & Majcen v Commission*, slučaj C-510/04 P, 2006. ECR I-6991.

¹⁶⁸ *Jean Claude Becu*, odluka po zahtevu za preliminarno mišljenje, slučaj C-22/98, 2001. ECR I-5665.

¹⁶⁹ *Pavel Pavlov, op.cit.*, par. 78.

6.1.1.5. Deo privrednog društva

Sledeći istu logiku koja je primenjena u odnosu na položaj grupe društava u pravu konkurencije, gde je prednost data ekonomskom jedinstvu nad pravnom samostalnošću, može se tvrditi da deo privrednog društva (ogranak, filijala) sa samostalnošću u vođenju poslova i donošenja poslovnih odluka može imati subjektivitet u pravu konkurencije. Ovaj stav ima dosta uporišta u literaturi,¹⁷⁰ ali nema podršku u praksi Evropskog suda. U slučaju SCA Holding¹⁷¹ Sud prve instance podvukao je da se odgovornost za povredu konkurencije mora pripisati pravnom licu koje je bilo odgovorno za upravljanje preduzećem u vreme kada je povreda učinjena. „Sve dok to pravno lice postoji, odgovornost za povredu konkurencije prati to pravno lice, čak i kada su imovina i personal koji su doprineli izvršenju povrede preneti na treća lica nakon perioda izvršenja povrede.“¹⁷²

U oblasti kontrole koncentracija stvar stoji nešto drugačije. Koncentracija može nastati, između ostalog, sticanjem imovine ili dela imovine privrednog društva. U tom slučaju, za svrhe utvrđivanja obaveze podnošenja prijave koncentracije uzima se u obzir samo prihod koji na tržištu ostvari deo privrednog društva nad kojim se stiče kontrola.¹⁷³ Procena efekata koncentracije vrši se uzimanjem u obzir privrednih aktivnosti koje obavlja deo privrednog društva nad kojim se stiče kontrola i njegov položaj na tržištu. Ne može se poreći da time deo privrednog društva u materijalnopravnom smislu stiče svojstvo subjekta u pravu konkurencije.

6.1.2. Obavljanje privredne aktivnosti

Pravna i fizička lica koja nemaju svojstvo privrednog društva ili preduzetnika, ali se pojavljuju na tržištu stalno, povremeno ili jednokratno, jesu subjekat prava konkurencije. U navedenom slučaju Makrotron Sud pravde je jasno istakao da se pravila konkurencije primenjuju na sva lica koja su uključena u privrednu aktivnost, bez obzira na njihov status i način finansiranja. Odatle sledi da ustanove i udruženja javnog i privatnog prava, kao i fizička lica koja se ne bave privrednom delatnošću registrovano, u vidu zanimanja, mogu doći pod udar prava konkurencije. Za definisanje personalne sfere primene prava konkurencije ključan je karakter aktivnosti koje određeno lice obavlja. To je tzv. funkcionalni pristup.

¹⁷⁰ Emmerich, *op.cit.*, s. 32. Suprotno Wills, *op.cit.*, s. 101-102, koji ne nalazi ekonomsku logiku da se deo privrednog društva smatra preduzećem, ali navodi zagovornike tog stava.

¹⁷¹ *SCA Holding v Commission*, slučaj T-327/94, 1998. ECR II-1373.

¹⁷² Par. 1 odluke Suda.

¹⁷³ Član 5 (2) Uredbe 139/2004.

Privredna aktivnost je u praksi Suda pravde definisana kao svaka aktivnost koja se sastoji u ponudi robe i usluga na tržištu.¹⁷⁴ Ona podrazumeva preuzimanje finansijskog rizika u cilju dobijanja novčane naknade za isporučenu robu ili pružene usluge.¹⁷⁵ Visina naknade se uobičajeno ugovara između prodavca, odnosno pružaoca i kupca, odnosno primaoca usluge,¹⁷⁶ u iznosu koji omogućuje ostvarivanje profita ili, makar, pokriće troškova. Pravo konkurencije primenjuje se na svako lice koje nudi ili kupuje robu ili usluge na tržištu sa ciljem ostvarivanja dobiti ili druge odgovarajuće ekonomske koristi.

6.1.2.1. Ustanove javnog prava

Organi EU-a u svojoj praksi su se vrlo često bavili položajem organa javne vlasti sa aspekta primene pravila konkurencije. Organi javne vlasti mogu ograničavati konkurenciju dvojako – tako što donose akte vlasti (akti *iure imperii* – akti kojima izvršavaju svoje ustavne i zakonske nadležnosti, u vidu zakona, podzakonskih propisa, odluka i drugih opštih i pojedinačnih akata) i tako što se pojavljuju na tržištu u ulozi kupca ili prodavca robe i usluga (akti *iure gestionis*). Načelno, organi javne vlasti mogu biti sankcionisani za radnju kojom se ograničava, sprečava ili narušava konkurencija, samo pod uslovom da je preduzeta radnja komercijalnog karaktera. U praksi se pokazalo da nije uvek jednostavno razlikovati radnje komercijalnog karaktera od radnji kojima se ispoljava imperijum, jer osim (ne)komercijalnog karaktera sporne radnje neki put se mora uzeti u obzir i svrha preduzete radnje.

Tako, akt javne vlasti kojim se određenom subjektu poverava monopol na vršenje određene delatnosti komercijalnog karaktera, ne može se sankcionisati primenom člana 101 i 102 UFEU-a, ako akt po svojoj prirodi predstavlja vršenje vlasti, pri čemu nije presudan naziv koji akt nosi i karakter subjekta kome se poverava ekskluzivitet u obavljanju delatnosti. U slučaju Korin Bodson postavilo se pitanje usaglašenosti monopolskih koncesija za obavljanje pogrebnih usluga na teritoriji pojedinih francuskih komuna sa evropskim pravilima konkurencije. Prema francuskom Zakonu o komunama iz 1904. godine, obavljanje „eksternih“ pogrebnih usluga određeno je kao komunalna nadležnost. Veliki broj komuna, njih oko 5.000 (u kojima je živelo 45% ukupne populacije u Francuskoj) imao je zaključene ugovore o koncesiji, kojima se obavljanje eksternih pogrebnih usluga poveravalo privatnim licima. Od tih opština, više od polovine (2.800) poverilo je pogrebne usluge zavisnim društvima kompanije Pomp Funebre. Gospođa Bodson tužena je pred francuskim sudom zbog povrede monopola pomenute kompanije, jer je pružala pogrebne usluge u gradu sa kojim je kompanija imala zaključen ugovor o koncesiji. Francuski sud zatražio je preliminarno mišljenje od Suda pravde u pogledu

¹⁷⁴ *Commission v. Italy*, C-118/85, 1987. ECR 2599.

¹⁷⁵ *Pavel Pavlov*, *op.cit.*, par. 2.

¹⁷⁶ *Belgian State v. René Humble and Marie-Thérèse Edel*, C-264/86, 1988. ECR 5365, par. 17.

mogućnosti primene evropskih pravila konkurencije na opisanu situaciju. Sud pravde je zauzeo stanovište da opština koja zaključuje ugovor o koncesiji radi ustupanja javnih ovlašćenja koja ima na osnovu zakona nije preduzeće u smislu člana 85 Ugovora o EEZ-u (sadašnji član 101 UFEU-a), te se navedeni član ne primenjuje na francusku opštinu u datoj situaciji, a ekskluzivni ugovor o koncesiji izmiče generalnoj zabrani restriktivnih sporazuma. Međutim, preduzeće kome je data isključiva koncesija za pružanje pogrebnih usluga, te uživa dominantan položaj po tom osnovu, dužno je da poštuje zabranu zloupotrebe dominantnog položaja iz člana 86 (sadašnji 102 UFEU-a). Ono može biti sankcionisano zbog toga što, na primer, naplaćuje previsoke (monopolske) cene za svoje usluge, čak i ako nivo cena proističe iz specifikacija sadržanih u ugovoru o koncesiji.

Navedeno ne znači da ekskluzivitet u obavljanju pogrebnih usluga, kao i bilo koji drugi zakonski monopol, apsolutno izmiče preispitivanju od strane organa EU-a. Članom 106 stav 1 UFEU-a zabranjeno je državama – članicama da uvede ili održavaju na snazi mere suprotne odredbama UFEU-a, a posebno pravilima konkurencije. To znači da Komisija EU-a može pokrenuti spor pred Sudom pravde protiv države – članice koja krši obaveze iz UFEU-a preuzete pristupanjem EU-u. Međutim, Komisija EU-a ne može voditi postupak zbog povrede pravila konkurencije protiv francuske opštine koja je zaključila ugovor o koncesiji za pružanje pogrebnih usluga sa privatnim licem na osnovu svojih zakonskih prerogativa, jer u takvom slučaju francuska opština nije preduzeće u smislu članova 101 i 102 UFEU-a.

Akt javne vlasti može vršiti i lice koje ima odvojen pravni subjektivitet u odnosu na državu. To je eksplicitno konstatovao Sud pravde u slučaju Komisija protiv Italije.¹⁷⁷ Pošavši od činjenice da država može delovati bilo izvršavanjem javnih ovlašćenja, bilo obavljanjem privrednih aktivnosti industrijske ili trgovačke prirode, nudeći robu ili usluge na tržištu, Sud je istakao da za pomenutu distinkciju nije od značaja da li država određene aktivnosti obavlja putem odvojenog tela na koje vrši odlučujući uticaj ili ih obavlja direktno putem tela koje čini sastavni deo javne administracije.¹⁷⁸

U slučaju Kali protiv Službe za ekologiju đenovske luke,¹⁷⁹ Sud pravde je jasno ukazao da i lice privatnog prava, kada vrši akte javne vlasti koji su mu povereni, nije preduzeće u smislu pravila konkurencije UFEU-a. Uprava đenovske luke, sa svojstvom lica javnog prava, donela je propise kojima je uredila način nadzora i uklanjanja zagađenja luke od otpada sa brodova. Početkom devedestih godina, Uprava luke je donela dekret kojim je vršenje nadzora i uklanjanja zagađenja u vidu koncesije poverila na obavljanje Službi za ekologiju. Služba za ekologiju bila je osnovana u formi lica privatnog prava i finansirala se novcem od

¹⁷⁷ *Commission v. Italy*, slučaj C-118/85, 1987. ECR 2599.

¹⁷⁸ *Christian Poucet v. Assurances générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, sjedinjeni slučajevi C-159/91 i C-160/91, 1993. ECR I-00637.

¹⁷⁹ *Diego Cali & Figli Srl. v. Servizi Ecologici Porto di Genova (SEPG)*, slučaj C-343/95, 1997. ECR I-01547.

tarifa koji je naplaćivala od brodara za usluge čišćenja luke. Visina tarife bila je određena u srazmeri prema tonaži broda, količini utovarene robe i vremenu boravka broda u luci, a akt o tarifama bio je potvrđen od strane Uprave đenovske luke. Firma Kali usprotivila se na sudu plaćanju računa koji joj je ispostavila Služba za ekologiju, ističući argumente da uslugu uklanjanja zagađenja nije tražila, da se visina naknade koja se plaća određuje nesrazmerno stvarno prouzrokovanoj šteti od zagađenja, da naknadu moraju da plaćaju i brodovi koji imaju sopstvene pogone za prečišćavanje otpadnih voda, te da zbog toga akt naplaćivanja tarife za zagađenje Službe za ekologiju predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja u smislu člana 86 (102 UFEU-a). Sud pravde, postupajući po zahtevu italijanskog suda za preliminarno mišljenje, ukazao je da se, sa aspekta primene zabrane zloupotrebe dominantnog položaja, mora napraviti razlika između situacije kada država postupa u vršenju javnih ovlašćenja i one kada se država bavi privrednim, industrijskim ili trgovačkim aktivnostima, nudeći robu i usluge na tržištu. U prvoj situaciji nije od značaja da li država postupa direktno putem tela koje je deo javne administracije ili indirektno preko tela kome je poverila posebna ili isključiva prava. Kako bi se napravila razlika između akata javne vlasti i akata ekonomske prirode, neophodno je ustanoviti prirodu aktivnosti koje vrši javno preduzeće ili preduzeće kojem su poverena posebna ili isključiva prava. Prema stavu Suda pravde, zaštita životne sredine je tipični akt javne vlasti. Nadzor nad zagađenjem koji je obavljala Služba za ekologiju đenovske luke je zadatak od javnog interesa, koji čini deo osnovnih funkcija države da obezbedi zaštitu životne sredine u morskim područjima. Činjenica da je Služba naplaćivala naknadu za aktivnosti koje je obavljala ne odriče aktivnosti javnopravni karakter, tim pre što je visina naknada bila odobrena od strane javne vlasti. Na osnovu toga Sud je zaključio da se član 102 ne može primeniti na aktivnost nadzora nad zagađivanjem koje obavlja lice privatnog prava na osnovu poverenih javnih ovlašćenja u luci države – članice, čak i kada korisnici luke plaćaju takse da bi finansirali tu aktivnost.

Karakter aktivnosti koji obavlja lice optuženo da krši pravila konkurencije, bio je takođe od presudnog značaja da Sud pravde konstatuje da odredbe o konkurenciji osnivačkog ugovora nisu primenjive u slučaju Eurokontrol.¹⁸⁰ Eurokontrol je međunarodna organizacija javnopravnog karaktera, osnovana konvencijom zaključenom između više evropskih država, sa ciljem da se stara o bezbednosti civilnog vazdušnog saobraćaja. Zadatak Eurokontrola sastoji se, između ostalog, u naplati taksi za prelete preko teritorija država potpisnica konvencije. Kada je Eurokontrol pokrenuo spor pred belgijskim sudom radi naplate potraživanja od nemačkog društva SAT, tuženo društvo je stavilo prigovor da u obavljanju svoje funkcije Eurokontrol vređa evropska pravila konkurencije, a posebno član 102 UFEU-a, naplaćujući različite iznose taksi za prelete u pojedinim državama, čime je sprovodio protivpravnu diskriminaciju avio-kompanija. Tuženi je tvrdio da su funkcije Eurokontrola ekonomskog karaktera, što potvrđuje i činjenica da kontrolu leta u pojedinim državama obavljaju komercijalna pravna lica, da Eurokontrol za svoje usluge

¹⁸⁰ *SAT Fluggesellschaft mbH v. EUROCONTROL*, slučaj C-364/92, 1994. ECRI-00043.

naplaćuje naknadu, te da je tuženi od strane Eurokontrola bio tužen pred belgijskim trgovinskim sudom radi naplate potraživanja. Sud pravde nije prihvatio argumente tuženog, navodeći niz činjenica u prilog stavu da Eurokontrol obavlja javnopravne funkcije. Međunarodnom konvencijom o civilnom vazduhoplovstvu utvrđeno je da svaka država ima potpunu i isključivu nadležnost nad vazdušnim prostorom iznad svoje teritorije, te da odatle proizlazi njeno pravo i dužnost da nadzire vazdušni prostor i pruža usluge kontrole letenja. Eurokontrol je osnovan sa zadatkom da vrši koordinaciju između država – članica na tom polju, da istražuje, planira i obučava osoblje. Eurokontrolu su države – članice poverile i ovlašćenje da u njihovo ime i za njihov račun naplaćuje takse za prelete, pri čemu visinu takse određuje svaka država samostalno, a Eurokontrol za svoju uslugu uzima proviziju u određenom procentu od takse. Delatnost Eurokontrola se finansira doprinosima država – članica. Eurokontrol obavlja i delatnost kontrole letenja nad teritorijama pojedinih država – članica koje su mu prenele ovlašćenje za to, ali je Sud pravde istakao da tu uslugu pruža bez razlike svim avionima koji preleću vazdušni prostor određene države, pa čak i avionima kompanija koje nisu platile takse za prelete. Uzevši u obzir celinu aktivnosti koje obavlja Eurokontrol, njihovu svrhu i pravila kojima su podvrgnute, Sud je našao da su povezane sa vršenjem ovlašćenja nadzora i kontrole vazdušnog prostora, koja su tipična javna ovlašćenja, te da nemaju ekonomski karakter koji bi opravdao primenu pravila konkurencije. Stoga je Sud izveo zaključak da međunarodna organizacija kakva je Eurokontrol ne predstavlja preduzeće u smislu odredaba o konkurenciji UFEU-a.

Sa druge strane, ugovor koje opštine zaključuju sa organizacijom za uklanjanje otpada, na osnovu kojeg se ta organizacija obavezuje da isplaćuje naknade opštinama za prikupljeni otpad i dodatne subvencije i doprinose obuhvaćen je pravilima konkurencije EU-a, uprkos tome što im je zakonom dato u nadležnost da se staraju o uklanjanju otpada na svojoj teritoriji.¹⁸¹ Od ključnog je značaja činjenica da opštine za prikupljeni otpad dobijaju naknadu na osnovu ugovora, čija visina zavisi od tonaže prikupljenog otpada i nekih drugih elemenata. Ovde je potrebno uočiti da se opštine pojavljuju na tržištu u ulozi prodavca otpada. One nemaju to svojstvo kada organizuju prikupljanje otpada na svojoj teritoriji na osnovu zakonom date nadležnosti. Ugovor o koncesiji, kojim bi opština delegirala ovlašćenje za prikupljanje otpada na drugo lice nalazio bi se izvan sfere primene pravila konkurencije EU-a, u skladu sa principima postavljenim u slučaju *Korin Bodson*.

Liniju razgraničenja između vršenja javnih ovlašćenja i privrednih aktivnosti države naročito je teško povući u slučaju fondova obaveznog socijalnog i zdravstvenog osiguranja, koje redovno osniva država sa ciljem obezbeđenja socijalne sigurnosti i zaštite zdravlja svojih građana. Šeme finansiranja fondova i usluga koje pružaju dosta se razlikuju od države do države. Pred Sudom pravde EU-a se više puta postavilo pitanje da li se fondovi

¹⁸¹ *Eco-Emballages*, odluka Komisije COMP/34.950, Službeni list EU L 233, 2001.

socijalnog ili zdravstvenog osiguranja mogu podvesti pod pojam preduzeća u smislu odredaba o konkurenciji UFEU-a i pod kojim uslovima?

U slučaju Puse i Pistr,¹⁸² dvojica francuskih građana osporila su pred francuskim sudovima akt fonda osiguranja kojim im je nametnuta obaveza da plaćaju doprinos za obavezno socijalno osiguranje pripadnika slobodnih profesija tačno određenim osiguravajućim fondovima. Iako nisu osporavali šemu obaveznog socijalnog osiguranja kao takvu, oni su smatrali da imaju slobodu da ugovore socijalno osiguranje sa privatnim fondom osiguranja. Jednostrano utvrđivanje iznosa doprinosa i uslova osiguranja od strane državnih fondova po njima je predstavljalo zloupotrebu dominantne pozicije. U svom preliminarnom mišljenju Sud pravde je istakao da odredbe UFEU-a ne zabranjuju državama – članicama da uspostavljaju šeme obaveznog zdravstvenog i penzijskog osiguranja. Ta vrsta osiguranja ima karakteristike solidarnosti i služi ostvarenju socijalnih ciljeva. Solidarnost se ogleda u tome što su iznosi doprinosa koji se plaćaju za osiguranje proporcionalni visini zarade, dok koristi od osiguranja uživaju svi osiguranici jednako. Kod zdravstvenog osiguranja solidarnost se ogleda u činjenici da osiguranje koriste oni kojima je potrebna zdravstvena nega i socijalna sigurnost dok traje nesposobnost za rad zbog bolesti. Kod penzijskog i invalidskog osiguranja, solidarnost se ogleda u tome da doprinose plaćaju lica koje rade, dok penzije uživaju penzionisana lica. Kod šema socijalnog osiguranja, socijalne prinadležnosti uživaju lica u finansijskim teškoćama, a plaćaju ih lica koja imaju viškove prihoda. Fondovima socijalnog osiguranja poveren je od strane države zadatak da upravljaju šemama socijalnog osiguranja. Prilikom izvršavanja poverenih dužnosti oni primenjuju propise i ne mogu samostalno određivati iznose doprinosa, način upotrebe imovine fonda i vidove socijalnih davanja iz fonda. Funkcija koju obavljaju fondovi socijalnog i zdravstvenog osiguranja jeste socijalna funkcija, koja se bazira na principu solidarnosti i nije profitna. Iz tog razloga aktivnosti socijalnog osiguranja nisu privredne aktivnosti, a organizacije koje se bave tim aktivnostima nisu preduzeća u smislu članova 101 i 102 UFEU-a.

Slično rezonovanje Suda pravde može se naći i u slučaju *Cisal*, koji je imao za predmet italijansko obavezno osiguranje od nesreća na poslu.¹⁸³ *Cisal* je pred italijanskim sudom i telom za zaštitu konkurencije osporio zakonitost prinudne naplate doprinosa za osiguranje od nesreće na poslu za svog zaposlenog, uz argument da je za zaposlenog u spornom periodu ugovorio osiguranje kod privatne osiguravajuće kuće koje je pokrivalo iste rizike, te da obaveza retroaktivnog plaćanja doprinosa državnom fondu osiguranja predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Italijanski sud se obratio sa zahtevom za preliminarno mišljenje Sudu pravde ukazujući na sporne elemente zbog kojih mu je bilo

¹⁸² *Christian Poucet v. Assurances générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, *op. cit.*

¹⁸³ *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sur lavoro (INAIL)*, slučaji C-218/00, 2002. ECR I-00691.

teško da samostalno odluči da li je reč o privrednoj aktivnosti ili vršenju poverenih javnih ovlašćenja. Poslovi obaveznog osiguranja od nesreće na poslu su aktom italijanske vlade bili povereni javnoj ustanovi, koja je, međutim, bila ovlašćena da poslove osiguranja organizuje na ekonomskim principima, tako da se obezbedi puna naplata doprinosa i pokriće svih osiguranih rizika. Visina doprinosa bila je srazmerna visini rizika, a rizici grupisani u više različitih kategorija prema ekonomskim merilima. U prvim godinama primene šeme obaveznog osiguranja italijanska država dopuštala je ugovaranje privatnog osiguranja od nesreća na poslu, koje je smatrano validnom alternativom državnog osiguranju. Sa druge strane, iznosi doprinosa, te vrsta i visina davanja iz fonda bili su propisani uredbom italijanske vlade. Sud pravde je našao da italijanska šema osiguranja ipak ima socijalan karakter, jer je visina doprinosa bila srazmerna primanjima osiguranika, a maksimalan iznos doprinosa ograničen, uprkos tome što su pojedini rizici bili vrlo visoki. Institut za osiguranje bio je u obavezi da isplaćuje davanja i osiguranicima čiji poslodavci nisu uplaćivali doprinose. Za Sud pravde je odlučujuće bilo to što doprinosi nisu bili direktno srazmerni visini rizika i njihov iznos je potvrđivalo nadležno ministarstvo, dok su vrsta i visina davanja iz fonda bili regulisani propisima italijanske vlade. Na osnovu toga Sud je zaključio da italijanska šema obaveznog osiguranja ima izrazito socijalni karakter, te da predstavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa.

U slučaju *Albani*¹⁸⁴ obaveznost šeme socijalnog osiguranja i neprofitan karakter fonda nisu, međutim, bili dovoljni da isključe primenu pravila konkurencije. Dopunski penzijski fond tekstilne industrije u Holandiji uspostavljen je granskim kolektivnim ugovorom, zaključenim između sindikata i poslodavaca, a osiguranje svih radnika u fondu postalo je obavezno nakon što su vlasti na zahtev granskih udruženja donele odgovarajući propis. Ovaj fond razlikovao se od drugih fondova obaveznog osiguranja po tome što je funkcionisao na principu kapitalizacije uplaćenih doprinosa za osiguranje. Iznos penzije koji se isplaćivao iz fonda bio je uslovljen visinom uplaćenih doprinosa i prihoda fonda ostvarenih ulaganjima sredstava na tržištu kapitala. Pored navedenog, Sud pravde je uzeo u obzir da fond pruža usluge dopunskog penzijskog osiguranja u konkurenciji sa drugim osiguravajućim kućama, te je zaključio da u konkretnom slučaju fond predstavlja preduzeće u smislu pravila konkurencije UFEU-a.¹⁸⁵

U navedenim slučajevima iz oblasti obaveznog osiguranja implicitno provejava shvatanje organa EU-a da je cilj aktivnosti presudan za razgraničenje privrednih od neprivrednih aktivnosti javne vlasti. U sumnji, ukoliko u konkretnom slučaju pored privrednih postoje i neprivredni elementi, socijalne ili neke druge prirode, smatraće se da aktivnost nema komercijalni karakter i subjekat koji je upražnjava neće imati status preduzeća u smislu članova 101 i 102 UFEU-a.

¹⁸⁴ *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, slučaj C-67/96, 1999. ECR I-5863

¹⁸⁵ *Ibidem*, par. 3.

Shvatanje koncepta privredne aktivnosti evoluiralo je u slučaju Fenin,¹⁸⁶ u kome su organi EU-a po prvi put jasno zauzeli stanovište da se, osim karaktera sporne transakcije, mora uzeti u obzir i svrha zbog koje se realizuje. Ovaj slučaj se razlikuje od prethodno navedenih slučajeva još i po tome što su ga meritorno rešavali organi EU, a ne nacionalni sudovi. Udruženje koje je okupljalo prodavce medicinske robe i opreme žalilo se Komisiji EU da 26 španskih organizacija, među kojima su i tri ministarstva, zloupotrebljava dominantnu poziciju prilikom kupovine te robe, zbog toga što kasni 300 dana i više sa plaćanjem dobavljačima. Navedene organizacije kupovale su medicinsku robu i opremu radi snabdevanja španskih javnih zdravstvenih ustanova. Sama transakcija je u konkretnom slučaju bila nesporno ekonomske prirode, jer su prodavci prodavali i naplaćivali punu cenu za prodatu robu, koja je uključivala i izvestan profit. Evropska komisija je, međutim, odbacila prigovor udruženja dobavljača medicinske robe, uz obrazloženje da se sama transakcija (nabavka medicinske robe) ne može posmatrati odvojeno od svrhe zbog koje se realizuje, a to je snabdevanje javnih zdravstvenih ustanova. Iz tog razloga španske organizacije koje pripadaju nacionalnom zdravstvenom sistemu ne mogu se smatrati preduzećima u smislu člana 102 UFEU-a, pa Komisija ne može voditi postupak protiv njih zbog povrede pravila konkurencije. Stav Komisije je bio preispitivan od strane Suda prve instance i Suda pravde, po žalbama tužioca, i oba puta je bio potvrđen.

Sud pravde je u svojoj odluci po žalbi odvojeno posmatrao karakter aktivnosti snabdevača medicinske robe i njihovih kupaca. Dok je nesporno da snabdevači medicinske robe i opreme obavljaju privrednu aktivnost, budući da se njome bave radi sticanja profita, španske organizacije nabavljaju istu robu za potrebe snabdevanja nacionalnog zdravstvenog sistema i finansiraju nabavku iz fondova socijalnog osiguranja i drugih državnih fondova. Španske zdravstvene ustanove pružaju zdravstvene usluge besplatno, a čitav sistem funkcioniše na principu solidarnosti. Iz tog razloga, Sud je smatrao da španske organizacije u okviru nacionalnog zdravstvenog sistema nisu preduzeća u smislu člana 102 UFEU-a kada se pojavljuju na tržištu nabavke medicinske robe.

6.1.2.2. Obavljanje usluga od opšteg ekonomskog interesa

Članom 106 stav 2 UFEU propisan je izuzetak od primene pravila konkurencije u odnosu na preduzeća koja obavljaju usluge od opšteg ekonomskog interesa ili koja imaju karakter finansijskog monopola. Pravila konkurencije neće se primenjivati na ta preduzeća, ukoliko bi primena pravila konkurencije sprečila, pravno ili faktički, obavljanje zadatka koji im je poveren. Subjekti kojima je povereno obavljanje usluga od opšteg ekonomskog interesa ili finansijski monopol mogu imati javnopravni ili privatnopravni karakter. U prvom slučaju, reč je o ustanovama, zavodima, agencijama i drugim subjektima javnog prava. Nije od značaja da li poseduju zaseban pravni subjektivitet ili su integrisani u administrativnu

¹⁸⁶ *Federacion Nacional de Empresas de Instrumentacion Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) v. Commission of the European Communities*, slučaj T-319/99, 2003. ECR II-00357.

strukturu države.¹⁸⁷ U drugom slučaju najčešće se radi o privrednim društvima kojima javna vlast poverava vršenje određenog javnog ovlašćenja. U ovu kategoriju spadaju i javna preduzeća, kategorija privrednih društava koja osniva javna vlast, samostalno ili zajedno sa privatnim licima, najčešće radi pružanja određenih usluga od opšteg ekonomskog interesa. Nezavisno od kategorije subjekta, pravila konkurencije EU se neće primenjivati ukoliko su zadovoljena dva uslova: 1) da se subjekt bavi aktivnošću koja predstavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa ili ima karakter finansijskog monopola i 2) da bi primena pravila konkurencije sprečila, pravno ili faktički, obavljanje te aktivnosti.

Pojam usluge od opšteg ekonomskog interesa je specifičan pojam evropskog prava. Pojam se pominje, iako ne definiše u članu 14 UFEU i Protokolu 26 UFEU o uslugama od opšteg ekonomskog interesa. U Obaveštenju Komisije o uslugama od opšteg ekonomskog interesa iz 2001. godine te usluge definisane su kao tržišne usluge koje su za države - članice ili Zajednicu predmet posebne obaveze javne službe primenom kriterijuma opšteg interesa.¹⁸⁸ Pojam usluge koristi se u širem značenju od uobičajenog, jer može da se odnosi i na snabdevanje robom.¹⁸⁹ Atribut ekonomski odnosi se na usluge (koje se pružaju pod ekonomskim uslovima), dok interes čijem ostvarenju treba da služe mora biti opšti.¹⁹⁰

Pojam se samo do izvesne mere poklapa sa pojmom javne službe koji postoji u pojedinim nacionalnim pravnim sistemima.¹⁹¹ Pojam javne službe je širi i obuhvata i usluge koje se ne pružaju po tržišnim principima. Sud pravde je u slučaju Korbo¹⁹² definisao bitne elemente pojma usluge od opšteg ekonomskog interesa: univerzalan karakter (obaveza snabdevanja svih korisnika), jednakost svih korisnika u pogledu uslova korišćenja (cene i kvaliteta), te irelevantnost konkretnih ekonomskih uslova pod kojima se usluga pruža, odnosno obaveza pružanja usluga i u situaciji kada to nije ekonomski isplativo. Obavljanje usluga mora biti eksplicitno povereno određenom subjektu aktom javne vlasti.¹⁹³

U pomenutom slučaju Makrotron pitanje primene pravila konkurencije na javnopravnu ustanovu koja obavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa postavilo se indirektno, u okviru glavnog pitanja dopuštenosti zakonskog monopola nemačkog Zavoda za zapošljavanje. Nemačkim Zakonom o podsticanju zapošljavanja dodeljeno je tom zavodu isključivo pravo pružanja usluga posredovanja u zapošljavanju na teritoriji Nemačke. Zakonom su čak bile propisane i sankcije za lica koja se neovlašćeno bave uslugama posredovanja u zapošljavanju. Uprkos tome, Zavod je tolerisao postojanje privatnih

¹⁸⁷ *Commission v. Italy, op.cit.*

¹⁸⁸ *Communication on services of general economic interest*, Službeni list EU C 17, 2001.

¹⁸⁹ Na primer, snabdevanje električnom energijom. *Almelo*, slučaj C-393/92, 1994. ECR I-1477.

¹⁹⁰ A. Jones, B. Surfin, *EC Competition Law*, Oxford 2004. s. 537.

¹⁹¹ N. Nolte, *Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*, Frankfurt am Mein 2004. s. 66.

¹⁹² *Corbeau*, slučaj C-320/91, 1993. ECR I-2463.

¹⁹³ *Emmerich, op.cit.* s. 293.

agencija koje su se bavile posredovanjem na tržištu menadžerskih usluga. Zavod je čak distribuirao cirkular u kome je izrazio spremnost da dopusti aktivnost konsultantskih agencija pod određenim uslovima. Kada je jedna od tih agencija zatražila od dvojice menadžera plaćanje provizije za pruženu uslugu posredovanja u nalaženju posla, oni su pred nemačkim sudom tražili utvrđenje ništavosti ugovora o posredovanju sa aspekta povrede Zakona o podsticanju zapošljavanja. Nemački sud je zastao sa postupkom da bi pribavio preliminarno mišljenje Suda pravde u pogledu usklađenosti zakonskog monopola nemačkog Zavoda za zapošljavanje sa pravilima konkurencije EU. Sud pravde je objasnio da usluga posredovanja u zapošljavanju po svom karakteru predstavlja privrednu uslugu, bez obzira što je u konkretnom slučaju obavlja lice javnog prava – zavod za zapošljavanje koji je osnovan aktom javne vlasti i koji pruža uslugu posredovanja besplatno. Sud je uzeo u obzir činjenicu da se usluga posredovanja u zapošljavanju može pružati i da se u praksi pruža kao privredna usluga, za koju se naplaćuje naknada, te da nemački poslodavci plaćaju doprinose iz kojih se finansira aktivnost Zavoda. Aktivnost nemačkog Zavoda za zapošljavanje predstavlja, po mišljenju Suda pravde, uslugu od opšteg ekonomskog interesa, ali ona nije izuzeta od primene pravila konkurencije, jer nije ispunjen poslednji uslov – da bi primena tih pravila sprečila obavljanje poverenih usluga.¹⁹⁴ U konkretnom slučaju, činjenica da je Zavod za zapošljavanje pružao uslugu posredovanja pri popunjavanju menadžerskih pozicija u konkurenciji sa privatnim konsultantskim agencijama ukazivala je upravo obrnuto – da zakonski monopol nemačkog zavoda onemogućava da tražnja na tržištu zapošljavanja bude zadovoljena, odnosno da nemački zavod ne može da izbegne da zloupotrebljava svoju dominantnu tržišnu poziciju, suprotno članu 102 tač. b) UFEU koji zabranjuje ograničavanje tržišta na štetu potrošača.

U slučaju Korbo bliže su definisani uslovi pod kojima su preduzeća koja obavljaju usluge od opšteg ekonomskog interesa izuzeta od pravila konkurencije. Slučaj je imao za predmet monopol belgiske pošte za prikupljanje, prenos i isporuku pošiljki na teritoriji Belgije. Zakonom su bile predviđene krivične sankcije za slučaj kršenja monopola. Belgijski građanin Korbo ustanovio je sopstvenu ekspresnu poštansku službu na teritoriji okruga Liježa, za prikupljanje pošiljaka od pošiljaoca i dostavljanje primaocu da podneva narednog dana. Pošto su belgijski organi pokrenuli krivični postupak protiv Korboa, belgijski sud se obratio Sudu pravde sa zahtevom za preliminarno mišljenje o usklađenosti zakonskog poštanskog monopola sa pravilima konkurencije EU. Sud pravde se u svom mišljenju pozvao na načelo srazmernosti, u čijem svetlu redovno promatra usklađenost mera država članica sa obavezama iz UFEU. U skladu sa tim načelom, ograničenje ili, čak, isključenje konkurencije od strane države mora se posmatrati sa aspekta potrebe nosioca monopolskog prava da pruža uslugu od opšteg interesa pod ekonomski prihvatljivim uslovima. To znači mogućnost pokrivanja troškova ekonomski neisplative usluge prihodima od pružanja profitabilnih usluga, ili, drugim rečima, mogućnost unakrsne subsidizacije. U uslovima slobodne konkurencije, preduzeća koja nemaju obavezu

¹⁹⁴ *Höfner und Elser v. Macrotron*, op.cit., tač. 25.

pružanja usluge od opšteg ekonomskog interesa, sledeći svoj interes maksimizacije profita, opredelila bi se da pružaju usluge koje donose najveći profit, što bi preduzeće koje pruža usluge od opšteg ekonomskog interesa moglo dovesti u situaciju da ne ostvaruje prihod iz koga bi pokrio troškove pružanja usluge.

Opisani pristup Suda pravde u teoriji se naziva pristupom „ograničene konkurencije“. Stvaranje zakonskog monopola mora biti: 1) opravdano legitimnim nacionalnim ciljem i 2) zadovoljiti princip proporcionalnosti, t.j. posledično ograničenje konkurencije ne sme prevazilaziti ono što je neophodno za postizanje cilja.¹⁹⁵

6.1.2.3. Ustanove i udruženja privatnog prava

Ustanove i udruženja privatnog prava, čiji primarni cilj ne mora biti ostvarivanje dobiti, već neki drugi zakoniti cilj (npr. zaštita interesa svojih članova, autonomno regulisanje struke), mogu imati status preduzeća u pravu konkurencije EU, ako je aktivnost u kojoj učestvuju komercijalnog karaktera.

Tako su pravilima konkurencije EU podvrgnute nacionalne sportske asocijacije koje okupljaju profesionalne klubove, čak i kada se u članstvu asocijacije nalaze i amaterski klubovi.¹⁹⁶ Aranžmani za prodaju karata za Svetsko prvenstvo u futbolu jesu komercijalna aktivnost zbog koje Međunarodno udruženje fudbalskih asocijacija (FIFA) može doći pod udar prava konkurencije.¹⁹⁷

Udruženja za kolektivno ostvarivanje autorskih prava su subjekt prava konkurencije kada zaključuju ugovore u ime svojih članova sa radio i televizijskim stanicama ili njihovim udruženjima, kao i kada zaključuju ugovore sa svojim članovima. U slučaju GEMA I,¹⁹⁸ Komisija je podvela nemačko udruženje za kolektivno ostvarivanje autorskih prava pod pojam preduzeća, uprkos tome što je statutarni cilj ovog udruženja bio da štiti autore i ostvaruje njihova prava. Odlučujući razlog da se GEMA smatra preduzećem bio je da je to udruženje svoje usluge posredovanja i zastupanja u ostvarivanju autorskih prava pružalo uz naknadu, koju je naplaćivalo kako od autora, tako i od korisnika. Komisija je utvrdila da praksa udruženja da primenjuje različite uslove na domaće autore i autore iz inostranstva predstavlja diskriminaciju i time zloupotrebu dominantnog položaja u smislu člana 86 Ugovora o EEZ (sadašnji 102).

¹⁹⁵ D. Edward, M. Hoskins, *Art. 90: Deregulation and EC Law: Reflections Arising from the XVI FIDE Conference*, Common Market Law Review, 1995. s. 164.

¹⁹⁶ *Laurent Piau v Commission*, slučaj T-183/02, 2005. ECR II-00209.

¹⁹⁷ *1998 World Football Cup*, odluka Komisije IV/36.888, Službeni list EU L 5, 2000.

¹⁹⁸ Odluka Komisije IV/26.760, Službeni list EZ L 134, 1971.

Italijansko društvo za objektivno i nezavisno prikupljanje i distribuciju informacija o slušanosti odnosno gledanosti Oditel¹⁹⁹ i njegove članice, italijanske radiotelevizijske kuće, povredili su zabranu zaključenja restriktivnih ugovora iz člana 85 Ugovora o EEZ (sadašnji 101 UFEU), jer su se obavezale da ekskluzivno koriste informacije o slušanosti/gledanosti koje im je davao Oditel. Komisija je našla da Oditel predstavlja preduzeće u smislu odredbe člana 85,²⁰⁰ iako je radilo na principu pokrivanja troškova od strane korisnika njegovih usluga, najvećih italijanskih radio-televizijskih stanica.

Udruženje za pružanje računovodstvenih usluga, kojem su njegove članice, kompanije proizvođači stakla, poverile nadzor nad sprovođenjem sporazuma o proizvodnim kvotama, u slučaju Italijansko liveno staklo²⁰¹ kvalifikovano je kao preduzeće na koje se primenjuje član 101 UFEU.

Zadruga ispunjavaju uslove da se smatraju preduzećem u smislu pravila konkurencije EU. U slučaju Hadson Bej/DPF²⁰² Sud prve instance istakao je da se pravila konkurencije nedvosmisleno primenjuju i na zadruge, jer obavljaju privrednu aktivnost, bez obzira što su organizovane u toj formi u skladu sa pravilima nacionalnog zakonodavstva. Šta više, Sud je ukazao da upravo forma zadruge omogućuje ovom tipu udruženja da ugrozi slobodnu konkurenciju, jer su zadruge često izuzete od opštih pravila nacionalnog zakonodavstva koja se odnose na privredna društva. Posebno je obaveza lojalnosti članstva zadruge, koja se svodi na obavezu isključive prodaje proizvoda zadruzi ili isključivog snabdevanja od zadruge, podobna da ograniči slobodnu konkurenciju na tržištu. Obaveza ekskluziviteta predviđena ugovorom između zadruge i njenih članova može predstavljati restriktivni sporazum iz člana 101, ali se prethodno mora utvrditi efekat ograničavajuće klauzule na konkurenciju na tržištu, uzimanjem u obzir stanja konkurencije u konkretnom slučaju.

Udruženje za uzajamno osiguranje ispunjava uslove da se smatra preduzećem. U slučaju Pi end Aj Klabs,²⁰³ Komisija je odobrila izuzeće međunarodnog pula društava za uzajamno osiguranje, kojim su među sobom ugovorili šemu raspodele rizika. Komisija je smatrala da društva za uzajamno osiguranje predstavljaju preduzeća u smislu člana 101 UFEU, iako delatnost osiguranja ne obavljaju na profitnom principu, već na načelima uzajamnosti i solidarnosti. Zbog toga ugovor članica pula predstavlja restriktivni sporazum, koji se može izuzeti od zabrane ukoliko ispunjava uslove iz člana 101 stav 3 UFEU.

¹⁹⁹ *Auditel*, odluka Komisije IV/32.031, Službeni list EU L 306, 1993

²⁰⁰ Par. 12 odluke Komisije.

²⁰¹ *Italian Cast Glass*, odluka Komisije IV/29.869, Službeni list EZ L 383, 1980.

²⁰² *Dansk Pelsdyravlereforening v Commission*, slučaj T-61/89, 1992. ECR II-01931

²⁰³ *P & I Clubs*, odluka Komisije, slučaj IV/D-1/30.373 i IV/D-1/37.143, Službeni list EU L 125, 1999.

6.2. Udruženje preduzeća

Pojam udruženje preduzeća se eksplicitno pominje u članu 101 UFEU, kojim se predviđa da odluke udruženja preduzeća takođe mogu predstavljati sporazum kojim se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija. Prethodno je već navedeno da se pravila konkurencije primenjuju i na udruženja privatnog prava, sa ili bez svojstva pravnog lica. U tom smislu, nije potrebno dodatno obrazlagati da privredne komore i profesionalna udruženja predstavljaju udruženja preduzeća, odnosno subjekt prava konkurencije, nezavisno od toga na koji način je njihov cilj određen u osnivačkom aktu ili statutu, te da li imaju svojstvo pravnog lica ili ne. Sve što je prethodno rečeno, važi i u odnosu na njih. Takođe, ako su članice udruženja lica koja se smatraju preduzećem u smislu pravila konkurencije EU, njihovo udruženje predstavlja udruženje preduzeća u smislu člana 101 UFEU, čak i kada udruženje ima javnopravni status.

Tako, udruženje carinskih agenata predstavlja udruženje preduzeća u smislu člana 101: „Pošto je aktivnost carinskih agenata komercijalna aktivnost i carinski agenti se stoga moraju smatrati preduzećem u smislu člana 85 (sadašnji 101), profesionalna organizacija koja se sastoji od predstavnika profesije mora se smatrati udruženjem preduzeća u smislu tog člana i njegova primena ne može biti prekludirana činjenicom da udruženje ima javnopravni status.“²⁰⁴

Sud pravde je pojasnio ovaj stav u slučaju Nacionalni interprofesionalni biro za konjak protiv Klera.²⁰⁵ Nacionalna organizacija koja je bila osnovana zakonom i okupljala proizvođače i distributere konjaka utvrđivala je minimalne cene u ugovorima između proizvođača i distributera. U upravnom odboru organizacije sedeli su predstavnici proizvođača i distributera, koje je imenovalo ministarstvo na predlog proizvođača i distributera, kao i dva predstavnika francuskog ministarstva. Tipični ugovor sa spornom odredbom o minimalnoj ceni usvajao je odbor ali je potom išao na saglasnost ministarstvu, nakon čega je postajao obavezujući za članice organizacije. Sud pravde je našao da navedene činjenice ne izuzimaju organizaciju i akte koje ona donosi iz sfere primene člana 101. Činjenica da je članove odbora imenovalo ministarstvo imala je za Sud manji značaj u odnosu na činjenicu da su te članove predlagali proizvođači i distributeri, koji su u odboru zastupali njihove interese. Isto tako, činjenica da je sporazum o minimalnoj ceni postao obavezan tek nakon odobrenja ministarstva nije imala uticaja na pravnu kvalifikaciju sporazuma kao suprotnog odredbi člana 101.

²⁰⁴ *Consiglio Nazionale degli Spedizioneri Doganali v Commission (Customs Agents)*, slučaj T-513/93, 2000. ECR II-01807.

²⁰⁵ *Bureau national interprofessionnel du cognac (BNIC) v Guy Clair*, slučaj C-123/83, 1985. ECR 391.

7. Teritorijalna primena prava konkurencije

Osnivački ugovori Evropske unije i akti koje donose njeni organi važe i primenjuju se na teritoriji država – članica, na osnovu akata ratifikacije osnivačkih ugovora, koji time postaju sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka država – članica. Članom 3 st. 1 (b) UFEU-a propisano je da Evropska unija ima isključivu nadležnost da ustanovljava pravila konkurencije neophodna za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Članom 105 st. 1 UFEU-a povereno je u zadatak Komisiji EU da obezbeđuje primenu pravila konkurencije sadržanih u članu 101 i 102 UFEU-a. Odgovarajuće ovlašćenje dato je Komisiji u oblasti kontrole koncentracija na osnovu Uredbe 139/2004. Radnje lica koja se nalaze na teritoriji neke od država – članica mogu biti sankcionisane od strane organa EU-a, primenom pravila o konkurenciji UFEU-a, bez obzira na to da li ta lica imaju nacionalnost, odnosno sedište u državi – članici EU ili u nekoj trećoj državi. Ovde treba imati u vidu da su odredbe osnivačkih ugovora norme javnopravnog karaktera, koje obavezuju, neposredno ili posredno, sva lica koja se nalaze na teritoriji država – članica EU. To je teritorijalni princip važenja prava (konkurencije) EU, na osnovu kojeg se u prvom redu određuje njegov teritorijalni domašaj.²⁰⁶

Pod određenim uslovima, lica koja se nalaze izvan teritorije država – članica i radnje ili akti učinjeni izvan njihove teritorije mogu biti podvrgnuti jurisdikciji Evropske unije u materiji konkurencije. Na taj način proširuje se oblast primene pravila konkurencije EU-a izvan teritorije država – članica EU, pa se u literaturi često upotrebljava termin ekstrateritorijalna primena prava konkurencije. Potrebno je naglasiti da upotreba tog termina nije opravdana, jer, kako ćemo videti, mora postojati određena veza sa unutrašnjim tržištem EU u materijalnom i procesnom pravnom smislu.

Imajući u vidu činjenicu da sve države – članice EU imaju svoje nacionalno zakonodavstvo o konkurenciji, može se postaviti i pitanje razgraničenja polja primene pravila konkurencije EU-a i nacionalnih pravila konkurencije država – članica. Ukoliko linija razgraničenja ne bi bila jasno postavljena, moglo bi se dogoditi da jedno isto lice za istu radnju trpi dvostruku sankciju – po osnovu pravila konkurencije EU i po osnovu nacionalnog zakonodavstva.

²⁰⁶ H. Schröter, T. Jacob, W. Mederer, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 2003. s. 125. Princip je preuzet iz međunarodnog javnog prava. Pored principa teritorijalnosti u javnom pravu, jurisdikcija se može zasnovati i na osnovu sledećih činilaca: nacionalnosti lica protiv koga se vodi postupak (svaka država je nadležna da primenjuje sopstvena pravna pravila na lice domaće nacionalnosti, bez obzira gde je povreda prava učinjena); javnog poretka, kada država može sankcionisati i radnje koje su učinjene izvan njene teritorije, ukoliko nanose štetu vrednostima koje štiti domaći pravni poredak; povrede univerzalno prihvaćenih vrednosti, na osnovu kojeg su organi svake države nadležni da gone počionice dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava. Vid. C. Sato, *Extraterritorial Application of EU Competition Law*, Journal of Political Science and Sociology, br. 11/2010, s. 25-27, i tamo navedenu literaturu.

7.1. Primena prava konkurencije na lica izvan teritorije država-članica

Odredbe o konkurenciji u UFEU-u sadrže odrednice na osnovu kojih se zasniva veza između radnji preduzeća podobnih da ograniče konkurenciju i jurisdikcije organa EU-a. Članom 101 zabranjuju se sporazumi između preduzeća koji mogu ugroziti trgovinu između država – članica i koji za svoj cilj ili posledicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije na unutrašnjem tržištu. Članom 102 zabranjuje se zloupotreba dominantnog položaja na unutrašnjem tržištu ili njegovom značajnom delu, ukoliko može da ugrozi trgovinu između država – članica. Jezičkim tumačenjem člana 101 dolazi se do zaključka da za njegovu primenu nije neophodno da preduzeća učesnici restriktivnog sporazuma zaključe takav sporazum na teritoriji EU-a ili da imaju sedište u nekoj od država – članica EU-a. Dovoljno je da sporazum ugrožava trgovinu između država – članica i da sporazum ima za cilj ili posledicu ograničavanje konkurencije na unutrašnjem tržištu EU-a. Kada je reč o teritorijalnom opsegu primene člana 102, dikcija ove odredbe nalagala bi prisustvo preduzeća počinioca povrede na unutrašnjem tržištu EU-a, jer je pretpostavka primene člana 102 dominantan položaj preduzeća na unutrašnjem tržištu EU-a ili njegovom značajnom delu. Drugi uslov za primenu člana 102 jeste da se radnjom zloupotrebe ugrožava trgovina između država – članica. Konačno, kada je reč o primeni pravila o kontroli koncentracija, veza između koncentracije preduzeća i unutrašnjeg tržišta EU-a, a time i nadležnost organa EU-a, uspostavlja se ako preduzeća učesnici koncentracije ispunjavaju pragove ukupnog godišnjeg prihoda i ako koncentracija utiče na konkurenciju na unutrašnjem tržištu. Pragovi ukupnog godišnjeg prihoda na osnovu kojih koncentracija dobija „komunitarnu dimenziju“ propisani su članom 1 st. 2 i 3 Uredbe 139/2004, dok je članom 2 st. 2 propisano da su kompatibilne sa zajedničkim tržištem²⁰⁷ koncentracije koje ne sprečavaju značajno efektivnu konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu. Koncentracije koje značajno sprečavaju konkurenciju na unutrašnjem tržištu ili njegovom značajnom delu će biti proglašene inkompatibilnim sa zajedničkim tržištem.

7.1.1. Kriterijum efekta

Po osnovu navedenih odredaba nadležnost za primenu pravila konkurencije zasniva se prema kriterijumu efekta protivpravnog ponašanja.²⁰⁸ Pravila konkurencije EU-a primenjuju se uvek kada ponašanje preduzeća ugrožava trgovinu između država – članica, odnosno utiče na konkurenciju na unutrašnjem tržištu EU-a.

²⁰⁷ U Uredbi 139/2004 koristi se pojam zajedničko tržište, dok se u odredbama o konkurenciji UFEU-a koristi termin unutrašnje tržište. Sa stanovišta teritorijalne primene prava EU, ne postoji razlika između dva pojma.

²⁰⁸ Pojam unutrašnje tržište u novim osnivačkim ugovorima je zamenio ranije korišćeni pojam zajedničko tržište, označavajući na taj način viši stepen integracije ekonomija država - članica. Schröter, Jacob, Mederer, *op.cit.*, s. 125.

Kriterijum efekta je prvi put primenjen u navedenom slučaju Dajstafs, da bi se kaznilo ponašanje kompanije I.C.I., sa registrovanim sedištem i glavnom upravom na teritoriji Velike Britanije,²⁰⁹ koje je Komisija kvalifikovala kao usaglašenu praksu sa ciljem utvrđivanja minimalnih cena. Zavisna društva kompanije I.C.I., koja su imala sedišta u različitim državama – članicama tadašnje EEZ, postupala su po njenim nalogima, podižući cene svojih proizvoda u istim procentima u jednakim vremenskim intervalima. Kartel proizvođača boja je izazivao štetne posledice na tržištu EEZ-a. Komisija je u odluci pojasnila da nije neophodno prisustvo matične kompanije na tržištu EEZ-a, da bi se zasnovala jurisdikcija evropskih organa: „Prema članu 85 (1) Ugovora o osnivanju EEZ-a, svi sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i sve usaglašene prakse koje mogu da ugroze trgovinu između država – članica i čiji je cilj ili efekat sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije na zajedničkom tržištu biće zabranjene kao inkompatibilne sa zajedničkim tržištem. Pravila konkurencije iz Ugovora primenjiva su, sledstveno, na sva ograničenja konkurencije koja proizvode efekte na zajedničkom tržištu utvrđene u članu 85(1). Nema potrebe da se ispituje da li preduzeća koja su uzrok ograničenja konkurencije imaju svoje sedišta unutar ili izvan Zajednice.“²¹⁰ Generalni advokat je podržao stav Komisije, navodeći pretpostavke koje treba da budu ispunjene kako bi evropski organi zasnovali jurisdikciju u primeni člana 85 (sadašnji 101 UFEU-a) u odnosu na preduzeća sa sedištem izvan teritorije država – članica tadašnje EEZ: sporazum, odnosno usaglašena praksa mora stvarati direktno i neposredno ograničenje konkurencije, efekat ponašanja mora biti razumno predvidiv i efekat koji se proizvodi na teritoriji Zajednice mora biti značajan. Međutim, Sud pravde je izbegao da se izjasni o navedenim stavovima, pribegavajući konceptu ekonomskog jedinstva: „Kada preduzeće sa sedištem u trećoj državi, u vršenju svojih ovlašćenja da kontroliše zavisna društva sa sedištem unutar Zajednice, naredi tim društvima da izvrše odluku o podizanju cena, čija uniformna primena zajedno sa drugim preduzećima predstavlja praksu zabranjenu po osnovu člana 85(1) Ugovora o EEZ-u, ponašanje zavisnih društava mora biti imputirano matičnoj kompaniji.“²¹¹ Sud je još naglasio da nije neophodno da Komisija u svojim odlukama obrazlaže po kom pravnom osnovu je zasnovala svoju nadležnost.

Komisija se ponovo oslonila na teoriju efekta u slučaju Vudpalp,²¹² kako bi zasnovala nadležnost u slučaju kartela proizvođača drvne pulpe, koji se sastojao od 41 kompanije i dva trgovinska udruženja. Svi članovi kartela su imali sedišta izvan teritorije država članica EEZ-a. Štaviše, članovi kartela iz SAD-a su učestvovali u kartelu na osnovu zakonskog ovlašćenja, predviđenog u Veb-Pomerinovom zakonu, koji američkim kompanijama dopušta da stupaju u izvozne karte. Komisija je u svojoj odluci obrazložila zašto je kartel imao neposredne efekte na konkurenciju na tržištu EEZ-a. Svi članovi kartela su direktno izvozili ili poslovali na tržištu EEZ-a. Neki od njih su čak imali zavisna društva, ogranke,

²⁰⁹ Već je napomenuto da Vel. Britanija u vreme kada je slučaj rešavan nije bila članica EEZ.

²¹⁰ *Matières colorantes*, odluka Komisije br. IV-26/267 (), Službeni list EZ L 195, 1969. s. 16.

²¹¹ *ICI v. Commission*, op. cit., tač. 11 i 12.

²¹² Odluka Komisije IV-29.725, Službeni list EZ L 85, 1985.

agencije ili druge poslovne nastane unutar EEZ-a. Usklađivanje cena, razmena osetljivih informacija vezanih za cene i klauzule o zabrani izvoza ili preprodaje su se ticale isporuka kupcima u EEZ-u ili prodaje unutar EEZ-a za tamošnje kupce. Isporuke pogođene ovim sporazumima i praksama su iznosile dve trećine ukupnih isporuka drvne pulpe u EEZ-u i 60% od ukupne potrošnje u EEZ-u. Sporazumi i prakse su se izgleda primenjivali na većinu prodaje relevantnog proizvoda stranaka u EEZ-u za vreme posmatranog perioda. Efekat sporazuma i praksi na cene koje su objavljene ili naplaćene kupcima i na preprodaju pulpe unutar EEZ-a stoga nije bio samo značajan već i nameravan, i bio je primaran i direktan rezultat sporazuma i praksi.²¹³ Generalni advokat je ponovo podržao stav Komisije, smatrajući da zasnivanje nadležnosti na osnovu kriterijuma efekta protivpravnog ponašanja nije u suprotnosti sa međunarodnim pravom i da je Komisija ispravno postupila kada je zasnovala svoju nadležnost na osnovu tog kriterijuma. Međutim, Sud pravde je ponovo izbegao da se izjasni o dopuštenosti primene kriterijuma efekta, oslanjajući se na činjenicu da je sporazum o cenama primenjivan na tržištu EEZ-a, te da je, shodno tome, protivpravna radnja izvršena na teritoriji država – članica EEZ-a: „Ukoliko bi primenjivost zabrana utvrđenih pravom konkurencije zavisila od mesta gde je sporazum, odluka ili usaglašena praksa formulisana, rezultat bi očigledno bio da se preduzećima da lako sredstvo da izbegnu te zabrane. Odlučujući faktor je stoga gde je primenjena. Proizvođači su u ovom slučaju primenjivali svoj sporazum o cenama unutar zajedničkog tržišta. Sa tog aspekta nije od značaja da li su se ili nisu koristili zavisnim društvima, zastupnicima, podzastupnicima ili ograncima unutar Zajednice da bi napravili kontakte sa kupcima unutar Zajednice. U skladu sa tim, nadležnost Zajednice da primenjuje pravila konkurencije na takvo ponašanje je pokrivena principom teritorijaliteteta kao univerzalno priznatim u međunarodnom javnom pravu.“²¹⁴

Sud pravde se nije u kasnijim slučajevima izjašnjavao da li je efekat ponašanja suprotnog odredbama 101 i 102 UFEU-a, koji se ostvaruje na unutrašnjem tržištu EU-a, sam po sebi dovoljan da se zasnjuje jurisdikcija organa EU-a. Taj kriterijum se, za sada, primenjuje u praksi Komisije EU-a. U teoriji je sporno da li ograničavajući efekat mora biti stvarno ispoljen ili postojati kao potencijalna opasnost. Većina teoretičara se zalaže za ovo drugo tumačenje,²¹⁵ a praksa Komisije ga potvrđuje. U slučaju kartela evropskih i japanskih proizvođača izolovanih gasnih razvodnika, Komisija se izjasnila da je dovoljan potencijalan efekat, ali da on ne sme biti beznačajan: „Da bi sporazum, odluka ili usaglašena praksa bili podobni da ugroze trgovinu između država – članica, mora biti moguće predvideti sa dovoljnim stepenom verovatnoće, na osnovu objektivnih pravnih i činjeničnih faktora, da može imati uticaj, direktni ili indirektni, stvarni ili potencijalni, na tokove trgovine između država – članica. Sledi da se od Komisije ne zahteva da pokaže stvarno postojanje takvog efekta na trgovinu, potencijalni efekat je dovoljan, pri čemu taj stvarni ili potencijalni

²¹³ Par. 79 Odluke Komisije.

²¹⁴ *Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission (Wood Pulp)*, slučaj 89/85, 1988. ECR 05193, par. 16-18.

²¹⁵ Schröter, Jacob, Mederer, *op. cit.*, s. 125.

efekat nije beznačajan.²¹⁶ U konkretnom slučaju Komisija je utvrdila da se kartelni sporazum odnosi na veliki deo trgovine predmetnim proizvodom među državama – članicama i među državama EFTA koje su pripadale Evropskoj ekonomskoj oblasti. Postojanje mehanizma izigravanja javnih nabavki i raspodele proizvodnih kvota morao je rezultirati ograničenjem trgovine između država – članica, ili bi verovatno rezultirao automatskom promenom tokova trgovine u odnosu na one koji bi inače postojali.²¹⁷

7.1.2. Ekstrateritorijalna nadležnost u oblasti kontrole koncentracija

U oblasti kontrole koncentracija, nadležnost Komisije određuje se primenom kriterijuma pragova ukupnog godišnjeg prihoda učesnika koncentracije, kombinovanog sa kriterijumom porekla prihoda. Tako, koncentracija ima komunitarnu dimenziju, odakle proizlazi nadležnost Komisije EU-a da je kontroliše, ako ukupan svetski godišnji prihod svih preduzeća učesnika u koncentraciji prelazi iznos od 5 milijardi EUR-a, pri čemu svaki od najmanje dva učesnika u koncentraciji ostvaruje godišnji prihod na tržištu EU-a veći od 250 miliona EUR-a, izuzev ako svaki od učesnika ne ostvaruje više od dve trećine svog ukupnog komunitarnog prihoda unutar tržišta jedne države – članice.²¹⁸ Koncentracija takođe ima komunitarnu dimenziju, ako ukupan godišnji prihod svih učesnika koncentracije ostvaren na svetskom tržištu prelazi 2,5 milijardi EUR-a, pri čemu ukupan godišnji prihod svih učesnika ostvaren u svakoj od najmanje tri države – članice EU prelazi 100 miliona EUR-a i ukupan godišnji prihod na unutrašnjem tržištu EU-a svakog od najmanje dva učesnika koncentracije prelazi 100 miliona EUR-a, izuzev ako svaki od učesnika ne ostvaruje više od dve trećine svog ukupnog prihoda na unutrašnjem tržištu EU-a u okviru jedne iste države – članice.²¹⁹ Iz navedenog proizlazi da Komisija ima nadležnost da kontroliše koncentracije čiji učesnici nemaju sedište ili drugi poslovni nastan na teritoriji država – članica. Dovoljno je da ostvaruju prihod od prodaje, izvoza, pružanjem usluga, ili na drugi način na unutrašnjem tržištu EU-a i da taj prihod po vrednosti prelazi utvrđene iznose, pa da postoji jurisdikcija organa EU-a za kontrolu predmetne koncentracije. Članom 1 st. 2 i 3 Uredbe 139/2004 utvrđuje se neoboriva pravna pretpostavka da koncentracija utiče na konkurenciju na unutrašnjem tržištu EU-a ako su ispunjeni uslovi visine ukupnog godišnjeg prihoda i porekla prihoda, pa Komisija ne mora da izvodi druge dokaze kako bi se utvrdila ispunjenost uslova uticaja na konkurenciju unutar EU-a radi zasnivanja nadležnosti u postupcima kontrole koncentracija.

Odluka Suda prve instance u slučaju koncentracije Genkor/Lonro,²²⁰ potvrđuje navedeni stav. Koncentracija je obuhvatala dve kompanije sa sedištem u Južnoafričkoj Republici koje su se bavile proizvodnjom platine i rodijuma. Južnoafričke vlasti su dozvolile

²¹⁶ *Gas Insulated Switchgear*, slučaj COMP/F/38.899, Službeni list EZ C 5, 2008., par. 310.

²¹⁷ *Ibidem*, par. 313.

²¹⁸ Član 1 (2) Uredbe 139/2004.

²¹⁹ Član 1 (3) Uredbe 139/2004.

²²⁰ *Gencor Ltd. v Commission*, slučaj T-102/96, 1999. ECR II-00753.

koncentraciju, ali je Komisija EU-a zabranila, sa obrazloženjem da će koncentracija dovesti do kolektivne dominacije na svetskom tržištu, što će kao rezultat imati značajno ograničavanje konkurencije na unutrašnjem tržištu EU-a. Kompanija Genkor je osporila zakonitost odluke Komisije i sa aspekta nepostojanja nadležnosti, pozivajući se na odluku Suda pravde u slučaju Vudpalp. Kompanija je tvrdila da ugovor na osnovu koga je sprovedena koncentracija nije izvršen na unutrašnjem tržištu EU-a, što je bio pravni osnov za Sud pravde za zasnivanje nadležnosti EU organa u slučaju Vudpalp. Kompanija tužilac se pozivala i na činjenicu da se sva proizvodnja učesnika koncentracije odvija izvan EU-a. Sud je odbio ove prigovore, pozivajući se na član 1 Uredbe o kontroli koncentracija, koji ne zahteva da preduzeća učesnici koncentracije moraju biti nastanjena u okviru Zajednice ili da se proizvodne aktivnosti obuhvaćene koncentracijom moraju odvijati unutar teritorije Zajednice, kako bi se smatralo da koncentracija ima komunitarnu dimenziju i, shodno tome, potpala pod oblast primene Uredbe. „Primena Uredbe je opravdana na osnovu međunarodnog javnog prava kada je predvidivo da će predložena koncentracija između preduzeća nastanjenih izvan Zajednice imati neposredan i značajan efekat u okviru Zajednice. Činjenica da su, na svetskom tržištu, ostali delovi sveta pogođeni koncentracijom ne može sprečiti Zajednicu da sprovede svoju kontrolu koncentracije koja značajno pogađa konkurenciju na zajedničkom tržištu stvaranjem dominantne pozicije.“²²¹

Komisija je takođe zabranila koncentraciju dve kompanije sa sedištem u SAD-u, Dženeral Elektrik i Hanivel,²²² a Sud prve instance je potvrdio njenu odluku.²²³ Komisija je svoju nadležnost da odlučuje o predmetnoj koncentraciji zasnovala na kriterijumu ukupnog svetskog prihoda učesnika koncentracije i prihoda koji je ostvaren na tržištu Zajednice, koji su prelazili pragove utvrđene Uredbom o kontroli koncentracija. Učesnici koncentracije nisu pred sudom osporili nadležnost Komisije da odlučuje o koncentraciji.

7.2. Dostavljanje i izvođenje dokaza izvan Evropske unije

Iako Komisija načelno ima nadležnost da donese odluku o povredi članova 101 i 102 UFEU-a na osnovu činjenice da radnja preduzeća nastanjenog izvan unutrašnjeg tržišta EU-a izaziva efekte na konkurenciju na unutrašnjem tržištu, ostaje praktičan problem pokretanja i vođenja postupka protiv preduzeća čije je sedište izvan EU-a, kome se akt o pokretanju postupka mora uredno dostaviti, kako bi se ispoštovalo pravo stranke da ravnopravno učestvuje u postupku (raspravno načelo). Kada u postupku učestvuje matično društvo koje ima zavisno društvo na teritoriji neke od država – članica, Komisija može dostaviti akt kojim se pokreće postupak zavisnom društvu. U slučaju Dajstafs Komisija je obrazložila da je dovoljno da se dostava izvrši na adresu mesta nad kojim adresat ima kontrolu, pozivajući se na odluku Suda pravde iz 1957.²²⁴ Prema stavu Komisije,

²²¹ *Ibidem*, par. 3.

²²² *General Electric/Honeywell*, odluka Komisije COMP/M.2220.

²²³ *General Electric v Commission*, slučaj T-210/01, 2005. ECR II-05575.

²²⁴ *A.L.M.A. v High Authority of the ECSC*, slučaj 8/56, 1957-58. ECR 00095.

zavisna društva nalaze se pod vlašću matičnog društva, te je dostava uredna ako je izvršena zavisnom društvu. U odluci povodom tužbe švajcarske kompanije u istom slučaju, Sud pravde je potvrdio da Komisija ima ovlašćenje da dostavu vrši direktno, putem pošte, licima koja se nalaze izvan teritorije EU-a, te da se takav način dostave ne suprotstavlja principima međunarodnog javnog prava, budući da komunitarni organi pokreću postupak protiv kompanije sa sedištem u trećoj državi zbog njenog ponašanja koje izaziva štetne posledice na unutrašnjem tržištu.²²⁵

Kada je reč o izvođenju dokaza izvan teritorije EU-a, organi EU-a nemaju ovlašćenja da neposredno sprovode procesne radnje na teritoriji država koje nisu članice EU-a. Izuzetak bi mogao biti predviđen međunarodnim ugovorom. Stoga bi se Komisija u slučajevima kada se dokazi nalaze kod lica izvan EU-a morala osloniti na njihovu dobru volju da sarađuju u postupku.

7.3. Razgraničenje nadležnosti između organa EU-a i organa država – članica

Direktna nadležnost organa EU-a da primenjuju pravila konkurencije na preduzeća na unutrašnjem tržištu EU-a, a koje čine teritorije država – članica, otvara pitanje razgraničenja nadležnosti između EU-a i organa država – članica, jer jedno te isto ponašanje preduzeća može predstavljati povredu prava konkurencije EU-a i nacionalnog zakonodavstva država – članica. Na primer, kartel preduzeća iz jedne države – članice ograničava konkurenciju na tržištu te države, ali može ugroziti i konkurenciju na širem tržištu – jedinstvenom tržištu EU-a.

U oblasti restriktivnih sporazuma i zloupotrebe dominantnog položaja, pravo Evropske unije se primenjuje ako su sporazum ili ponašanje preduzeća podobni da ugroze trgovinu između država – članica. Ključan kriterijum za određivanje sfere primene prava konkurencije EU-a je (potencijalni) štetan uticaj sporazuma, odnosno prakse, na prekograničnu trgovinu unutar EU-a.

Pojam trgovine između država – članica se u ovom kontekstu vrlo široko shvata. On se ne odnosi samo na razmenu robe i usluga preko granice, već na svaku prekograničnu privrednu aktivnost, uključujući i privredno nastanjenje.²²⁶ Štaviše, svako ponašanje koje je podobno da utiče na konkurentnu strukturu unutrašnjeg tržišta, eliminacijom konkurenata, obuhvaćeno je pojmom prekogranične trgovine.²²⁷ U slučaju Korin Bodson Sud pravde je našao da uticaj na prekograničnu trgovinu postoji kada zakonski monopol koji uživa grupa preduzeća sa koncesijom za pružanje pogrebnih usluga na teritoriji

²²⁵ *J.R. Geigy AG v Commission*, slučaj 52/69, 1972. ECR 00787, tač. 11.

²²⁶ *Commission Notice: Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*, Službeni list EU C 101, 2004.

²²⁷ *Compagnie Maritime Belge*, slučaj T-24/93, 1996. ECR II-1739;

pojedinih francuskih opština onemogućava prekogranično pružanje tih usluga od strane preduzeća iz drugih država – članica.

Uticao sporazuma ili prakse na prekograničnu trgovinu mora biti izvestan, što se utvrđuje na osnovu objektivnih pravnih ili činjeničnih elemenata, na osnovu kojih se sa dovoljnim stepenom verovatnoće može predvideti uticaj sporazuma ili prakse. Uticaj na tokove prometa između država – članica može biti direktan ili indirektan, stvaran ili potencijalan. To su kriterijumi koje je ustanovio Sud pravde u slučaju iz 1966. godine,²²⁸ a razrađeni su u nizu kasnijih slučajeva. Tako, nije potrebno da sporazum ili praksa stvarno ugrožavaju promet između država – članica, već je dovoljno da postoji mogućnost takvog uticaja: „Činjenica da u određenom trenutku distributeri koji se prijavljuju za prijem u distributivnu mrežu ili koji su već primljeni nisu angažovani u trgovini unutar Zajednice nije dovoljna da isključi mogućnost da će ograničenja njihove slobode delovanja ograničiti trgovinu unutar Zajednice, jer se situacija može menjati iz godine u godinu sa stanovišta izmene uslova ili strukture tržišta, kako na zajedničkom tržištu u celini, tako i na pojedinim nacionalnim tržištima.“²²⁹ Indirektan uticaj na prekograničnu trgovinu može postojati čak i kada sporazum ima za neposredan predmet ograničavanje konkurencije izvan unutrašnjeg tržišta EU-a, kao što je to bilo u pomenutom slučaju Kompani Maritim Belž. Učesnici sporazuma – brodarske kompanije su među sobom podelile brodske rute na linijama iz Evrope prema Africi. Komisija je našla da je sporazum podoban da ugrozi trgovinu između država – članica, jer je posredno uticao na konkuretski položaj evropskih luka, koje su bile krajnje tačke pojedinih brodskih ruta. Uticaj na prekograničnu trgovinu postoji ne samo onda kada se promet između država – članica smanjuje kao posledica sporazuma ili prakse, već i kada se onemogućava njegovo povećanje: „Posebno je važno da li je sporazum podoban da ugrozi, direktno ili indirektno, stvarno ili potencijalno, slobodu trgovine između država – članica na način koji bi mogao naneti štetu postizanju ciljeva jedinstvenog tržišta između država. Tako, činjenica da sporazum podstiče povećanje, čak i veliko, obima trgovine između država, nije dovoljno da isključi mogućnost da će sporazum ugroziti tu trgovinu na gore opisani način. U konkretnom slučaju, sporazum između Grundiga i Konstena koji, sa jedne strane, onemogućava druga preduzeća osim Konstena da uvoze Grundigove proizvode u Francusku i, sa druge strane, zabranjuje Konstenu reeksport tih proizvoda u druge države zajedničkog tržišta, nesporno ugrožava trgovinu između država – članica.“²³⁰

Uticao sporazuma ili prakse na prekograničnu trgovinu mora biti značajan, što se procenjuje uzimanjem u obzir tržišne snage preduzeća, izražene pre svega kroz vrednost prometa,²³¹ a

²²⁸ *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm*, slučaj 56/65, 1966. ECR 235.

²²⁹ *AEG Telefunken AG v Commission*, slučaj 107/82, 1983. ECR 3151.

²³⁰ *Consten and Grundig v Commission*, sjedinjeni slučajevi 56 i 58/64, 1966. ECR 299, 341-342.

²³¹ Tako Komisija smatra da postoji oboriva pretpostavka da je uticaj na trgovinu između država - članica značajan ako je promet preduzeća učesnika restriktivnog sporazuma veći od 40 miliona EUR. *Commission Notice, Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*, Službeni list EU C 101, 2004., par. 53.

kada je reč o restriktivnim sporazumima, na osnovu veličine tržišnog udela učesnika sporazuma.²³² Preduzeća koja se klasifikuju kao mikro, mala ili srednja u smislu propisa EU-a generalno nisu podobna da ugroze trgovinu između država – članica.²³³ Takođe postoji oboriva pretpostavka da sporazum ne utiče značajno na trgovinu između država – članica, ako zajednički tržišni udeo učesnika restriktivnog sporazuma ne prelazi 5%.²³⁴

U skladu sa članom 3 (1) Uredbe 1/2003, pravila konkurencije EU sadržana u članovima 101 i 102 UFEU-a primenjuju se uvek kada je ispunjen uslov mogućnosti uticaja na trgovinu između država – članica. Kako je prethodno već objašnjeno, počev od 2004. godine, nacionalni organi država – članica imaju konkurentnu nadležnost da primenjuju pravila konkurencije EU-a zajedno sa organima EU-a. Ako ustanovi mogućnost uticaja sporazuma ili prakse na trgovinu između država – članica, nacionalni organ dužan je da primeni pravila konkurencije EU-a. Prilikom procene da li sporazum ili praksa ima značajan uticaj na trgovinu između država – članica, pragovi ukupnog prometa i veličine tržišnog udela utvrđeni u obaveštenjima Komisije imaju samo instruktivan značaj, jer obaveštenja Komisije nisu obavezujućeg karaktera.²³⁵ Nacionalni organ ne može zabraniti sporazum primenjući nacionalno zakonodavstvo o konkurenciji, ako sporazum ne ograničava konkurenciju u smislu člana 101 st. 1 UFEU-a²³⁶ ili ispunjava uslove za izuzeće propisane članom 101 st. 3 UFEU-a.²³⁷ Odatle proizlazi da pravila konkurencije EU-a imaju apsolutni primat nad nacionalnim pravilima konkurencije. Izuzetno, nacionalnim zakonodavstvom se mogu propisati strožija pravila kojima se zabranjuje ili sankcioniše individualno ponašanje preduzeća.²³⁸

Kako je već prethodno objašnjeno, u oblasti kontrole koncentracija kriterijum za razgraničenje nadležnosti Komisije jeste „komunitarna dimenzija koncentracije“, koja se utvrđuje primenom pragova ukupnog godišnjeg prihoda preduzeća učesnika koncentracije iz člana 1 st. 2 i 3 Uredbe 139/2004. Izuzetno, ukoliko učesnici koncentracije obrazlože u svojoj prijavi da koncentracija može značajno ugroziti konkurenciju na tržištu jedne države – članice koje ima sve osobine zasebnog tržišta, Komisija može, uz saglasnost nadležnog organa odgovarajuće države – članice, preneti u celini ili delimično predmet u nadležnost nacionalnog organa, kako bi ga on rešio primenjujući nacionalno zakonodavstvo o kontroli koncentracija.²³⁹

²³² *Communication from the Commission, Notice on the agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Art. 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, Službeni list EU C 291, 2014.

²³³ *Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises*, Službeni list EU L 14, 2003.

²³⁴ Tzv. NAAT pravilo (skraćeniica od engleskih reči *No Appreciable Affect on Trade*), par. 4 *De Minimis Notice*.

²³⁵ *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence and Others*, slučaja 226/11, 2012. ECLI:EU:C:2012:795, par. 31.

²³⁶ *Ibidem*, par. 20.

²³⁷ Član 3 stav 2 Uredbe 1/2003.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ Član 4 stav 4 Uredbe 139/2004.

8. Stvarna primena prava konkurencije Evropske unije

Pravo konkurencije EU-a se generalno primenjuje u svim oblastima privrede i na sve privredne aktivnosti, što proizlazi iz člana 3 tač. b) UFEU-a, kojim se EU-u poverava isključiva nadležnost da ustanovljava pravila konkurencije neophodna za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Navedeni stav nepodeljeno je zastupljen u literaturi,²⁴⁰ a više puta ga je potvrđivao i Sud pravde u svojim odlukama.²⁴¹

8.1. Izuzeti sektori

Izuzimanje privrednog sektora iz područja primene prava konkurencije EU-a mora biti eksplicitno predviđeno Ugovorom. To je slučaj sa sektorom poljoprivrede, za koji je u članu 42 UFEU-a predviđeno da se pravila konkurencije primenjuju u tom sektoru samo u granicama postavljenim aktima koje donose Evropski parlament i Savet, uzimajući u obzir ciljeve zajedničke poljoprivredne politike utvrđene u članu 39 UFEU-a. Modifikacije u primeni pravila konkurencije predviđene su samo u odnosu na pojedine vrste poljoprivrednih proizvoda, utvrđene Uredbom 1308/2013 o zajedničkoj organizaciji tržišta poljoprivrednih proizvoda.²⁴² Na sve ostale vrste poljoprivrednih proizvoda pravila konkurencije EU-a se generalno primenjuju, na osnovu člana 206 Uredbe 1308/2103.

Drugi izuzetak je oblast proizvodnje i trgovine naoružanjem, municijom i vojnim materijalom. U toj oblasti države – članice su slobodne da donose mere koje su neophodne za njihovu bezbednost, ali pod uslovom da se tim merama ne utiče na uslove konkurencije na unutrašnjem tržištu u pogledu proizvoda koji nisu isključivo namenjeni za vojnu upotrebu.²⁴³

Treći izuzetak su usluge od opšteg ekonomskog interesa i finansijski monopoli, pod uslovima navedenim u članu 106 st. 2, o čemu je prethodno već bilo reči.

²⁴⁰ Vidi za sve Schröter, Jakob, Mederer, *op.cit.*, s. 115.

²⁴¹ *Ministère public v Lucas Asjes et al., Andrew Gray et al., Jacques Maillou et al. and Leo Ludwig et al.*, sjedinjeni slučajevi 209-213/84, 1986. ECR 1425; *Verband der Sachversicherer e.V. v Commission*, slučaj 45/85, 1987. ECR 405.

²⁴² *Regulation 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products*, Službeni list EU L 347, 2013.

²⁴³ Član 346 stav 1. Lista proizvoda obuhvaćenih ovim izuzećem je utvrđena aktom Saveta, koji je ovlašćen da usvaja izmene liste, jednoglasno usvojenom odlukom koju donosi na predlog Komisije.

8.2. Primena pravila konkurencije u regulisanim sektorima

Pitanje primene pravila konkurencije EU-a u pojedinim privrednim sektorima aktualizovano je u procesu njihove liberalizacije. U privrednim oblastima u kojima su u većini država – članica tradicionalno postojali zakonski monopoli, kao što su telekomunikacije, proizvodnja i promet električne energije i prirodnih energenata, saobraćaj, poštanske usluge, finansijske usluge i dr., Komisija EU-a je još tokom osamdesetih godina prošlog veka započela sistematsku politiku otvaranja tržišta za konkurenciju, oslanjajući se na ovlašćenja koja su joj data članom 106 stav 3 UFEU-a.²⁴⁴ U periodu prelaska pojedinog privrednog sektora iz stanja monopola u stanje pune konkurencije, neophodna je primena odgovarajućih regulatornih mera. Tim merama se stavlja pod kontrolu ponašanje preduzeća koje još uvek uživa faktički monopol na tržištu, bez obzira da li je još uvek u državnom vlasništvu ili je privatizovano, kako bi se sprečilo da primenjuje prakse koje onemogućuju dolazak i jačanje nove konkurencije. Regulatorne mere u pojedinim privrednim sektorima donose i primenjuju najčešće posebni regulatorni organi država – članica, a u skladu sa regulatornim paketima direktiva koje donosi Komisija EU-a. Tim merama uređuju se obaveze za preduzeća sa značajnom tržišnom snagom, među kojima mogu biti obaveza ustupanja infrastrukturnih objekata pod njegovom kontrolom drugim preduzećima na tržištu, obaveza pružanja usluga od opšteg ekonomskog interesa, obaveza ravnopravnog postupanja prema svim kupcima, odnosno korisnicima usluga, regulisanje cena na veleprodajnom ili maloprodajnom nivou, itd. Osim toga, u pojedinim sektorima u kojima postoji efektivna konkurencija, ponašanje preduzeća je podvrgnuto regulisanju i kontroli, sa ciljem zaštite opštih interesa i interesa potrošača. Primer za to su finansijske usluge (bankarstvo i osiguranje), zdravstvene usluge i sl.

8.2.1. Telekomunikacije

Osnovno pitanje koje se u vezi sa tim postavlja jeste ima li mesta primeni pravila konkurencije ako je tržišno ponašanje preduzeća u određenom sektoru regulisano? Navedeno pitanje postavljeno je više puta u praksi evropskih organa.

Stav Suda pravde je da se članovi 101 i 102 UFEU-a odnose na ponašanje preduzeća ukoliko ga ono samoinicijativno upražnjava, u okvirima autonomnog tržišnog ponašanja koje mu je ostavljeno nacionalnim zakonodavstvom: „Ako je nekonkurentno ponašanje zahtevano od preduzeća nacionalnim zakonodavstvom ili ono stvara pravni okvir koji eliminiše svaku mogućnost konkurentne aktivnosti preduzeća, članovi 85 i 86 (sadašnji 101 i 102, prim. aut.) se ne primenjuju. U takvoj situaciji, ograničenje konkurencije se ne može pripisati, jer te odredbe to implicitno zahtevaju, autonomnom ponašanju

²⁴⁴ Vid. D. Marković-Bajalović, *Pravni aspekti liberalizacije...*, op. cit., s. 114-128.

preduzeća... Članovi 85 i 86 se mogu, ipak, primeniti, ako se ustanovi da nacionalno zakonodavstvo ne onemogućava preduzeća da se angažuju u autonomnom ponašanju koje sprečava, ograničava ili narušava konkurenciju.²⁴⁵

Slučaj Dojče Telekom²⁴⁶ osvetljava opisanu situaciju. Slučaj koji je vodila Komisija EU-a odnosio se na praksu dominantnog nemačkog telekomunikacionog operatera da sprečava ulazak na tržište konkurentskih operatera primenom taktike „cenovnih makaza“ (eng. *margin squeeze*). Taktika je karakteristična upravo za regulisana tržišta, kakvo je tržište telekomunikacija, na kome je operater sa značajnom tržišnom snagom podvrgnut kontroli cena na veleprodajnom i maloprodajnom nivou. Dominantni telekomunikacioni operater na tržištima koja su otvorena za konkurenciju po pravilu kontroliše najveći deo infrastrukture, koja je izgrađena u vreme dok je raspolagao zakonskim monopolom. Sektorska regulativa ga obavezuje da telekomunikacionu infrastrukturu ustupi na korišćenje konkurentskim operaterima, kako bi se na taj način uvela konkurencija u maloprodaji. Veleprodajne cene (cene iznajmljivanja linija konkurentima radi pružanja maloprodajnih usluga, prenosa poziva i podataka preko svoje mreže i sl.) su regulisane. U slučaju nemačkog telekomunikacionog tržišta bile su utvrđene u fiksnoj iznosu. Cene u maloprodaji, tj. cene koje dominantni operater naplaćuje krajnjim korisnicima telefonskih i drugih usluga, takođe su bile regulisane, ali tako što je nemačko regulatorno telo propisivalo samo maksimalne cene, kako bi se zaštitili potrošači od eksploatacije od strane Dojče Telekom. Taktika cenovnih makaza se sastoji u tome da dominantni operater snižava cene u maloprodaji, što je, na prvi pogled, u interesu potrošača, koji plaćaju niže cene maloprodajnih usluga. Međutim, to može stvoriti probleme konkurentskim operaterima, koji nemaju kontrolu nad troškovima infrastrukture, jer su prinuđeni da kupuju usluge korišćenja infrastrukture od dominantnog operatera. Dominantni operater, koji posluje i na veleprodajnom i na maloprodajnom nivou, može sebi da dopusti gubitke u maloprodaji, pokrivajući ih prihodima iz veleprodaje (tzv. unakrsna subsidizacija). Nezavisni operateri redovno nemaju odakle da pokriju gubitke koje trpe zbog male razlike između veleprodajne i maloprodajne cene usluga i prinuđeni su da napuste tržište. Dugoročno, štetu ipak trpe krajnji korisnici, jer kada nezavisni operateri napuste tržište, dominantni operater ne mora više da vodi računa o konkurenciji i može ponovo da poveća maloprodajne cene. Komisija je našla da takvo ponašanje predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja i kaznila je Dojče Telekom.

Dojče Telekom, u postupku pred Opštim sudom po tužbi na odluku Komisije, pozivao se na činjenicu da su njegove cene bile regulisane od strane nacionalnog regulatornog organa i, štaviše, da je taj organ postupajući po pritužbama nezavisnih operatera, našao da razlika između veleprodajne i maloprodajne cene još uvek ostavlja dovoljno prostora nezavisnim operaterima da se takmiče na tržištu fiksne telefonije, jer mogu da pokrivaju svoje

²⁴⁵ *Commission and French Republic v Ladbroke Racing*, sjedinjeni slučajevi C-359/95 i C-379/95, 1997. ECR I-6265, par. 32-33.

²⁴⁶ *Deutsche Telekom AG v Commission*, slučaj T-271/03, 2008. ECR II-00477.

troškove prihodima od drugih usluga koje pružaju (drugim rečima, da i oni vrše unakrsnu subsidizaciju). Opšti sud nije prihvatio ovaj argument, ističući da nacionalni regulatorni organi postupaju u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom i ostvaruju ciljeve koji su tamo utvrđeni. Bundesnecagentur (nem. *Bundesnetzagentur*, regulatorni organ u infrastrukturnim delatnostima, prim. aut.) nije primenjivao pravila konkurencije EU-a, a čak i da ih je primenjivao, Komisija nije bila vezana njegovom odlukom. Sud je ostao pri stavu da se članovi 101 i 102 primenjuju uvek kada nacionalna regulativa ostavlja preduzeću sferu slobodnog tržišnog ponašanja. Ključno je za Sud bilo pitanje da li je sektorska regulativa u konkretnom slučaju ostavljala mogućnost Dojče Telekomu da utvrđuje cene na nivou na kom bi mogao da okonča svoju praksu cenovnih makaza ili bi je makar ublažio. Sud je našao da je Dojče Telekom imao mogućnost da traži odobrenje od regulatora za promenu cena. Opšti sud oslonio se na stav Saveznog suda Nemačke, koji je rešavajući u istom predmetu istakao da je Dojče Telekom bio dužan da traži dozvolu od regulatora za promenu cena na maloprodajnom nivou. Pošto to nije učinio, Opšti sud je našao da je Dojče telekom imao dovoljnu diskreciju u poslovanju, koja mu je omogućavala da izbegne eliminatornu cenovnu politiku.²⁴⁷ Sud pravde je u postupku po apelaciji potvrdio odluku Opšteg suda, ukazujući na razliku koja postoji u situaciji kada sektorska regulativa lišava preduzeće svake slobode u donošenju poslovnih odluka i u situaciji kada ona „samo ohrabruje ili olakšava preduzećima da se angažuju u samostalnom nekonkurentnom ponašanju.“²⁴⁸ Samo u prvom slučaju preduzeće izmiče zabrani utvrđenoj članovima 101 i 102 UFEU-a, dok se u drugom slučaju te odredbe na njega primenjuju.

8.2.2. Finansijske usluge

Pitanje izuzeća bankarskog sektora od opštih pravila konkurencije EU bilo je predmet razmatranja u slučaju Gerhard Cihner.²⁴⁹ Tužilac je podneo tužbu protiv nemačke banke osporavajući visinu naknada za transfer novca svojih klijenata u Italiju, smatrajući da se na taj način krše pravila konkurencije. Tužena banka je u svoju odbranu isticala argument da su banke preduzeća kojima je povereno obavljanje usluge od opšteg ekonomskog interesa, imajući u vidu značaj njihovih usluga i posebnu ulogu u obavljanju transfera novca, te da su stoga izuzete od primene pravila konkurencije. Sud pravde je odbio ovaj argument, jer činjenica da banke igraju ključnu ulogu u međunarodnom transferu novca njihovih klijenta i da je ta aktivnost obuhvaćena načelom slobode kretanja kapitala iz člana 63 UFEU-a i regulisana merama koje EU usvaja na osnovu ovlašćenja regulisanih u posebnom poglavlju UFEU-a posvećenom ekonomskoj i monetarnoj politici (Naslov VIII), nije sama po sebi dovoljna da opravda izuzeće od primene pravila konkurencije. Kada se tuženo preduzeće, pa i banka, poziva na izuzeće po osnovu člana 106 st. 2 UFEU-a, neophodno je da dokaže da je pružanje određene usluge povereno od strane javne vlasti i da bi primena pravila konkurencije onemogućila njeno pružanje.

²⁴⁷ Par. 124.

²⁴⁸ *Deutsche Telekom v Commission*, odluka Suda pravde po žalbi C-280/08, 2010. ECR I-09555, par. 82.

²⁴⁹ *Gerhard Zuechner v. Bayerische Vereinsbank AG*, slučaj C 172/80, 1981. ECR 2021.

Stav Evropskog suda je potvrđen i u slučaju Savez osiguravača stvari,²⁵⁰ kada je istaknuto da ne postoji odredba UFEU-a koja bi isključila delatnost osiguranja iz oblasti primene pravila konkurencije. U nedostatku takve odredbe, pravila konkurencije se primenjuju na delatnost osiguranja jednako kao i na ostale privredne aktivnosti.

Finansijski sektor je poslednje dve decenije bio više puta pod lupom Komisije EU-a. Komisija je analizirala praksu banaka da međusobno dogovaraju visinu naknada za kartično plaćanje, kao i visinu naknada koje međunarodni sistem Viza obračunava bankama. U slučaju Masterkard, Komisija je utvrdila da je asocijacija Masterkard povredila član 101 utvrđujući minimalnu visinu naknada koje banke izdavaoci kartica naplaćuju bankama kod kojih trgovci imaju otvorene račune, za usluge prekograničnog plaćanja putem Masterkarda. Poslovne banke te naknade zaračunavaju trgovcu od koga je potrošač kupio robu ili usluge plaćajući karticom, a trgovci prelivaju taj trošak na potrošače, povećavajući cenu robe i usluga u maloprodaji. Komisija je ustanovila da naknada nije imala objektivno opravdanje u troškovima koje su banke snosile da bi pružile tu uslugu. Evropski sud potvrdio je odluku Komisije u postupku po žalbi,²⁵¹ a asocijacija Masterkard je snizila visinu naknada.

²⁵⁰ *Verband der Sachversicherers v. Commission*, slučaj C 45/85, 1987. ECR 405

²⁵¹ *MasterCard and Others v Commission*, slučaj T-111/08, 2012. ECR 260; odluka Suda pravde po žalbi C-382/12 P od 11.09.2014.

9. Relevantno tržište

Koncept relevantnog tržišta je od izuzetnog značaja za pravilnu primenu prava konkurencije. To je analitičko sredstvo, koje omogućuje da se lakše proceni položaj određenog preduzeća u konkurenciji i efekti njegovog ponašanja na tržištu. U postupku primene prava konkurencije, određivanje relevantnog tržišta je redovno prva radnja. Pomoću nje se određuju konkurentski pritisci kojima je preduzeće, učesnik postupka, izloženo i usmerava se dalje istraživanje na one segmente tržišta na kojima to preduzeće stupa u odnose konkurencije i poslovne transakcije sa svojim kupcima ili dobavljačima.

Praksa određivanja relevantnog tržišta posledica je uticaja koji je harvardski koncept o odnosu tržišne strukture, ponašanja i rezultata odigrao na razvoj prava konkurencije. Polazni stav Harvardske škole je da određena struktura tržišta izaziva određena tržišna ponašanja koja, zatim, donose odgovarajuće tržišne rezultate. Odatle sledi da se u ispitivanju svakog konkretnog slučaja u oblasti prava konkurencije mora poći od analize strukture tržišta na kome posluju njegovi akteri. Ona podrazumeva određivanje kruga konkurenata i njihovog položaja u konkurenciji. Iako se može reći da se, u određenoj meri, sva preduzeća nalaze u međusobnoj konkurenciji, koncept relevantnog tržišta podrazumeva određivanje najužeg kruga konkurenata, onih koji se neposredno međusobno takmiče za određenu grupu kupaca. To ne znači da će širi krug konkurenata biti u potpunosti izostavljen iz analize, već da će se analiza u prvoj fazi usmeriti na taj najuže određeni krug konkurenata. Ako se već u prvoj fazi pokaže da nema mesta zabrinutosti za stanje konkurencije ili efekte određenog ponašanja na to stanje, onda nema potrebe da se ide dalje sa analizom, upravo zbog činjenice da je za osnov analize uzeto najuže određeno tržište. Naprotiv, ako prva analiza relevantnog tržišta pokaže da ne postoji delotvorna konkurencija, zbog toga što jedno ili nekolicina preduzeća na tržištu imaju mogućnost da utiču svojim ponašanjem na cene i obim ponude, onda je svakako potrebno nastaviti proces analize, kako bi se uočili faktori koji potvrđuju ili opovrgavaju početnu pretpostavku. Imajući navedeno u vidu, ne treba pre naglašavati značaj preciznog određivanja relevantnog tržišta, jer to u praksi neće uvek biti moguće.²⁵² Mnogo je značajnije pravilno identifikovati konkurentski pritisak koji preduzeće trpi, što se može učiniti prilikom određivanja relevantnog tržišta ili u kasnijoj fazi postupka, o čemu će dalje biti više reči.²⁵³

²⁵² U praksi, odluke organa koji se bave zaštitom konkurencije najčešće se osporavaju upravo sa aspekta određivanja relevantnog tržišta. Ako se radnja određivanja relevantnog tržišta shvati kao analitičko sredstvo u postupku ocene stanja konkurencije, odnosno efekata određenog ponašanja na to stanje, tada se i njegov značaj za ishod postupka relativizuje. Kako ćemo kasnije pokazati, greške prilikom određivanja relevantnog tržišta koja su uočene u praksi organa sa velikim iskustvom u ovoj oblasti išle su u korist tuženog preduzeća.

²⁵³ ABA Section on Antitrust Law, *Market Power Handbook*, Chicago 2005. s. 70.

Određivanje relevantnog tržišta je neizbežno u postupcima za utvrđivanje zloupotrebe dominantnog položaja i postupcima kontrole koncentracija. Koncept dominantnog položaja, koji ćemo nešto kasnije detaljnije obrazložiti, počiva na pretpostavci da preduzeće svoju ekonomsku moć ispoljava na određenom relevantnom tržištu, jer se tržišna dominacija ne meri apsolutnim veličinama kao što su ukupan prihod ili neto profit preduzeća, već relativnim veličinama, koje se iskazuju u odnosu na određeno tržište (tržišni udeli). Određivanje relevantnog tržišta neophodno je i da bi se pravilno procenile posledice ponašanja, za koje se smatra da predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Posledice zloupotrebe dominantnog položaja takođe se ispoljavaju na određenom tržištu, u vidu ograničenja ili eliminisanja konkurencije i određivanja nivoa cena i obima ponude od strane dominantnog preduzeća. U oblasti kontrole koncentracija, određivanje relevantnog tržišta neophodno je da bi se procenio položaj u konkurenciji preduzeća, učesnika koncentracije, pre koncentracije i nakon njenog sprovođenja, kako bi se procenili efekti koncentracije na stanje konkurencije, a time i na nivo cena i obim ponude. Konačno, u oblasti restriktivnih sporazuma, određivanje relevantnog tržišta je u većini slučajeva potrebno, jer se efekti restriktivnih sporazuma ne mogu pravilno utvrditi ako se prethodno ne odredi koje tržište je pogođeno radnjama izvršenja sporazuma. U manjem broju slučajeva, koji se odnose na ciljna sporazumna ograničenja konkurencije, određivanje relevantnog tržišta nije neophodno da bi se utvrdila protivpravnost sporazumnih ograničenja, ali će biti potrebno kako bi se odmerila šteta izazvana njihovim izvršavanjem.

Proces određivanja relevantnog tržišta može biti relativno jednostavan ili veoma složen. U pojedinim slučajevima biće dovoljno primeniti pravila logičkog rasuđivanja, dok je u nekim drugim neophodno sprovesti složene ekonomske analize.

Relevantno tržište ima nekoliko dimenzija: stvarnu ili proizvodnu, geografsku i vremensku dimenziju. Tržište proizvoda (stvarno tržište) odnosi se na skup proizvoda (robu ili usluge) koji se nalaze u međusobnoj konkurenciji. Geografsko tržište obuhvata teritoriju ili prostor na kome se odvija konkurencija proizvoda koji pripadaju istom relevantnom tržištu proizvoda. Vremensko tržište odnosi se na periode tokom kojih se odvija konkurencija odnosnih proizvoda. Određivanje relevantnog proizvodnog i geografskog tržišta je uvek obavezno, dok se u pojedinim slučajevima može pokazati da je značajno da se odrede i granice vremenskog tržišta. U cilju lakšeg razumevanja pojmova relevantnog tržišta u njegovom proizvodnom, geografskom i vremenskom smislu, poslučićemo se izmišljenim primerom slučaja zloupotrebe dominantnog položaja:

Proizvođaču jestivog suncokretovog ulja „Sunčev cvet“, stavljeno je na teret da pokušava da eliminiše svoje konkurente sa tržišta tako što obara maloprodajne cene ispod nivoa koji oni mogu da podnesu, jer ne pokrivaju ni minimalne troškove poslovanja (predatorska praksa). Organ nadležan za zaštitu konkurencije mora najpre da utvrdi da li je proizvođač protiv koga vodi postupak dominantan na tržištu, jer je to nužan uslov za protivpravnost

radnje navodne zloupotrebe. Kako bi utvrdio postojanje dominacije, nadležni organ mora poći od analize tržišta na kome „Sunčev cvet“ posluje. Analiza treba da pokaže tržišnu poziciju „Sunčevog cveta“ i potvrdi ili, eventualno, opovrgne polaznu pretpostavku o njegovoj tržišnoj dominaciji.

Jestivo ulje je po svojim fizičkim karaktistikama i načinu upotrebe osoben proizvod. Jestivo ulje dobija se ekstrakcijom iz semena pojedinih biljaka i koristi se za ljudsku ishranu, u pripremi kuvanih i prženih jela, ili kao dodatak salatama. Na prvi pogled, reklo bi se da su svi proizvođači jestivog ulja jedan drugom konkurenti, odnosno da svi oni čine jedno relevantno tržište proizvoda. Malo detaljnija analiza pokazala bi da postoje različite vrste ulja, od suncokretovog semena, semenki bundeve, grožđa, od masline, dobijenih primenom različitih tehnoloških procesa, ceđenjem na hladno ili industrijskim načinom, da se ulje pakuje u različite vrste pakovanja i da se prodaje za upotrebu u porodičnim domaćinstvima, velikim potrošačima (hoteli, restorani, bolnice, škole) i industrijskim prerađivačima. Nadležni organ može se, na primer, zapitati da li proizvođači maslinovog ulja konkurišu proizvođačima suncokretovog i drugih vrsta ulja? Pojedine vrste ulja se mogu koristiti i za kuvanje i prženje, dok se druge vrste preporučuju samo za upotrebu u salatama. Neke vrste ulja preporučuju se u dijetalnoj ishrani, dok se druge koriste u svakodnevnoj ishrani. Maslinovo ulje, ulje od bundeve ili semenki grožđa mnogo je skuplje od suncokretovog ulja. Pojednim grupama kupaca nije svejedno koju vrstu ulja kupuju kako zbog njihovih osobina i načina upotrebe, tako i zbog cene, te ih ne smatraju međusobno zamjenjivim proizvodima. Takođe se može postaviti pitanje da li je položaj proizvođača ulja u konkurenciji isti, bilo da prodaju ulje kupcima koji ga koriste za ličnu potrošnju, bilo da ga prodaju kupcima koji ga koriste u proizvodnji hrane? Ovi prvi kupuju češće, manje količine ulja, a njegova distribucija je u tom slučaju skuplja. Ovi drugi kupuju odjednom, veće količine u pakovanjima koja su prilagođena njihovim potrebama, pa je prodajna cena, zbog manjih troškova distribucije, značajno manja. No, tu nije kraj, jer se nadležni organ suočava sa problemom da se na tržištu povremeno nalazi u ponudi jestivo ulje proizvođača iz susednih zemalja. Oni su se u prošlosti koristili činjenicom da „Sunčev cvet“ diktira cene ulja i, uprkos troškovima prevoza i carine, prodavali ulje iz uvoza uvek kada bi „Sunčev cvet“ digao cene svog ulja za više od 10%, što je doprinisilo da cena ulja padne, ali samo kada je reč o prodaji ulja za upotrebu u domaćinstvima, jer veliki potrošači imaju zaključene dugoročne ugovore o snabdevanju sa „Sunčevim cvetom“ po unapred određenoj ceni.

9.1. Metodologija određivanja relevantnog tržišta

Prvi metodološki koncept od koga se u praksi pošlo prilikom određivanja relevantnog tržišta bio je koncept međusobne funkcionalne zamenjivosti proizvoda posmatrano sa aspekta njihove tražnje. Koncept funkcionalne zamenjivosti osmišljen je najpre u praksi američkog Vrhovnog suda,²⁵⁴ da bi kasnije bio prihvaćen i u evropskoj praksi. U nemačkom pravu koncept funkcionalne zamenjivosti sreće se pod nazivom *Bedarfsmarkt-konzept*, ili koncept tržišta tražnje.²⁵⁵ Proizvodi su međusobno zamenjivi sa stanovišta njihovih kupaca ako imaju iste ili slične fizičke karakteristike, ako imaju istu namenu i ako su im cene približne. Međutim, ekonomska teorija je relativno brzo osporila ovaj način određivanja relevantnog tržišta, jer on može dovesti do grešaka, koje imaju za posledicu da se tržište određuje suviše široko, ili suviše usko. Mehaničko razlikovanje proizvoda zbog razlika u njihovim fizičkim karakteristikama, načinu upotrebe i ceni ne mora biti presudno za određivanje granica relevantnog tržišta. Često proizvodi vrlo različitog kvaliteta konkurišu jedan drugom, ili proizvodi koji su bliski supstituti imaju različite cene.

Sa stanovišta ekonomske teorije, za određivanje granica relevantnog tržišta nisu toliko bitne objektivne karakteristike proizvoda u pitanju, iako se od njih nesporno mora poći u analizi kako bi se definisale početne pretpostavke o granicama relevantnog tržišta. Mnogo je značajnije ponašanje kupaca, koji u kupovini biraju odnosne proizvode (redovno upravo na osnovu navedenih faktora), pokazujući time da su oni za njih u većoj ili manjoj meri zamenjivi. U skladu sa tim jedan proizvod može ulaziti u krug jednog, dva ili više tržišta proizvoda, ili geografskih tržišta, jer može da zadovolji različite potrebe kupaca i različite kategorije ili grupe kupaca. U našem primeru, kupac koji kupuje ulje za pripremu jela prženjem biraće samo između onih vrsta ulja koja podnose visoku temperaturu. Kupac koji koristi ulje za salatu uzeće u obzir druge vrste ulja. Kupci koji kupuju ulje na veliko, radi korišćenja u sopstvenoj proizvodnji, mogu kupovati ulje i od proizvođača koji su relativno udaljeni, jer troškovi prevoza imaju mali udeo u ukupnoj ceni nabavke. Kupci koji kupuju ulje za ličnu potrošnju u domaćinstvima, kupovinu redovno obavljaju na užem geografskom prostoru, krećući se u granicama jedne opštine ili grada. Zbog toga će geografsko tržište za ulje u veleprodaji po pravilu biti izjednačeno sa granicama jedne države, ili čak i šire, dok se tržište maloprodaje redovno svodi na područje opštine ili grada, pa čak i uže od toga. U određenim slučajevima čak i grupa proizvoda (robe i usluga) može činiti relevantno tržište, jer kupci imaju potrebe za nabavkom komplementarnih proizvoda. Tipičan primer su tržišta maloprodaje široke potrošnje, gde se relevantno tržište određuje prema kategorijama maloprodajnih objekata, zbog činjenice da svaka kategorija objekta (npr. hipermarketi, samousluge, specijalizovane prodavnice) nudi različiti skup robe i usluga.

²⁵⁴ Vidi niže, slučaj U.S. v. E.I. Du Pont.

²⁵⁵ U. Imennga, E.L. Mestmäcker, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München 2001. s. 583-584. U literaturi izvan nemačkog područja se ističe da se koncept funkcionalne zamenjivosti zasniva na standardu „razumnog potrošača“, koji ništa ne govori o tome kakvo je stvarno ponašanje (dakle i nerazumnih) kupaca. Štaviše, ukazuje se da se prosečan kupac uopšte ne ponaša razumno. Bishop, Walker, *op. cit.*, s. 71-72.

Koncept koji je osmišljen u ekonomskoj teoriji jeste u osnovi koncept funkcionalne zamenjivosti sa aspekta tražnje, ali počiva na drugačijim metodološkim postavkama, jer je njegova svrha da se utvrdi odakle stvarno dolaze konkurentski pritisci na proizvođača odnosno proizvoda. Zbog toga se ispituje kako kretanje cena (porast ili smanjenje) jednog proizvoda utiče na tražnju drugog (drugih) proizvoda (relevantno tržište proizvoda) ili na tražnju na drugim područjima (relevantno geografsko tržište.) Ako porast cene jednog od proizvoda utiče na kupce da se opredele za kupovinu drugih proizvoda iz grupe, tražnja za prvim proizvodom iz grupe će opasti, dok će tražnja za drugim proizvodima porasti. Proizvođač prvog proizvoda oseća konkurentski pritisak od strane proizvođača drugih proizvoda iste grupe, jer ako pokuša da poveća cenu svog proizvoda, to će se odraziti na obim prodaje, koji će opasti, dok će porasti prodaja proizvođača ostalih proizvoda iz iste grupe koji nisu povećali cene. Ekonomskim rečnikom rečeno, između proizvoda koji pripadaju istom relevantnom tržištu proizvoda postoji visoka unakrsna elastičnost tražnje, jer i srazmerno malo povećanje cene jednog proizvoda vodi velikom porastu tražnje za drugim proizvodima. U našem primeru proizvođača jestivog ulja to bi izgledalo ovako. Ako „Sunčev cvet“ proizvodi jestivo suncokretovo ulje, onda je sasvim izvesno da se njegov proizvod nalazi u konkurenciji sa ostalim jestivim uljima od suncokreta drugih proizvođača. Manje je verovatno da se jestivo ulje od suncokreta nalazi u konkurenciji sa drugim jestivim uljima, zbog toga što je suncokretovo ulje mnogo jeftinije i ima praktično univerzalnu namenu u ljudskoj ishrani, dok ostala jestiva ulja koriste za dijetalnu ishranu i ishranu bolesnika, a pojedina od njih se ne mogu koristiti za prženje, već samo za salate. Stoga proizvođači ulja od suncokreta mogu da podignu cenu svog ulja prilično visoko, a da se kupci i dalje ne odlučuju za kupovinu drugih vrsta ulja. Između ulja od suncokreta i ostalih vrsta jestivog ulja postoji mala unakrsna elastičnost tražnje. Zbog toga ona ne pripadaju istom relevantnom tržištu proizvoda.

Ista metodologija koristi se i prilikom određivanja geografskog tržišta. Recimo da proizvođač „Sunčev cvet“ praktikuje da cenu svog proizvoda formira prema platežnoj moći kupaca i stanju konkurencije u pojedinim gradovima. U gradu na severu zemlje kupci su bogatiji nego u gradu na jugu. U gradu na severu ponuda ulja drugih proizvođača nije velika, jer su njihove fabrike locirane na jugu zemlje i troškovi dopremanja proizvoda u grad na severu opterećuju cenu proizvoda. Sve to doprinosi da je cena ulja u gradu na severu viša od od cene ulja u gradu na jugu. Ako proizvođač „Sunčev cvet“ može da podigne cenu ulja u gradu na severu za izvestan veći procenat (npr. više od 10%), a da ne oseti pad prometa, jer kupcima iz grada na severu nije isplativo da putuju na jug da bi kupovali ulje, onda grad na severu predstavlja zasebno relevantno geografsko tržište, dok je grad na jugu drugo relevantno geografsko tržište. U svakom od njih uslovi konkurencije su različiti, pa je „Sunčev cvet“ izložen različitim konkurentskim pritiscima.

Pod određenim okolnostima prilikom određivanja relevantnog tržišta uzima se u obzir i zamenjivost sa strane ponude. U našem primeru, uvek kada je proizvođač „Sunčev cvet“ povećavao cenu za 10%, na tržište su vrlo brzo stupali proizvođači ulja iz okolnih zemalja, koji su hteli da uzmu za sebe deo kolača i prodaju svoje ulje po višoj ceni. To znači da proizvođač „Sunčev cvet“ prilikom donošenja odluke o povećanju cene svog ulja mora da razmišlja ne samo o efektu koji će njegovo ponašanje izazvati na strani tražnje, jer će se kupci opredeliti za kupovinu ulja drugih proizvođača, već i na strani ponude, jer će privući druge proizvođače, čime će se ukupan obim ponude uvećati i cena će neminovno pasti. On je izložen konkurentskom pritisku ne samo proizvođača koji trenutno prodaju suncokretovo ulje, već i onih proizvođača koji mogu u kratkom roku da ponude isti proizvod, jer mora uzeti u obzir njihovu reakciju na svoju eventualnu odluku o povećanju cene ulja.

Opisani analitički postupak čini osnovu metodologije koja se danas u praksi redovno primenjuje, pod nazivom Test pretpostavljenog monopoliste ili SSNIP test (skraćeni naziv od engleskog naziva *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*). Test je prvi put uveden u pravo konkurencije u američkoj praksi početkom osamdesetih godina prošlog veka, iako je u teoriji bio poznat mnogo ranije.²⁵⁶ Danas je široko prihvaćen u uporednom zakonodavstvu i smatra se pouzdanim metodom za određivanje relevantnog tržišta. On počiva na pretpostavci da relevantno tržište čini skup proizvoda i teritorija koja su vredni monopolisanja. U našem primeru, ako bi pretpostavili da jestivo suncokretovo ulje, umesto proizvođača „Sunčevog cveta“ i njegovih konkurenata, prodaje samo jedan proizvođač, čak i značajnije podizanje cene ulja ne bi imalo za posledicu osetan pad tražnje, jer bi se samo neznatan broj kupaca opredelio za kupovinu drugih vrsta jestivih ulja. Sledi zaključak da je tržište jestivog suncokretovog ulja vredno monopolisanja, te da se samo ulja od suncokreta različitih proizvođača nalaze u konkurenciji. Naprotiv, ako bi analiza pokazala da monopolski proizvođač ulja od suncokreta ne može da povećava cenu ulja, jer bi se kupci u značajnijem broju okrenuli kupovini drugih vrsta ulja, pa bi monopolista pretpreo pad profita, koji bi poništio svu dobit od povećane cene, to bi značilo da monopolski proizvođač suncokretovog ulja trpi konkurenciju proizvođača drugih vrsta ulja. Ako bi on bio izložen konkurentskom pritisku proizvođača drugih vrsta ulja, tim pre naš proizvođač „Sunčev cvet“ ne bi mogao da poveća cenu svog ulja a da mu to bude isplativo, jer je izložen konkurenciji ostalih proizvođača ulja od suncokreta i proizvođača ostalih vrsta jestivog ulja. U prvom slučaju, relevantno tržište proizvoda čine samo proizvođači jestivog ulja od suncokreta. U drugom slučaju, u relevantno tržište proizvoda moraju se uključiti i proizvođači ostalih vrsta ulja.

Test pretpostavljenog monopoliste sprovodi se tako što se najpre odredi najuža grupa proizvoda za koje se razumno može pretpostaviti da predstavljaju bliske supstitute, uzimajući u obzir njihove karakteristike, namenu i cenu (u našem primeru to su jestiva ulja

²⁵⁶ OECD, *Roundtable on Market Definition*, Background note by the Secretariat, DAF/COMP(2912)13, s. 11.

od suncokreta različitih proizvođača).²⁵⁷ Zatim se analizira da li bi pretpostavljenom monopolisti, jedinom proizvođaču te grupe proizvoda, bilo isplativo da izvrši malo ali trajnije povećanje cena. Malim povećanjem cene smatra se povećanje od 5 – 10%, zavisno od jurisdikcije. Trajnije povećanje cene je povećanje u trajanju do godine dana. Svrha analize je da se izračuna potencijalni dobitak, odnosno gubitak od izvršenog povećanja cene. Ako je uvećanje profita ostvareno povećanjem cene veće od gubitka koji bi pretpostavljeni monopolista pretrpeo zbog pada obima prodaje izazvanog povećanjem cene, sledi zaključak da bi pretpostavljenom monopolisti povećanje cene u odnosu na tu grupu proizvoda bilo isplativo, te da ta grupa proizvoda čini jedno relevantno tržište proizvoda. Ako bi analiza pokazala da bi pretpostavljeni monopolista pretrpeo gubitak, jer bi obim prodaje zbog izvršenog povećanja cene opao toliko da mu se profit ne bi povećao, već naprotiv, smanjio ili ostao isti, onda se u relevantno tržište proizvoda moraju uključiti i proizvodi sa kojima bi kupci supstituisali monopolisane proizvode (u našem primeru, druge vrste jestivog ulja). Opisana procedura ponavlja se onoliko puta koliko je potrebno da se dođe do tržišta koje se “isplati monopolisati”, odnosno do tržišta koje uključuje sve proizvode supstitute. U našem primeru, zamislivo je da se kupci u slučaju malog ali trajnijeg povećanja cena jestivog ulja okrenu kupovini svinjske masti, u kom slučaju bi i taj proizvod morali da uključimo u relevantno tržište.

Ista procedura primenjuje se i prilikom određivanja relevantnog geografskog tržišta.²⁵⁸ Polazi se od najuže teritorije za koju je razumno pretpostaviti da predstavlja zasebno geografsko tržište i analizira se šta bi se dogodilo kada bi jedini prodavac odnosnog proizvoda izvršio malo, ali trajnije povećanje cene na toj teritoriji. Da li bi kupci nastavili da kupuju na toj teritoriji ili bi promenili ponašanje i okrenuli se kupovini na susednim teritorijama? Koliko bi pretpostavljeni monopolista zaradio povećanjem cene, a koliko bi izgubio zbog pada tražnje za njegovim proizvodom na toj teritoriji? Koji rezultat se dobija kad se uporedi zarada dobijena povećanjem cene sa gubitkom pretrpljenim zbog pada prodaje? Ako je rezultat pozitivan, pretpostavljenom monopolisti bilo bi isplativo da izvrši malo ali trajnije povećanje cene, pa je konačan zaključak da je polazna pretpostavka o

²⁵⁷ *Ibidem*, s. 15. Baker, *op.cit.*, s. 145, ukazuje da je ovaj način postupanja ponekad u praksi teško ispoštovati, jer je iz ugla organa koji sprovodi test teško uočiti kakvo je stvarno ponašanje kupaca, odnosno koje proizvode smatraju bliskim supstitutima. Zbog toga se prvo definiše šire relevantno tržište, koje obuhvata proizvode moguće supstitute. U tom slučaju, ako analiza pokaže da je početna pretpostavka pogrešna, dalji proces mora da bude reverzibilan. Na primer, ako se preduzeće bavi proizvodnjom i prodajom Koka-kole i drugih bezalkoholnih napitaka, u praksi će se krenuti od tržišta koje uključuje sve bezalkoholne napitke. Izuzetno mala unakrsna elastičnost tražnje između bezalkoholnih napitaka i alkoholnih napitaka, ukazala bi da tržište bezalkoholnih napitaka verovatno može dalje da se segmentira na uža tržišta, kao na primer, tržište gaziranih bezalkoholnih napitaka, tržište prirodnih sokova, tržište napitaka sa prirodnom bazom, itd.

²⁵⁸ Sa stanovišta ekonomske analize, tržište proizvoda i geografsko tržište se određuju simultano, jer, u protivnom, tržište može da bude suviše usko određeno. To će se dogoditi ako se, na primer, krug kupaca koji kupuju određeni proizvod razlikuje od teritorije do teritorije. Iako se konceptualno razlikuju, tržište proizvoda i geografsko tržište zapravo suštinski čine jedno tržište, jer se kupci opredeljuju za kupovinu proizvoda supstituta koji su im u određenom vremenu i na određenom prostoru dostupni.

relevantnom geografskom tržištu ispravna. U suprotnom, u analizu se moraju uključiti i susedna geografska tržišta.

Iako na apstraktnom nivou nije težak za razumevanje, sprovođenje testa u praksi podrazumeva primenu različitih ekonometrijskih analiza, koje se sprovode na osnovu podataka o obimu prodaje i kretanju cena u nekom vremenskom periodu, ili, ako takvi podaci nisu dostupni, analizu kvalitativnih dokaza o ponašanju prodavaca i kupaca u pogledu prodaje/kupovine određenog proizvoda. Logično je da tačnost rezultata testa, pa čak i mogućnost njegovog sprovođenja, zavisi od dostupnosti, potpunosti i tačnosti pomenutih podataka i drugih relevantnih dokaza. Pri izboru i oceni kvaliteta dokaza nije moguće primeniti unapred utvrđena pravila, jer je svaki slučaj poseban. Ipak, u primeni testa primarno bi se trebalo oslanjati na kvantitativne dokaze o stvarnom ponašanju kupaca u prošlosti, prikupljenje za različite svrhe, kao što su marketinške, sprovođenje sektorskih analiza od strane tela za zaštitu konkurencije, sprovođenje statističkih analiza i dr. Oni omogućuju primenu različitih ekonometrijskih metoda.²⁵⁹ Takođe, podaci o

²⁵⁹ U obzir dolaze analize sopstvene elastičnosti tražnje, unakrsne elastičnosti tražnje, analiza kritičnog gubitka, analiza korelacije cena i dr.

Sopstvena elastičnost tražnje je mera koja ukazuje šta se dešava sa tražnjom određenog proizvoda nakon što mu se poveća cena. Formula na osnovu koje se određuje sopstvena elastičnost tražnje je:

$$\% \text{ promene } Q_x / \% \text{ promene } P_x$$

gde je Q količina a P je cena proizvoda X

Nedostatak mere sopstvene elastičnosti tražnje ogleda se u tome što ne daje podatak o tome koji proizvodi su bliski supstituti, kao i da li su neki drugi faktori, osim rasta cene, uticali na smanjenje tražnje.

Unakrsna elastičnost tražnje je mera međusobne zamenjivosti proizvoda sa stanovišta njihovih kupaca. Njome se meri uticaj promene cene jednog proizvoda na tražnju drugog proizvoda, supstituta, odnosno iskazuje se kao razlomak između promene u količini jednog proizvoda i promene u ceni drugog proizvoda:

$$\% \text{ promene } Q_x / \% \text{ promene } P_y$$

gde je Q_x količina proizvoda X, a P_y je cena proizvoda Y

Visoka unakrsna elastičnost tražnje ukazuje da su proizvodi bliski supstituti i da treba da budu uključeni u isto relevantno tržište. E.T. Sullivan, J. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, New York 1995. s. 217.

Problem u primeni analize unakrsne elastičnosti leži u tome što često nije moguće pribaviti potrebne podatke za analizu i što je potrebno izolovati druge faktore koji utiču na rast ili opadanje tražnje. ABA Section on Antitrust Law, *Market Power Handbook*, Chicago 2005. s. 59.

Analizom kritičnog gubitka utvrđuje se koji obim prodaje pretpostavljeni monopolista može da izgubi, a da još uvek ostvaruje profit. Ako je stvaran gubitak u prodaji na tržištu veći od kritičnog gubitka, to tržište verovatno nije relevantno tržište. Naprotiv, ako je stvaran gubitak manji od kritičnog, zaključuje se da je vrlo verovatno identifikovano relevantno tržište. Analiza kritičnog gubitka sprovodi se oslanjanjem na procene elastičnosti tražnje i margine cena i troškova (margina profita). Ovaj metod je kritikovan u teoriji zbog toga što odnos cena i troškova redovno pruža nedovoljne informacije o tome u kom obimu će se kupci opredeliti za kupovinu proizvoda supstituta. Ako je razlika između cene i troškova već velika, tražnja postaje veoma osetljiva, čak i na malo povećanje cene. U tom slučaju, može se dogoditi da se tržište proizvoda odredi suviše široko, jer su uključeni i proizvodi koji nisu bliski supstituti. J. Baker, *Market Definition: An Analytical Overview*, Antitrust Law Journal, 2007. s. 129-173, s. 156-157.

U studiji OECD posvećenoj relevantnom tržištu ukazuje se, naprotiv, da ovaj metod može biti pogodan za određivanje relevantnog tržišta, pod uslovom da su raspoloživi podaci na osnovu kojih se može sa relativno tačno proceniti elastičnost tražnje i profitna margina. OECD, *op.cit.*, s. 21.

određenim istorijskim događajima koji su izazvali promenu cena i tražnje na tržištu (npr. pojava novog proizvoda,²⁶⁰ naglo povećanje ili snižavanje cene konkurentskog proizvoda), svedočenja rukovodstva preduzeća o dešavanjima na tržištu kada su povećavane cene njihovog proizvoda ili proizvoda konkurentskog proizvođača mogu poslužiti kao dobar osnov za izvođenje testa. Anketiranje kupaca može takođe da obezbedi korisne podatke, bilo da je anketa sprovedena na osnovu pažljivo sačinjenih upitnika i na bazi odgovarajućeg statističkog uzorka (u slučaju maloprodaje), bilo putem intervjua. Anketa treba da da odgovor na pitanje koji bi proizvod kupci kupovali kao supstitut u slučaju malog ali trajnijeg povećanja cene proizvoda za koji se određuje relevantno tržište. Podaci koje prikupljaju i kojima raspolažu sama preduzeća mogu biti od koristi, jer mogu ukazivati na preduzeća koja oni doživljavaju kao svoje rivale ili geografske lokacije za koje smatraju da im konkurišu u prodaji. Konačno, mišljenje stručnjaka iz određene privredne grane, kao što su konsultanti, čelnici privrednih udruženja, novinari koji prate odnosnu granu ili bivši direktori, mogu takođe biti valjan dokaz.²⁶¹

Različiti metodi poređenja cena proizvoda supstituta takođe se ne smatraju pogodnim za određivanje relevantnog tržišta. *Metod korelacije cena* zasniva se na upoređivanju kretanja cena proizvoda supstituta. Ako je korelacija visoka, izvodi se zaključak da je reč o mogućim supstitutima. Ovaj metod zanemaruje da simultani rast ili opadanje cena može biti posledica drugih uzroka, a ne isključivo ponašanja kupca u tražnji oba proizvoda. Drugo, proizvodi bliski supstituti imaju često asimetrične korelacije cena, jer ponašanje proizvođača jednog proizvoda deluje kao ograničavajući faktor na ponašanje proizvođača proizvoda supstituta. Na primer, jedan proizvođač poboljša kvalitet svog proizvoda i poveća cenu, dok mu drugi proizvođač parira snižavanjem cene. Korelacija cena ne postoji, iako su proizvodi bliski supstituti. *Ibidem*, s. 152-153. Takođe i ABA, *Market Power Handbook*, *op. cit.*, s. 63-64.

Analiza tokova isporuke (Elzinga-Hogarty test) koristi se da bi se odredilo geografsko tržište. Ako se na određenom geografskom području najveći deo tražnje zadovoljava isporukama sa tog područja i vrlo mali deo isporuka ide izvan tog područja, tada je reč o jednom geografskom tržištu. Ovoj vrsti analize zamera se da zanemaruje uticaj promena u cenama proizvoda i proizvodne diferencijacije na određivanje relevantnog tržišta. Ako bi porast cene doprineo da proizvođači sa drugih područja počnu sa isporukom, tada i ta područja treba uključiti u relevantno tržište. Ako su proizvodi visoko diferencirani, oni nisu bliski supstituti u očima kupaca, pa podatak o isporuci proizvoda sa drugih područja može navesti na pogrešan zaključak da je reč o jednom geografskom tržištu. *Ibidem*, s. 153-154.

²⁶⁰ Dobar primer u vezi sa tim pruža slučaj koncentracije *Procter & Gamble/VP Schickedanz* (odluka Komisije IV/M430, Službeni list EU L 354, 1994.), koja je uključivala tržište sredstava za žensku ličnu higijenu. Postavilo se pitanje da li higijenski ulošci čine isto relevantno tržište sa tamponima. Evropska komisija je, između ostalih, raspolagala i podacima o dešavanju na tržištu nakon što je Procter i Gambel lansirao novi proizvod, ultra-tanke higijenske uloške. Analiza je pokazala da pojava novog proizvoda na tržištu praktično nije imala uticaja na tražnju tampona. Štaviše, njihova cena je značajno porasla nakon toga.

²⁶¹ J. Baker, *op.cit.*, s. 139-141.

9.2. Ograničenja SSNIP testa

Test pretpostavljenog monopoliste može biti nepogodan za određivanje relevantnog tržišta u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja. To je prvi put uočeno u američkoj antimonopolskoj praksi u slučaju koji je imao za predmet monopolisanje tržišta celofana od strane američke kompanije Dipon, koji se u literaturi sreće pod nazivom "Zabluda u slučaju Celofan" (eng. *Cellophane Fallacy*).²⁶² Kompanija Dipon optužena je pred Vrhovnim sudom SAD-a da je monopolisala tržište celofana na osnovu člana 2 Šermanovog zakona. Tužilac je izneo dokaze da ta kompanija prodaje gotovo 75% od ukupne prodaje celofana u SAD-u, smatrajući da je to dovoljan dokaz o izvršenom delu monopolisanja. Takođe je izneo argumentaciju da ostali savitljivi materijali za pakovanje nisu bliski supstituti celofanu, te da nisu mogli da ograniče slobodu kompanije Dipon da samostalno određuje cenu celofana. Sa druge strane, kompanija Dipon je tvrdila da celofan ne predstavlja zasebno tržište proizvoda, jer celofanu neposredno konkurišu drugi savitljivi materijali kao što su alumijumska folija, voštani papir, polietilen, saran i dr. Ako bi se svi ti materijali uključili u tržište proizvoda, tržišni udeo kompanije Dipon pao bi na ispod 20%, što je mnogo manji procenat od onog koji je u američkoj sudskoj praksi postavljen kao prag monopolske pozicije. Kompanija Dipon nije negirala da je njen proizvod različit od drugih materijala za pakovanje, ali se branila time da na tržištu trpi jak konkurentski pritisak od proizvođača ostalih savitljivih materijala, te da je zbog toga njena sposobnost da samostalno određuje cene svog proizvoda limitirana.

Sud je odbio tvrdnju tužioca da relevantno tržište proizvoda mogu činiti samo proizvodi koji su po svojim osobinama u značajnoj meri zamenjivi i koji se prodaju po približno istim cenama, jer bi, po njegovom mišljenju, takvo rezonovanje imalo za posledicu da se veliki broj proizvođača proizvoda zaštićenih patentom ili žigom smatraju monopolistima. Sud se, umesto toga, oslonio na analizu unakrsne elastičnosti tražnje, kako bi ustanovio da li su navedeni proizvodi razumno zamenjivi za kupce koji ih koriste za istu namenu. Po stanovištu Suda, tržište proizvoda čine proizvodi koji su razumno zamenjivi u pogledu svrhe za koju se proizvode, imajući u vidu tri faktora: cenu, način upotrebe i kvalitet.

Primenivši kriterijum kvaliteta, Sud je zaključio da celofan poseduje osobine kao i mnogi drugi proizvodi, koje ih čine podobnim za određenu namenu. Osamdeset posto proizvodnje celofana se koristilo za pakovanje hrane u industrijskoj proizvodnji. Materijali za pakovanje moraju imati osobine kao što su prozirnost, nepropusnost i suvoća, kako bi omogućili da hrana bude vidljiva za kupce, a da pritom ne bude oštećena spoljnim uticajima. Mnogi drugi savitljivi materijali poseduju te osobine, a posebno pliofilm, glasin i saran.

Sa aspekta namene, Sud je takođe utvrdio da celofan ima istu funkciju kao i konkurentski proizvodi. Uprkos njegovim prednostima, koje su se ogledale u transparentnosti i jačini,

²⁶² *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 1956. 351 U.S. 377.

kupci su koristili i druge proizvode osim celofana za zadovoljavanje različitih potreba. Tužena kompanija pružila je dokaze da kupci nisu bili lojalni jednoj vrsti proizvoda, već su upotrebljavali različite proizvode da bi zadovoljili istu potrebu.

U pogledu zamenjivosti celofana drugim proizvodima sa aspekta cene, Vrhovni sud zauzeo je stav da treba primeniti kriterijum unakrsne elastičnosti tražnje: „Ako i malo sniženje cene celofana prouzrokuje da se značajan broj kupaca drugih savtljivih materijala za pakovanje okrene celofanu, to bi bila indikacija da postoji visoka unakrsna elastičnost tražnje među njima; da se ti proizvodi takmiče na istom tržištu.”²⁶³ Sud je poklonio poverenje činjenici da je grupa cenovno osetljivih kupaca reagovala na promene cene menjajući proizvod koji kupuje, dok ostali kupci, kojima cena materijala za pakovanje nije imala značajno učešće u troškovima proizvodnje, nisu bili osetljivi na promene cene.

Greška koju je načinio Sud primenjujući test sastoji se u tome da je visok nivo unakrsne elastičnosti tražnje dobar indikator zamenjivosti proizvoda samo u slučaju da je cena odnosnog proizvoda rezultat efektivne konkurencije. U konkretnom slučaju tužena kompanija već je naplaćivala monopolisku cenu i na taj način prouzrokovala da kupci celofana lako reaguju čak i na malo povećanje cene, okrećući se kupovini drugih sličnih proizvoda. Da podsetimo, monopolista podiže cenu svog proizvoda do nivoa kada profit ostvaren povećanjem još uvek nadmaša gubitak izazvan opadanjem tražnje. Kao posledica toga, na tržištu se dešava pojava da mnogi proizvodi izgledaju kao bliski supstituti monopolisanom proizvodu, iako to u stvarnosti nisu, jer kupci monopolisani proizvod počinju da supstituišu za druge proizvode.²⁶⁴ Cena kompanije Dipon je već bila dostigla taj nivo. To je pojava koja se redovno dešava u pogledu diferenciranih proizvoda. Kupci su lojalni određenom proizvodu zato što u najvećoj meri zadovoljava njihove specifične potrebe i spremni su, zarad toga, da istrpe izvesno povećanje njegove cene. Međutim, u trenutku kada cena pređe granicu koju mogu da podnesu da plate, oni se okreću drugim proizvodima, koji u manjoj meri zadovoljavaju njihove potrebe, ali su im zbog niže cene prihvatljiviji. Na sudu su predloženi dokazi da je kompanija Dipon ostvarivala profit u prodaji celofana znatno iznad prosečnog. Svako dalje, makar i minimalno povećanje, imalo je za posledicu da kupci odustaju od kupovine celofana i okreću se drugim materijalima za pakovanje, koji možda po svojim osobinama ne zadovoljavaju njihove potrebe na isti način kao i celofan, ali su im prihvatljiviji zbog niže cene.

U slučaju Dipon Sud nije uočio tu distinkciju, što ga je navelo da zaključi da ta kompanija nema monopolski položaj. Navedeno ukazuje da se u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja prilikom određivanja relevantnog tržišta mora razmotriti i mogućnost da je preduzeće protiv koga se vodi postupak povećanjem cene svog proizvoda na monopolski nivo veštački dovelo odnosni proizvod u konkurenciju sa drugim

²⁶³ *Ibidem*, s. 400.

²⁶⁴ Bishop, Walker, *op.cit.*, s. 49.

proizvodima, koji po svojim osobinama i nameni nisu bliski supstituti. U takvom slučaju, u primeni testa pretpostavljenog monopoliste mora se početi od cene koja bi preovladavala da na tržištu postoji efektivna konkurencija, što može biti praktičan problem. Ne postoji matematička formula pomoću koje se može odrediti cena u uslovima konkurencije, jer nju tržište samo određuje (nevidljiva ruka tržišta na delu). Jedan način da se taj problem prevaziđe jeste da se koriste podaci o cenama na uporedivim tržištima. Kao uporediva tržišta mogu poslužiti druga geografska tržišta ili isto geografsko tržište u prošlosti, ili se mogu koristiti podaci o cenama po kojima isti ili sličan proizvod prodaju drugi proizvođači.²⁶⁵ Cene se mogu porediti neposredno, ili se mogu porediti odnos cene i troškova ili visina profita. Svaka od navedenih metodologija ima određene nedostatke, pa je preporučljivo da se analizira što je više moguće dostupnih podataka.²⁶⁶ Tržište koje je po svim svojim karakteristikama uporedivo sa tržištem koje se analizira, teško je naći u praksi. Zbog toga se moraju analizirati sličnosti i razlike tržišta izabranih za poređenje, kako bi one bile uzete u obzir.

9.3. Određivanje relevantnog tržišta u specifičnim slučajevima

9.3.1. Cenovna diskriminacija

Kada proizvođač prodaje isti proizvod kupcima koji ga koriste za različite potrebe, mogućnost da različitim grupama kupaca naplaćuje različite cene (da vrši cenovnu diskriminaciju između kupaca) može imati za posledicu formiranje uži relevantnih tržišta, koja čine proizvodi namenjeni kupcima sa posebnim potrebama. Recimo da je u našem primeru proizvođač „Sunčev cvet“ prodavao ulje kupcima koji osim ulja redovno koriste i mast za ishranu i kupcima koji koriste isključivo ulje (npr. zbog toga što im religija zabranjuje jela od masti). Tražnja druge grupe kupaca je mnogo manje elastična u odnosu na prvu, jer oni ne mogu da ulje supstituišu sa drugim proizvodom. Ako proizvođač „Sunčev cvet“ ima mogućnost da im naplati višu cenu ulja u odnosu na prvu grupu kupaca (na primer, zbog toga što su geografski izolovani i zbog verskih razlika se retko mešaju sa kupcima iz drugih delova zemlje), biće potrebno izdvojiti tu grupu kupaca u zasebno relevantno tržište. U odnosu na njih, proizvođač „Sunčev cvet“ je izložen manjem konkurentskom pritisku nego u odnosu na preostalu grupu kupaca. On može da povećava cene u mnogo većem procentu u odnosu na tu grupu kupaca, a da mu ipak ne opadne tražnja.

²⁶⁵ OECD Policy Roundtables, *Excessive Prices*, 2011. www.oecd.org/regreform/sectors/49604207.pdf, s. 62-63.

²⁶⁶ *Ibidem*, s. 63.

9.3.2. Tržišta kompatibilnih proizvoda i rezervnih delova

Kupovina mašina, uređaja i drugih tehnički složenih proizvoda često podrazumeva da kupac naknadno mora da kupuje prateće uređaje i rezervne delove istog proizvođača, jer zbog tehnološke sofisticarnosti, prava industrijske svojine ili kompatibilnosti glavnog proizvoda i sporednog, ne mogu da ih nabavljaju od drugih proizvođača. Na primer, kupci pojedinih marki automobila moraju kupovati originalne rezervne delove istog proizvođača; kupci fotokopir uređaja moraju kupovati kartridže proizvođača odgovarajuće marke fotokopira, kupci mašina za pakovanje moraju kupovati materijal za pakovanje koji se može koristiti na tim mašinama, itd. Postavlja se pitanje da li je opravdano izdvojiti tržište rezervnih delova za određeni proizvod u zasebno relevantno tržište ili ga treba posmatrati kao sastavni deo tržišta glavnog proizvoda? Ako se tržište sporednog proizvoda izdvoji u zasebno tržište, dolazi se u situaciju da proizvođač ima stopostotni tržišni udeo na tom tržištu, jer on jedini proizvodi sporedni proizvod koji je kompatibilan glavnom proizvodu njegove proizvodnje. Sporno je da li proizvođač može da svoju tržišnu poziciju iskoristi da bi naplatio monopolsku cenu za sporedni proizvod, jer to zavisi od stanja konkurencije na tržištu glavnog proizvoda. Ako je na tržištu glavnog proizvoda proizvođač izložen jakoj konkurenciji, onda on ne može sebi da dozvoli da naplaćuje monopolsku cenu za sporedni proizvod. Racionalni kupac svakako će uzeti u obzir prilikom kupovine glavnog proizvoda i troškove nabavke komplementarnih proizvoda i rezervnih delova za njega, pogotovu ako je učešće cene sporednog proizvoda u ukupnoj ceni nabavke i održavanja glavnog proizvoda veliko. U takvom slučaju opravdano je posmatrati tržište glavnog i sporednog proizvoda kao jedno relevantno tržište. Tačnost navedene argumentacije uslovljena je ispravnošću pretpostavke da se kupci glavnog proizvoda ponašaju razumno, odnosno da uzimaju u obzir troškove nabavke potrošnih delova i servisiranja prilikom kupovine glavnog proizvoda.²⁶⁷

Ako na tržištu sporednog proizvoda postoji konkurencija drugih proizvođača, koji proizvode sporedne proizvode kompatibilne glavnom proizvodu, onda to tržište treba posmatrati kao zasebno relevantno tržište. Navedeno važi i ako se sporedni proizvodi različitih proizvođača mogu koristiti uz različite glavne proizvode.

9.3.3. Dvostrana tržišta

“Dvostrana tržišta” ili “platforme”²⁶⁸ su nazivi za pojavu kada se jedno preduzeće nalazi u ulozi posrednika u odnosu prema dve grupe klijenata, koji su na određeni način povezani, pri čemu se te dve grupe oslanjaju na preduzeće – platformu kako bi obavili potrebne transakcije. Što je veći broj klijenata na jednoj strani platforme, to se više uvećava njena vrednost za klijente na drugoj strani. Na primer, što veći broj čitalaca ima određena novina,

²⁶⁷ OECD, *Relevant Market*, op.cit., s. 87.

²⁶⁸ OECD Policy Roundtables, *Twosided markets*, 2009. www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf.

tim je veća potreba oglašivača da oglašavaju na njenim stranicama. Zbog toga nivo tražnje kupaca na jednoj strani tržišta utiče na nivo tražnje na drugoj strani, odnosno povećanje cene proizvoda koji se nudi jednoj grupi klijenata, utiče na opadanje tražnje te grupe, ali i druge grupe klijenata, o čemu preduzeće u ulozi platforme mora da vodi računa. Na primer, ako izdavač novina poveća cenu primerka štampanog izdanja, smanjiće se broj čitalaca, pa će time biti manje atraktivan za potencijalne oglašivače, što će dovesti i do smanjenja prihoda od oglašavanja. Kao primeri dvostranih tržišta u praksi se sreću tržišta na kojima se određena preduzeća pojavljuju u različitim posredničkim ulogama: berzanske platforme, usluge aukcijskih kuća, platforme za pružanje usluga platnih i kreditnih kartica, internet platforme, štampani, radio i TV mediji, platforme za video-igrice, posredničke agencije u raznim sektorima privrede (agencije za pružanje turističkih usluga, agencije za promet nekretnina) itd.

Navedene karakteristike dvostranih tržišta stvaraju problem prilikom određivanja relevantnog tržišta, jer se moraju uzeti u obzir uticaji tražnje na jednoj strani tržišta na tražnju na drugoj strani.²⁶⁹ To znači da se prilikom primene testa pretpostavljenog monopoliste, mora uzeti u obzir kumulativni gubitak profita izazvan opadanjem tražnje na jednoj strani tržišta, kao i na drugoj strani. U protivnom, ako se zanemari pad tražnje na drugoj strani tržišta, to će imati za efekat da se preceni tržišna pozicija preduzeća u ulozi platforme i relevantno tržište odredi suviše usko. Navedeno važi pre svega u odnosu na platforme kod kojih postoji velika međuzavisnost tražnje na jednoj i drugoj strani tržišta. Relevantno tržište može se odrediti i klasičnim metodom, ali se u tom slučaju, prilikom dalje analize, moraju uzeti u obzir konkurentski pritisci koje preduzeće – platforma oseća na drugoj strani tržišta.

9.3.4. Tržište diferenciranih proizvoda

Mnogi proizvodi su međusobno difrencirani – razlikuju se po svojim tehničkim karakteristikama, dizajnu, pakovanju, načinu prodaje i sl. Diferenciranost izaziva privrženost pojedinih kupaca određenom proizvodu, zbog čega ostali proizvodi sa sličnim karakteristikama i namenom za njih predstavljaju manje ili više bliske supstitute. Različite preferencije kupaca za određene proizvode stvaraju tzv. lance supstitucije. Kupci proizvoda A opredeljuju se najviše za kupovinu proizvoda B u slučaju da se cena proizvoda A poveća. Međutim, kupci lojalni proizvodu B u slučaju povećanja cene opredeljuju se za kupovinu proizvoda C. Proizvodi A i C nisu bliski supstituti, ali zato A i B, kao i B i C jesu. Ako se proizvodi, A, B i C odrede kao jedno relevantno tržište, tržišni udeli će biti relativno mali, što može navesti na pogrešan zaključak u pogledu tržišne pozicije proizvođača A, B i C. Mnogo bolji indikator odnosa u konkurenciji jeste stopa opredeljenja kupaca jednog proizvoda za kupovinu drugog proizvoda. Ako se kupci proizvoda A u slučaju povećanja njegove cene u velikom broju opredeljuju za kupovinu proizvoda B, sledi zaključak da su A i B bliski supstituti.

²⁶⁹ OECD, *Market Definition, op.cit.*, s. 55.

9.3.5. Tržište novih proizvoda i inovacija

Na tržištima koja su podložna tehnološkim promenama granice relevantnog tržišta se često i brzo menjaju. Preduzeće koje plasira na tržište potpuno novi proizvod ili novo tehničko unapređenje postojećeg, vrlo brzo osvaja tržište, ali je izloženo jakoj konkurenciji tzv. imitatora, koji isto tako brzo mogu preoteti vodeću tržišnu poziciju ili je makar ugroziti. Primer u praksi su tržišta mobilnih telefonskih uređaja, na kojima se proizvođači stalno smenjuju u borbi za poziciju tržišnog lidera. Za takva tržišta karakteristična je konkurentska borba za tržište, a ne borba na tržištu. Definisane relevantnog tržišta za takve proizvode je praćeno problemom nedostatka supstituta, pa se tržište po pravilu usko određuje, a proizvođač - pronalazač ili inovator ima veoma veliki tržišni udeo. Međutim, zbog intenziteta dinamičke konkurencije, visoki tržišni udeli su kratkog trajanja i ne mogu biti pouzdan indikator stvarnog stanja konkurencije, jer proizvođač – inovator trpi snažne konkurentske pritiske od strane potencijalne konkurencije.

9.4. Praksa određivanja relevantnog tržišta u Evropskoj uniji

Sud pravde je pojam relevantnog tržišta pravno definisao u odluci u slučaju *Kontinental Ken*, oslanjajući se na koncept funkcionalne zamenjivosti: "Definicija relevantnog tržišta je od suštinskog značaja, jer se mogućnosti konkurencije jedino mogu prosuditi u odnosu na one karakteristike proizvoda u pitanju zbog kojih su ti proizvodi posebno pogodni da zadovolje neelastičnu potrebu i koji su samo u ograničenom obimu zamenjivi sa drugim proizvodima."²⁷⁰ Komisija je u svojoj odluci izdvojila tri relevantna tržišta proizvoda, i to tržište laganih metalnih konzervi za meso, tržište laganih metalnih konzervi za ribu i morske plodove i tržište metalnih poklopaca za pakovanje hrane, izuzev metalnih zatvarača za boce. Sud pravde je našao da Komisija nije obrazložila po čemu se tri tržišta razlikuju međusobno, a isto tako, po čemu se izdvajaju u odnosu na generalno tržište metalnih konzervi za voće i povrće, kondenzovano mleko, maslinovo ulje, voćne sokove i hemijske proizvode. Sud je ukazao da proizvodi moraju biti individualizirani, ali ne tako što će se samo naznačiti namena za koju se koriste, već i osobine koje ih čine posebno pogodnim da se koriste za tu namenu. Sud je zamerio Komisiji što nije ispitala mogućnost da drugi proizvođači metalnih konzervi stupe na tržište jednostavnim prilagođavanjem svoje proizvodnje. S obzirom da Sud nije potvrdio odluku Komisije u ovom slučaju, nije se upuštao u detaljnije obrazlaganje faktora koji su odlučujući prilikom opredeljivanja relevantnog tržišta.

²⁷⁰ Par. 32 odluke.

9.4.1. Slučaj Komeršal Solvents

U slučaju Komeršal Solvents,²⁷¹ američka kompanija, proizvođač etambutola, leka protiv tuberkuloze, optužena je da je odbijanjem isporuke sirovine za proizvodnju etambutola italijanskoj kompaniji Zoja, onemogućila konkurenciju na tržištu tih lekova. Kompanija Komeršal Solvents je osporila nalaz Komisije da relevantno tržište proizvoda čini sirovina za proizvodnju tog leka. Ona je smatrala da tržište proizvoda treba definisati kao tržište lekova protiv tuberkuloze, budući da ona učestvuje u konkurenciji na tom tržištu. Sud je stao na stranu Komisije, uzevši u obzir da se radnja zloupotrebe ispoljavala na tržištu nabavke sirovine za proizvodnju odnosno leka. Potrebno je uočiti da se u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja često radnja zloupotrebe vrši na jednom tržištu, dok se njeni efekti ispoljavaju na drugom tržištu. Između ta dva tržišta mora postajati veza, koja se ogleda u tome da je učesnik na oba tržišta preduzeće protiv koga se vodi postupak. U konkretnom slučaju, kompanija Komeršal Solvents je bila prisutna istovremeno i na ushodnom i na nishodnom tržištu, u vertikalnom lancu proizvodnje i prodaje, kao proizvođač sirovine i kao proizvođač finalnog proizvoda. Odbijanjem isporuke sirovine konkurentskoj kompaniji, koja nije imala alterantivne izvore snabdevanja, onemogućila je konkurenciju na tržištu finalnog proizvoda.

9.4.2. Slučaj Junajted Brends

Sud pravde se po prvi put upustio u produbljeniju analizu relevantnog tržišta u slučaju Junajted Brends,²⁷² u kome se raspravljalo o zloupotrebi dominantnog položaja imenovane kompanije u prodaji banana marke Čikita. Komisija je identifikovala tržište banana kao relevantno tržište proizvoda i tržišta Francuske, Velike Britanije i Italije kao geografska tržišta. Kompanija Junajted Brends osporila je nalaze Komisije sa oba aspekta. U pogledu mogućnosti da se banane izdvoje u zasebno relevantno tržište, Sud je konstatovao da je najpre potrebno razmotriti da li banane kao vrsta voća imaju posebne karakteristike koje ih odvajaju od ostalih vrsta voća i zbog kojih su samo u ograničenom obimu zamenjive sa ostalim vrstama voća. Uočeno je da su banane dostupne na tržištu tokom cele godine, nezavisno od sezone, jer njihova proizvodnja tokom čitave godine premaša tražnju. U tom pogledu banane su "privilegovano voće", jer se njihova proizvodnja i prodaja mogu prilagoditi sezonskim fluktuacijama ostalih vrsta svežeg voća, koje su opšte poznate.²⁷³ Pitanje zamenjivosti banana sa drugim vrstama voća mora se, po mišljenju Suda, posmatrati u odnosu na vreme od jedne godine, kako bi se ustanovilo da li postoje druge vrste voća koje mogu zameniti banane tokom čitavog tog perioda i kako bi se ustanovio nivo konkurencije među njima. Studije tržišta banana koje su kao dokazi predložene u toku postupka pokazale su da nema ni dugoročne niti sezonske zamenjivosti između banana i ostalog sezonskog voća. Ustanovljeno je da samo na tržištu Nemačke postoji sezonska

²⁷² *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, slučaj 27/76, 1978. ECR 207.

²⁷³ Par. 23-25.

zamenjivost banana i bresaka i stonog grožđa. U pogledu druge dve vrste voća koje su dostupne tokom cele godine, ustanovljeno je da uopšte ne postoji zamenjivost tražnje banana u odnosu na pomorandže, dok postoji ograničena zamenjivost u odnosu na jabuke. Sud je konstatovao da je to posledica posebnih fizičkih karakteristika banana i drugih faktora koji utiču na izbor potrošača, izdvojivši sledeće relevantne faktore: izgled, ukus, mekoća, odsustvo semenki, lako rukovanje i ujednačen nivo proizvodnje, koji omogućuje da se zadovolje konstantne potrebe veoma mladog, starog i bolesnog stanovništva. Studije su pokazale da je tržište banana pogođeno padom cena dve vrste voća – bresaka i stonog grožđa za vreme letnjih meseci u Nemačkoj i to uglavnom u julu mesecu, kao i da pad tražnje nije prelazio 20%. “Odatle sledi da veliki broj potrošača ima stalnu potrebu za bananama i da nisu značajnije odvraceni od konzumacije ovog proizvoda dolaskom svežeg voća na tržište i da ih čak i vrhunac sezonske ponude pogađa samo ograničeno vreme i u ograničenom obimu sa aspekta zamenjivosti.” Studije su u ovom slučaju pokazale da veliki deo od ukupnog broja potrošača ima neelastičnu potrebu za bananama. Njihova potrošnja banana nije osetljiva na promenu cena banana. Iz sadržine navedene odluke nije vidljivo koliki je odnos između dve grupe potrošača – onih koji ne bi reagovali na sniženje cena ostalih vrsta voća i druge kategorije, marginalnih kupaca, koji bi u tom slučaju prestali da kupuju banane. Da je kojim slučajem Sud ustanovio da je ta marginalna kategorija kupaca značajna po obimu, računica bi možda pokazala da povećanje cena banana nije profitabilno, što bi ukazivalo na to da su banane zamenjive sa ostalim vrstama voća. Po svojoj prilici Sud je smatrao da to nije neophodno, imajući u vidu da su dokazi ukazivali da u većem periodu godine ponuda ostalih vrsta voća na tržištu ne utiče na tražnju banana.

U pogledu geografskog tržišta, Sud je konstatovao da je tržište banana organizovano na nacionalnom nivou i da nacionalna tržišta ispoljavaju različite karakteristike. Na pojedinim nacionalnim tržištima banane ostalih proizvođača uživale su preferencijalne uslove, zbog kojih su banane kompanije Junajted Brends bile u neravnopravnoj konkurenciji. Sa druge strane, tržišta Nemačke, Danske, Holandije i Irske čine jedinstvenu oblast sa dovoljno homogenim uslovima konkurencije, tako da je bilo opravdano posmatrati ih kao jedno geografsko tržište.

9.4.3. Slučaj Hofman-La Roš

U slučaju Hofman-La Roš,²⁷⁴ Komisija je utvrdila da svaka grupa vitamina koje proizvodi imenovana kompanija predstavlja zasebno relevantno tržište, zbog toga što svaka grupa vitamina ima zasebne metaboličke funkcije i iz tih razloga nije zamenjiva sa drugim grupama vitamina, niti sa nekim drugim proizvodom. Hofman-La Roš se načelno saglasio sa nalazom Komisije, ali je osporio njene nalaze u pogledu vitamina C i E grupe, zbog toga što se te dve grupe vitamina, osim u farmaceutskoj industriji i industriji proizvoda za

²⁷⁴ *Hoffmann-La Roche and Co. AG v. Commission*, slučaj 85/76, 1979. ECR 00461.

ljudsku i životinjsku ishranu, koriste i kao antioksidansi, agensi za fermentaciju i aditivi. Kompanija je smatrala da vitamini grupe C i E čine deo šireg relevantnog tržišta, u čiji sastav ulaze i drugi proizvodi koji se koriste za navedene namene. Sud pravde je morao da odgovori na pitanje da li jedan proizvod može istovremeno pripadati različitim relevantnim tržištima? Stav Suda bio je da, načelno, ako se jedan proizvod koristi za različite svrhe, u skladu sa ekonomskim potrebama, koje su takođe različite, pod određenim okolnostima jedan proizvod može pripadati različitim tržištima proizvoda. Međutim, Sud je podvukao da činjenica da se drugi proizvodi mogu koristiti za istu svrhu nije dovoljna da se oni uključe u odgovarajuće relevantno tržište. "Pojam relevantnog tržišta implicira da može postojati efektivna konkurencija među proizvodima koji ga čine, a to pretpostavlja da postoji dovoljan nivo međusobne zamenjivosti između svih proizvoda koji čine deo istog tržišta, s obzirom na posebnu namenu proizvoda u pitanju."²⁷⁵ Nije dovoljno, prema tome, da proizvodi po svojim osobinama i nameni mogu međusobno konkurisati, već je potrebno utvrditi da li među njima zaista postoji konkurencija. U konkretnom slučaju Komisija je ustanovila da nije bilo zamenjivosti između vitamina C, odnosno E i drugih proizvoda koji ih mogu zameniti za pojedine tehnološke namene.

9.4.4. Slučaj Michelin

Predmet postupka u slučaju Michelin,²⁷⁶ bila je zloupotreba dominantnog položaja holandske kompanije koja se ogledala u posebnom sistemu rabata za njene distributere rezervnih guma na holandskom tržištu. Komisija je za potrebe postupka izdvojila zasebno tržište novih rezervnih guma za teška vozila i tržište novih rezervnih guma za automobile i venove. Kao geografsko tržište određeno je tržište Holandije. Kompanija Michelin osporila je nalaz Komisije, smatrajući najpre, da je Komisija trebalo da izdvoji posebna tržišta saglasno različitim tipovima i dimenzijama guma; drugo, da nije trebalo da izdvoji posebno tržište guma za automobile venove; treće, da je trebalo da u tržište uključi i reparirane polovne gume, jer su one sa stanovišta kupaca guma zamenjive sa novim gumama; četvrto, da je geografsko tržište preusko određeno, jer kompanija Michelin posluje i na teritoriji drugih država – članica. Komisija je iznela argumentaciju da gume predstavljaju tehnički homogen proizvod, te da zbog toga nije moguće posebno iskazati elastičnost tražnje za svaku pojedinu vrstu ili dimenziju. Sa druge strane, ukazala je da tržišta rezervnih guma za teška vozila i rezervnih guma za automobile imaju određene specifičnosti i, zbog toga, različitu funkciju elastičnosti tražnje. Kupci guma za teška vozila su profesionalni prevozioci za koje kupovina guma predstavlja značajan izdatak u troškovima poslovanja. Oni se prilikom kupovine guma oslanjaju na stručne savete prodavaca guma na veliko, koji im kontinuirano pružaju usluge nabavke rezervnih guma. Kupci putničkih automobila i venova kupuju gume samo povremeno i ne traže tom prilikom stručnu pomoć, čak i kada svoje vozilo koriste u poslovne svrhe. Zbog navedenih razloga, prodaja guma za teška

²⁷⁵ Par. 28 odluke.

²⁷⁶ *Nederlandische Banden Industrie Michelin v. Commission*, slučaj 322/81, 1983. ECR 3461.

vozila se obavlja posredstvom specijalizovanih distributera, što nije slučaj sa prodajom guma za putnička vozila i venove. Komisija je razmatrala i aspekt supstitucije ponude i ustanovila da ne postoji mogućnost da proizvođači guma za teška vozila u kratkom roku i bez većih investicija počnu da proizvode gume za putnička vozila i *vice versa*, zbog različitih tehnika i alata koji se primenjuju u proizvodnji. Mišelin je i sam u toku postupka izjavio da je svoj sistem rabata morao da prilagodi distributerima koji su se specijalizovali za prodaju guma za teška vozila, odnosno guma za putnička vozila. U pogledu pitanja uključivanja repariranih guma u relevantno tržište, Sud je konstatovao da činjenica da se dva proizvoda nalaze u odnosu konkurencije ne ukazuje da postoji potpuna zamenjivost tih proizvoda za određenu svrhu. Iako je Mišelin pružio dokaze da se reparirane gume mogu po ceni i kvalitetu porediti sa novim gumama, kompanija je priznala da je njihova vrednost sa aspekta bezbednosti i izdržljivosti manja. Komisija je raspolagala izjavama jednog broja korisnika koji su izrazili rezerve u pogledu korišćenja repariranih guma, posebno u pogledu njihove upotrebe za prednje točkove.

Što se tiče načina određivanja relevantnog geografskog tržišta, Sud je takođe potvrdio nalaz Komisije, koja je pošla od činjenice da se postupak vodi protiv Mišelinovog zavisnog društva sa sedištem u Holandiji, zbog prakse odobravanja rabata tog društva distributerima na teritoriji te države. Sud je konstatovao da distributeri iz Holandije nabavljaju gume samo od proizvođača koji posluju u Holandiji. Može se uočiti da ni Komisija, niti Sud, nisu razmatrali mogućnost supstitucije ponude. U teoriji je odluka u slučaju Mišelin kritikovana zbog toga što se prilikom određivanja relevantnog geografskog tržišta pošlo od radnje zloupotrebe dominantnog položaja, odnosno aktuelnih tokova prodaje Mišelinovih guma, umesto da se utvrđivalo kako bi holandski distributeri reagovali u slučaju povećanja cena.²⁷⁷

9.4.5. Slučaj Britiš Ervejz

U slučaju Britiš Ervejz,²⁷⁸ postavilo se pitanje načina određivanja relevantnog tržišta kada davalac usluge (u konkretnom slučaju usluge avio-prevoza putnika) prodaje svoje usluge preko posrednika. Sporno pitanje je bilo da li tržište posredničkih usluga prodaje avio-karata može činiti zasebno relevantno tržište? Protiv kompanije Britiš Ervejz Komisija je pokrenula postupak zbog zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu usluga prodaje avio-karata. Kompanija je osporila odluku Komisije, jer se ta kompanija bavi uslugama avio-prevoza i, po njenom mišljenju, trebalo je utvrđivati njen položaj na tržištu usluga avio-prevoza. Kompanija je ukazala da posredničke agencije predstavljaju distributivni kanal preko koga avio-kompanije prodaju svoje karte i, sa tim u vezi, napravila je poređenje sa slučajevima prodaje brendiranih proizvoda, u kojima se analizira položaj proizvođača na tržištu proizvodnje predmetnog proizvoda, a ne položaj na tržištu nabavke usluga

²⁷⁷ A. Ezrachi, *EC Competition Law*, Oxford 2008. s. 25.

²⁷⁸ *British Airways v. Commission*, slučaj 219/99, 2003. ECR II-5917.

maloprodaje koji prodavci na malo pružaju proizvođaču.²⁷⁹ Komisija je u tom slučaju pošla od radnje navodne zloupotrebe dominantnog položaja, koja se sastojala u sistemu rabata odobranih posredničkim agencijama. Komisija je ustanovila da su usluge posredovanja u prodaji avio-karata posebna vrsta usluge. Posredničke agencije pružaju usluge prodaje avio-karata u svojstvu samostalnih posrednika, koji posluju na nezavisnoj osnovi. Usluge prodaje avio-karata, za koju avio-kompanije plaćaju posredničkim agencijama proviziju, sastoje se u reklamiranju avio-kompanija, pružanju pomoći putnicima prilikom izbora odgovarajuće kompanije i leta, izdavanju avio-karata, naplaćivanju cene i prosleđivanju naplaćenog iznosa avio-kompanijama. Na tom tržištu avio-kompanije se nalaze u ulozi kupca. Komisija je konstatovala da nema prepreka da preduzeće bude sankcionisano zbog zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu na kome se pojavljuje u ulozi kupca.²⁸⁰ Sud je stao na stranu Komisije, uočivši da je kompanija Britiš Ervejz priznala u toku postupka da postoji zasebno tržište usluga prodaje avio-karata. Iako agencije isključivo pružaju usluge posredovanja u prodaji, pri čemu avio-kompanije stupaju u direktan ugovorni odnos sa putnikom i snose celokupan poslovni rizik prodaje avio-karata, oni su ipak posrednici koji pružaju usluge posredovanja na nezavisnoj osnovi. Njihova usluga je vitalna za prodaju avio-karata i, u tom smislu, postoji međuzavisnost avio-kompanija i posredničkih agencija. Posredničke agencije prikupljaju informacije o različitim rutama, avio-kompanijama i cenama usluga prevoza i tako objedinjene i filtrirane ih pružaju putnicima, na način na koji nijedna avio-kompanija ne bi to mogla da čini dovoljno efikasno. Korist koju posredničke agencije donose avio-kompanijama ogleda se u činjenici da su avio-kompanije spremne da ponude odgovarajuće pogodnosti agencijama koje prodaju njihove avio-karte. Sud je raspolagao dokazima da je od ukupne prodaje avio-karata u Velikoj Britaniji, 85% realizovano preko posredničkih agencija.

Sud je odbio prigovor kompanije da je trebalo posmatrati njen položaj na tržištu pružanja usluga avio-prevoza, našavši da je to irelevantno za konkretan slučaj. Ekonomska snaga avio-kompanije na tržištu usluga avio-prevoza nije od značaja za odmeravanje njene snage u poziciji kupca usluga prodaje avio-karata, niti u odnosu prema ostalim avio-kompanijama u toj ulozi, niti u odnosu prema posredničkim agencijama.²⁸¹ Ova konstatacija Suda podložna je kritici, jer položaj avio-kompanije na tržištu usluga avio-prevoza utiče na njen položaj na tržištu usluga prodaje avio-karata.²⁸² Odnos posredničke agencije i avio-kompanije određen je u velikoj meri brojem letova i ruta koje određena avio-kompanija održava. Što je veći njen značaj na primarnom tržištu usluga avio-prevoza, to je veća njena snaga u ulozi kupca usluga prodaje avio-karata, jer posrednička agencija ne može sebi da dozvoli da nema u prodaji avio-karte te kompanije. U konkretnom slučaju, prilikom određivanja relevantnog tržišta, zbog inverzije uloga prodavca i kupca (preduzeće

²⁷⁹ Par. 77 odluke.

²⁸⁰ Par. 85 odluke.

²⁸¹ Par. 104 odluke.

²⁸² Može se pretpostaviti da je Sud izneo tu konstataciju u vezi s prigovorom kompanije da je Komisija trebalo da analizira njen položaj na svako avio-ruti ponaosob, a ne da uzima u obzira ukupan broj sedišta u avionama te kompanije koja su u ponudi.

protiv koga se vodi postupak nalazi se u ulozi kupca), mogućnost supstitucije je analizirana na osnovu ukupnog broja avio-sedišta u ponudi Britiš Ervejza u poređenju sa drugim avio-kompanijama, jer upravo taj broj ukazuje na značaj avio-kompanije kao kupca usluga prodaje avio-karata.²⁸³ Profit posredničkih agencija direktno je proporcionalan broju karata koje prodaju, a broj karata u prodaji zavisi od raspoloživog broja letova i broja sedišta u avionima. Ako avio-kompanija ima značajan udeo na tržištu na kome obavlja osnovnu delatnost, to se odražava na njenu pregovaračku poziciju na tržištu kupovine usluga prodaje avio-karata. Slučaj Britiš Ervejz je jedan primer “dvostranog tržišta”, kada je položaj i ponašanje preduzeća na jednom tržištu uslovljeno njegovim položajem i ponašanjem na drugom, povezanom tržištu.²⁸⁴ Posredničke agencije u ovom slučaju imaju ulogu platforme između avio-kompanija i putnika, te nije moguće posmatrati jednu stranu tržišta izolovano od druge strane. U konkretnom slučaju, svaka distorzija u odnosu između avio-kompanija i posredničke agencije, odražava se na stanje konkurencije na tržištu usluga prodaje avio-karata, o čemu avio-kompanije moraju voditi računa. Ako bi Britiš Ervejz smanjio proviziju koju plaća posredničkim agencijama, posredničke agencije razmotrile bi mogućnost favorizovanja prodaje karata drugih avio-kompanija. Sa druge strane, povećanje provizije i upražnjavanje praksi koje imaju za cilj podsticanje posredničkih agencija da favorizuju prodaju avio-karti Britiš Ervejz, što je bio problem u konkretnom slučaju, odrazili bi se neminovno na jačanje tržišne pozicije kompanije na tržištu prodaje usluga avio-prevoza putnika.

9.4.6. Slučaj Hjugin

Slučaj Hjugin²⁸⁵ može poslužiti kao primer za način određivanja relevantnog tržišta od strane evropskih organa u situaciji kada se preduzeće pojavljuje u konkurenciji na tržištu rezervnih delova i usluga servisiranja za glavni proizvod. Švedska kompanija Hjugin, proizvođač registar-kasa, prodavala je svoje proizvode na tržištu Velike Britanije preko svog zavisnog društva. Komisija je pokrenula postupak protiv kompanije zbog pritužbe nezavisnih serviseru na tom tržištu da ova kompanija odbija da im isporuči rezervne delove, čime ih je onemogućila da pružaju usluge servisiranja kasa njene proizvodnje. Na tržištu prodaje registar-kasa u Velikoj Britaniji njen tržišni udeo je bio vrlo mali, oko 13%. Komisija je konstatovala da se to tržište odlikuje jakom konkurencijom. Međutim, Komisija je definisala relevantno tržište proizvoda kao tržište rezervnih delova za registar-kase marke Hjugin i zaključila da ta kompanija ima monopolski položaj na tako definisanom tržištu. Komisija je na taj način utvrdila da su ispunjene pretpostavke za primenu člana 102 UFEU-a na kompaniju Hjugin. Hjugin je osporio odluku Komisije, iznevši argumentaciju da se tržište rezervnih delova ne može posmatrati kao odvojeno od tržišta za glavni proizvod, već kao jedan od parametara za stanje konkurencije na tržištu glavnog proizvoda. Štaviše,

²⁸³ Par. 194 odluke.

²⁸⁴ OECD Policy Roundtables, *Twosided Markets*, 2009.

²⁸⁵ *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Register Ltd. v. Commission*, slučaj 22/78, 1979. ECR 1869.

Hjugin je istakao da u pružanju usluge servisa i obezbeđenja rezervnih delova trpi gubitak. Uprkos tome, bio je primoran da održava tu uslugu, da bi uspešno mogao da konkuriše svojim rivalima na tržištu registar-kasa.

Sud je našao da postoji posebno tržište rezervnih delova za registar-kase marke Hjugin, na kome učestvuju serviseri registar-kasa, u ulozi kupaca, i Hjugin u ulozi prodavca. Serviseri nabavljaju rezervne delove marke Hjugin kako bi mogli da pružaju usluge opravke registar-kasa, kao i usluge prepravke polovnih mašina radi njihove dalje prodaje ili davanja u zakup. Rezervni delovi za kase marke Hjugin nisu zamenjivi sa rezervnim delovima drugih proizvođača po svojim fizičkim karakteristikama i po nameni. To je za Sud bilo dovoljno da potvrdi odluku Komisije u pogledu načina određivanja relevantnog tržišta. Iako je rezonovanje Komisije i Suda bilo ispravno, u tom pogledu, prilikom analize konkurentskih pritisaka koje kompanija Hjugin trpi, ispušten je faktor konkurencije na tržištu glavnog proizvoda, jer se stanje konkurencije na tom tržištu, kako je napred ukazano, odražava na mogućnost odnosnog preduzeća da zloupotrebi svoju poziciju na tržištu rezervnih delova. Ako se pođe od pretpostavke da kupci registar-kasa uzimaju u obzir troškove održavanja proizvoda, što je u ovom slučaju opravdano, jer registar-kase kupuju profesionalni kupci (oni kojima su registar-kase osnovno sredstvo za obavljanje njihove profesionalne delatnosti), proizvođač koji je na tržištu glavnog proizvoda izložen jakoj konkurenciji ne može sebi da dozvoli da naplaćuje monopolsku cenu za usluge servisiranja i opravke. Komentatori odluke u slučaju Hjugin primetili su, pored toga, da su Komisija i Sud zanemarili faktor supstitucije tražnje,²⁸⁶ jer nisu razmotrili mogućnost da se samostalni serviseri preorijentišu na usluge opravke i reparacije registar-kasa drugih proizvođača, posebno imajući u vidu činjenicu da se serviseri redovno bave uslugama opravke mašina više različitih proizvođača istovremeno. Ovde nije reč o supstituciji tražnje u uskom značenju tog pojma, jer bi to podrazumevalo analizu mogućnosti da serviseri nabave rezervne delove za Hjuginove registar-kase iz alternativnih izvora snabdevanja. To opciju je Komisija razmatrala, jer je utvrdila da drugim proizvođačima nije isplativo da proizvode rezervne delove za kase marke Hjugin. Nadalje, kompanija Hjugin istakla je argument da se na tržištu mogu naći rezervni delovi dobijeni demontiranjem polovnih mašina, ali je Komisija ustanovila da taj izvor snabdevanja ne može da zadovolji postojeću tražnju. Ovde je reč o efektima ponašanja kompanije Hjugin na stanje konkurencije na tržištu kupca, što je pitanje relevantno za utvrđivanje radnje zloupotrebe dominantnog položaja.

Slučaj Hjugin dobio je snagu precedenta, koji je uticao na kasnije rešavanje sličnih slučajeva u Evropskoj uniji. U slučaju Hilti,²⁸⁷ Komisija se bavila ponašanjem imenovane kompanije da uslovljava nabavku heft-mašina svoje proizvodnje nabavkom kartridža i municije takođe njene proizvodnje. Za razliku od slučaja Hjugin, proizvodnjom kartridža i municije za Hiltijeve heft-mašine, bavili su se i drugi proizvođači. Standardizacija

²⁸⁶ C.W. Baden Fuller, *Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, European Law Review, 1979. s. 426-427.

²⁸⁷ *Hilti AG v. Commission*, slučaj T-30/89, 1991. ECR II-01439.

proizvoda doprinela je da se ista municija može koristiti u heft-mašinama različitih (iako ne svih) proizvođača, što je otvorilo mogućnost da se proizvodnjom municije bave nezavisni proizvođači. Komisija je definisala tri zasebna relevantna tržišta: tržište heft-mašina, tržište kartridža kompatibilnih sa Hiltijevim heft-mašinama i tržište municije kompatibilne sa Hiltijevim heft-mašinama. Hilti je, naprotiv, smatrao da sva tri proizvoda čine deo jednog jedinstvenog relevantnog tržišta. Sud je stao na stanovište da su u pitanju tri odvojena tržišta, jer su uslovi prodaje i nabavke tih proizvoda različiti, podržavši mišljenje Komisije da sama činjenica da na tržištu postoje nezavisni proizvođači kartridža i municije govori u prilog njenom načinu definisanja relevantnog tržišta. Neki od tih proizvođača su se specijalizovali za proizvodnju kartridža i municije za Hiltijeve pištolje, što je takođe potvrđivalo stav da se radi o posebnom tržištu proizvoda – tržištu kartridža i tržištu municije za Hiltijeve heftalice. Sud je odbio prigovor Hiltija istakavši posebno, da bi uključivanje kartridža i municije u jedinstveno relevantno tržište zajedno sa heft-mašinama imalo za posledicu da bi svaki proizvođač patentiranih vrsta heft-mašina mogao da onemogućiti upotrebu municije i kartridža drugih proizvođača, čime bi se ograničila sloboda nezavisnih proizvođača da proizvode potrošni materijal za upotrebu u tim proizvodima. U slučaju Hilti, kao i u slučaju Hjugin, usko definisano relevantno tržište samo po sebi ne mora dovesti do pogrešne odluke, ako se u nekoj drugoj fazi postupka uzmu u obzir konkurentski pritisci koje preduzeće trpi na tržištu glavnog proizvoda.²⁸⁸ Ako se taj faktor ne analizira prilikom definisanja relevantnog tržišta, potrebno je analizirati ga kasnije, prilikom utvrđivanja postojanja dominantne pozicije. Što je veći stepen kompatibilnosti glavnog i sporednog proizvoda i duži životni vek glavnog proizvoda, veća je mogućnost da će proizvođač sporednog proizvoda moći profitabilno da poveća cenu sporednog proizvoda.

Isti način određivanja relevantnog tržišta proizvoda primenjen je i u slučajevima Tetrapak II²⁸⁹ i Majkrosoft.²⁹⁰

9.4.7. Slučaj Tetrapak

U slučaju Tetrapak Komisija je ustanovila da je švedska kompanija zloupotrebila dominantan položaj zbog vezane prodaje mašina za aseptično pakovanje hrane i kartona koji se koriste na tim mašinama. Komisija je za potrebe postupka definisala četiri relevantna tržišta: tržište mašina za aseptično pakovanje mleka i drugih napitaka (UHT), tržište kartona za upotrebu na tim mašinama, tržište mašina za obično (neaseptično) pakovanje mleka i drugih napitaka i tržište kartona za upotrebu na tim mašinama. Kompanija Tetrapak prigovorila je da je reč o sistemu proizvoda koji se sastoji od mašina za pakovanje i kartona za pakovanje na tim mašinama. Ona je smatrala da ti sistemi čine deo

²⁸⁸ Jones, Surfin, *op.cit.*, s. 374.

²⁸⁹ *Tetrapak International SA v. Commission*, C-333/94P, 1996. ECR I-5951, odluka po žalbi na odluku Suda prve instance u slučaju T-83/91, 1994. ECR II-755.

²⁹⁰ Microsoft, odluka Komisije COMP/C-3/37.792.

jednog šireg tržišta proizvoda za pakovanje napitaka. Komisija je ispitivala supstituciju tražnje između pojedinih vrsta pakovanja mleka i drugih napitaka. Tokom petnaestogodišnjeg perioda posmatranja, ustanovljeno je da je tražnja za kartonskim pakovanjima bila relativno stabilna, te da su druge vrste pakovanja koje su se pojavile na tržištu minimalno ugrozile učešće kartonskih pakovanja u ukupnoj potrošnji različitih vrsta pakovanja tečne hrane. Navedene činjenice su, po mišljenu Suda, potvrdile tezu da kartonska pakovanja nisu u dovoljnoj meri zamenjiva sa ostalim vrstama pakovanja, da bi se mogla uključiti u jedno relevantno tržište. Komisija je zatim sproveda analizu supstitucije tražnje aseptičnih i neaseptičnih kartonskih pakovanja. Ona je ustanovila da proizvođači mleka i drugih napitaka ne određuju samostalno način njihovog pakovanja, već to čine rukovođeni navikama u kupovini krajnjih potrošača, na koje kratkoročno gledano ne mogu da utiču. Zbog značajnih razlika u fizičkim karakteristikama aseptičnog i običnog kartonskog pakovanja, koji se ogledaju u dužini trajanja proizvoda, kvalitetu konzervacije i ukusa, kao i malog učešća troškova pakovanja u ceni finalnog proizvoda, postojala je mala unakrsna elastičnost tražnje između te dve vrste pakovanja. Krajnji potrošači nisu bili spremni da se okrenu kupovini druge vrste pakovanja u slučaju malog, ali trajnijeg povećanja cene prve vrste pakovanja i *vice versa*. Navedeno je bilo ključno da Komisija utvrdi da sistemi za aseptično i obično pakovanje čine odvojena relevantna tržišta proizvoda.²⁹¹ Prelazak proizvođača hrane na upotrebu neaseptičnih pakovanja zahtevao je obezbeđenje rashladnih uređaja za skladištenje proizvoda, što je takođe bila okolnost koja je doprinela stavu Komisije da supsticija dva proizvoda sa stanovišta njihovih kupaca nije racionalna opcija. Komisija je razmatrala i mogućnost supstitucije ponude i ustanovila da ona nije moguća, jer proizvodnja mašinskih sistema za aseptično pakovanje zahteva komplikovanu tehnologiju, koju je u to vreme posedovala samo kompanija Tetrapak i njen jedini konkurent, kompanija PKL.

Interesantan je deo odluke koji se odnosi na izdvajanje zasebnih tržišta mašinskih sistema za pakovanja i kartona koji se koriste na tim sistemima. Kompanija Tetrapak istakla je dva argumenta zašto ne bi trebalo izdvajati posebna tržišta: između mašina i kartona koji se na njima koriste postoji prirodna i komercijalna veza; razlozi zaštite javnog zdravlja govore protiv njihovog razdvajanja. Sud je bio mišljenja da ne postoji ustaljen trgovački običaji u pogledu načina korišćenja mašina i kartona.²⁹² U toku postupka utvrđeno je da postoje drugi proizvođači koji se bave isključivo proizvodnjom kartona za aseptično pakovanje, među kojima je i Elopak, italijanska kompanija koja je podnela pritužbu Komisiji. Ti proizvođači nisu proizvodili mašine za pakovanje. Postojanje samostalnih proizvođača sporednog proizvoda, u ovom, kao i u drugim slučajevima, bilo je presudno za utvrđenje da sporedni proizvod pripada zasebnom relevantnom tržištu. Argument zaštite javnog zdravlja je odbijen kao irelevantan, jer privatna kompanija nema kompetencije da štiti javne interese, već je to zadatak državnih organa koji, ako je potrebno, donose odgovarajuće propise.

²⁹¹ Par. 67-68 odluke u slučaju Tetrapak.

²⁹² Par. 82 odluke u slučaju Tetrapak.

9.4.8. Slučaj Majkrosoft

Slučaj Majkrosoft imao je za predmet zloupotrebu dominantnog položaja kompanije Majkrosoft, koja se sastojala u vezanoj prodaji operativnog sistema Vindous i medija-plejera istog proizvođača. Komisija je istakla da su bitni faktori za odluku da li dva komplementarna proizvoda čine dva zasebna relevantna tržišta, postojanje različitih funkcija tražnje za svaki od proizvoda i postojanje nezavisnih proizvođača koji na tržištu samostalno nude sporedni proizvod. Komisija je ustanovila da softvere za emitovanje slike i zvuka na kompjuteru proizvodi veliki broj proizvođača, kao i da je kompanija Majkrosoft proizvodila medija-plejere za operativne sisteme konkurentskih proizvođača softvera. Komisija je takođe uočila da se značajan broj korisnika Vindous operativnog sistema odlučuje za upotrebu video-plejera nezavisnog proizvođača Ril Network koji ne proizvodi nijedan operativni sistem.²⁹³ Sve to je potvrđivalo stanovište da se softveri za operativni sistem i video-plejeri ne moraju prodavati zajedno.

9.4.9. Slučaj Nintendo

Odnos tržišta glavnog i sporednog proizvoda je bilo predmet razmatranja Komisije u slučaju Nintendo.²⁹⁴ Kompanija Nintendo, zajedno sa sedam njenih distributera na tržištu EU-a, kažnjena je zbog dogovora oko podele tržišta EU-a i zabrane paralelne trgovine, čime je onemogućila prodaju video-konzola i video-igrice iz zemalja na čijoj teritoriji je cena bila niža kupcima iz zemalja gde je cena bila viša. U određivanju relevantnog tržišta proizvoda, Komisija je pošla od stava da konzole za video-igrice nisu zamjenjive sa personalnim kompjuterima, jer personalni kompjuteri samo u ograničenom obimu mogu da zadovolje potrebe igrača video-igrice. Konzole za video-igrice su dizajnirane specijalno za igranje video-igrice i imaju tehničke karakteristike koje u potpunosti zadovoljavaju tu potrebu, dok personalni kompjuteri zahtevaju česte i skupe tehničke adaptacije. Uprkos adaptaciji, igranje igrice na kompjuterima je kompleksnije, pa korisnici video-igrice radije koriste specijalne video-konzole. Kompjuter je u proseku pet puta skuplji od konzola za video-igrice, pa je malo verovatno da bi se igrači video-igrice opredelili za kupovinu kompjutera u slučaju malog, ali trajnijeg povećanja cene. Sa aspekta ponude konzola na tržištu, nisu postojali dokazi da je neki proizvođač kompjutera ili elektroničke opreme pokazao spremnost da stupi na tržište konzola za video-igrice. Komisija je dalje razvrstala konzole za video-igrice na statične i ručne konzole, zaključivši da obe vrste konzola čine zasebno relevantno tržište, pre svega s obzirom na činjenicu da zadovoljavaju različite potrebe igrača video-igrice. Statične konzole služe za kućnu upotrebu i koriste se zajedno sa TV-prijemnikom, dok se ručne konzole mogu koristiti na svakom mestu. Konzole se tehnički razlikuju, jer statična mora biti priključena na TV-prijemnik, dok se ručna može koristiti

²⁹³ Par. 803-806 odluke u slučaju Majkrosoft.

²⁹⁴ *PO Video games*, COMP/35.587, *PO Nintendo Distribution*, COMP/35.706 i *Omega-Nintendo*, COMP/36.321, Službeni list EU L255, 2003.

samostalno. Razlike postoje u pogledu kvaliteta slike, boje, i kompjuterske snage. Statične konzole se mogu koristiti za kompleksnije video-igrice, dok su ručne konzole robustnije, primerene jednostavnijim video-igricama. Uočena je velika razlika u ceni između dve vrste konzola. Pojedine vrste statičnih konzola imale su cenu pet puta veću od cene ručnih konzola. U pogledu mogućnosti supstitucije ponude, Komisija je uočila da se stanje konkurencije na tržištu statičnih i ručnih konzola veoma razlikuje. Proizvođači statičnih konzola svakih tri do četiri godine nude na tržištu novu, usavršeniju verziju konzole. Na tržištu ručnih konzola nisu zapaženi pomaci u tom smislu. Na tom tržištu Nintendo je imao samo jednog konkurenta, kompaniju Sega, čija je tržišna pozicija slabila.

U pogledu tržišta video-igrice, uočeno je da postoje različite vrste video-igrice, koje se posebno proizvode za određenu marku i generaciju konzola. Komisija je zaključila da različite tehničke specifikacije pojedinih vrsta konzola onemogućavaju da se video-igrice dizajnirane za upotrebu na konzoli jednog proizvođača koriste na konzolama drugih proizvođača. Štaviše, korisnicima video-igrice nije bilo moguće da video-igrice dizajnirane za starije generacije konzola koriste na novim, tehnički savršenijim konzolama. Povećanje cene video-igrice za jednu vrstu konzola nije moglo da ima za posledicu povećanje tražnje za drugom vrstom video-igrice, jer je promena igrice podrazumevala nabavku nove konzole. Komisija je zaključila da video-igrice za pojedinu vrstu konzole, određenu prema proizvođaču i generaciji, čine zasebna relevantna tržišta. Kompanija Nintendo nije osporila ovaj nalaz Komisije.

Kompanija Nintendo je osporila način određivanja relevantnog tržišta, tvrdivši da se konkurencija odvija između sistema proizvoda, koji se sastoji od konzole - nosača i igrice prilagođenih toj konzoli. Ona je ukazala da proizvođač konzola prilikom eventualnog povećanja cene konzole mora da uzme u obzir ne samo gubitak profita zbog smanjenja obima prodaje konzola, već i gubitak zbog manje tražnje igrice za tu konzolu. Zatim, rast cene jedne vrste konzola utiče ne samo na povećanje tražnje za drugim vrstama konzola, već i igrice dizajniranih za te konzole. Komisija nije uvažila ovaj prigovor, jer činjenica da su dva proizvoda komplementarna na utiče na način određivanja relevantnog tržišta. Nesporno je da je cenovna politika proizvođača komplementarnih proizvoda takva da prilikom određivanja cene za jedan proizvod moraju voditi računa o njenim efektima na tržištu drugih proizvoda.²⁹⁵

Komisija je konstatovala da su kupci jedne marke konzola blokirani prilikom kupovine video-igrice, jer moraju kupovati video-igrice koje odgovaraju toj konzoli. Ona je utvrdila da taj period "blokade" kupaca konzola i video-igrice traje 3-4 godine. Konkurencija između proizvođača konzola i video-igrice odvija se samo u odnosu na nove kupce konzola i one koji žele da zamene stare, prevaziđene konzole. Za tu kategoriju kupaca cena video-igrice može biti jedan od faktora koji ih opredeljuje za kupovinu određene vrste

²⁹⁵ k o n z o l i e .
Par. 44 Odluke.

Međutim, Komisija nije pronašla dokaze da je taj faktor manjeg ili većeg značaja u poređenju sa ostalim faktorima kao što su cena same konzole, njene tehničke mogućnosti, interoperabilnost različitih generacija konzola istog proizvođača, vrsta i dostupnost igrica, pojava nove igrice na tržištu i sl. Prikupljeni dokazi su ukazivali na činjenicu da je tražnja za pojedinim vrstama konzola prilično neelasitična, odnosno da visoka cena Nintendo konzola nije uticala na smanjenje tražnje za tom vrstom konzola. Štaviše, Nintendo je ostvario najbrži rast prodaje video-igrice, iako su igrice za njegove konzole mnogo skuplje u poređenju sa video-igricama kompatibilnim sa Sonijevim konzolama.

Komisija nije potpuno odgovorila na pitanje u kojoj meri cena video-igrice utiče na odabir konzole određenog proizvođača, budući da se Nintendo saglasio sa načinom na koji je Komisija odredila relevantno tržište.

9.4.10. Obaveštenje Komisije o određivanju relevantnog tržišta

Evropska komisija je sopstvena iskustva i stavove Suda pravde u praksi određivanja relevantnog tržišta sistematizovala i objavila u obliku Obaveštenja o određivanju relevantnog tržišta.²⁹⁶ U pogledu definisanja pojmova relevantnog tržišta proizvoda i relevantnog geografskog tržišta Komisija se oslonila na propise na snazi u vreme objavljivanja Obaveštenja. Tako je relevantno tržište proizvoda definisano u skladu sa aktima donetim u cilju primene Uredbe br. 17/62 i Uredbe 4064/89 o kontroli koncentracija, kao tržište sačinjeno od proizvoda koji su zamenjivi sa aspekta njihovih potrošača, po osnovu njihovih karakteristika, nameravane upotrebe i cene. Relevantno geografsko tržište obuhvata prostor na kome preduzeća u pitanju učestvuju u ponudi i tražnji robe ili usluga, na kome su uslovi konkurencije dovoljno homogeni i mogu se izdvojiti od susjednih oblasti, zbog uslova konkurencije koji su dovoljno različiti u tim oblastima.

Svrha određivanja relevantnog tržišta ogleda se u pravilnoj proceni tržišne snage preduzeća i promjenama u strukturi tržišta koje su posledica određenog ponašanja. Faktori koji su od značaja za određivanje granica relevantnog tržišta su, u isto vreme, faktori koji određuju stepen izloženosti konkurentskim pritiscima odnosnog preduzeća. Najznačajniji od tih faktora je supstitucija na strani tražnje, jer se konkurentski pritisak tim putem brzo i efikasno ispoljava. Supstitucija na strani ponude i potencijalna konkurencija imaju sekundarni značaj. Komisija u fazi određivanja relevantnog tržišta razmatra samo pojedine elemente supstitucije ponude, dok potencijalnu konkurenciju i ostale činioce ostavlja za fazu ocene tržišne pozicije odnosnog preduzeća.

Procena faktora supstitucije tražnje započinje određivanjem kruga proizvoda koje potrošači smatraju zamenjivim. Komisija ukazuje da je test pretpostavljenog monopoliste

²⁹⁶ *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, Službeni list EU C 372, 1997.

jedan od načina da se odredi krug proizvoda supstituta. Polazna cena za sprovođenje testa je preovlađujuća cena na tržištu u postupcima kontrole koncentracija. U postupcima zloupotrebe dominantnog položaja uzeće se u obzir mogućnost da je tržišna cena već značajno porasla, što ukazuje da je Komisija svesna rizika da se ponovi greška načinjena u slučaju Celofan.²⁹⁷

Faktor supstitucije ponude uzima se u obzir samo u slučajevima kada se taj oblik supstitucije po svojoj efektivnosti može izjednačiti sa faktorom supstitucije tražnje. Mogućnost supstitucije ponude postoji samo pod uslovom da na tržištu postoje druga preduzeća koja su sposobna da u kratkom roku i bez većih troškova i rizika ponude odgovarajući proizvod. U takvom slučaju, supstitucija ponude može efikasno da disciplinuje preduzeće u pitanju i spreči ga da iskoristi svoju tržišnu snagu na štetu potrošača, odnosno kupaca. Ako supstitucija ponude iziskuje dodatne investicije, strateške poslovne odluke ili određeno vreme, ovaj faktor se neće uzeti u razmatranje prilikom određivanja relevantnog tržišta, već u kasnijoj fazi analize stanja konkurencije. Mogućnost supstitucije ponude se u takvom slučaju analizira u vidu faktora potencijalne konkurencije. Potencijalna konkurencija se analizira nakon što je relevantno tržište već određeno, jer ta vrsta analize zahteva istovremenu analizu prepreka za ulazak na tržište.

Komisija ukazuje da postupak određivanja relevantnog tržišta proizvoda započinje provizornim određivanjem jednog ili, eventualno, više mogućih tržišta, na osnovu informacija kojima raspolaže i podataka koje joj dostave preduzeća učesnici postupka. Ukoliko preliminarna analiza ukaže da na tako definisanim tržištima ne postoje posebni razlozi za zabrinutost u pogledu stanja konkurencije, Komisija može da ostavi pitanje definisanja relevantnog tržišta otvorenim. Komisija na sličan način postupa prilikom određivanja geografskog tržišta. Polazni indikatori granica geografskog tržišta jesu (ne)ujednačenost tržišnih udela konkurenata i cena odnosnog proizvoda na pojedinim geografskim područjima. Za Evropsku uniju specifično je da su preduzeća u većoj meri prisutna na nacionalnim tržištima država – članica u kojima imaju sedište. Razlika u veličini tržišnih udela na teritoriji države domaćina i na teritorijama drugih država ne mora biti presudan faktor u određivanju granica geografskog tržišta. Veliki značaj imaju karakteristike tražnje: preferencije kupaca za kupovinu lokalnih ili nacionalnih proizvoda, tokovi kupovine, izražena proizvodna diferencijacija. To su faktori koji se uzimaju u obzir da bi se utvrdilo da li preduzeća u drugim geografskim oblastima realno predstavljaju alternativan izvor snabdevanja. Važan činilac u definisanju geografskog tržišta predstavljaju različiti oblici prepreka za ulazak, ukoliko se utvrdi da postoje: karakter distribucije proizvoda i uslovi pristupa postojećim kanalima distribucije, različite regulatorne barijere kao što su cenovna ograničenja, tarife i kvote, tehnički standardi, zakonski monopoli, obaveza pribavljanja dozvole, obaveza sprovođenja postupka javne nabavke, uslovi nastanjivanja za pravna i fizička lica itd.

²⁹⁷ Tač. 19.

Potrebne informacije i podatke Komisija dobija od preduzeća učesnika postuka, njihovih konkurenata, kupaca i dobavljača, ostalih preduzeća prisutnih u odnosnoj grani, privrednih udruženja itd. Komisija može sprovesti anketiranje, koje uključuje pitanje o postupanju anketiranog u slučaju malog, ali trajnijeg povećanja cene odnosno proizvoda. Pored toga, u cilju određivanja relevantnog tržišta proizvoda, Komisija se oslanja na sledeće vrste dokaza, ako su dostupni:

- a) dokazi o stvarnim dešavanjima na tržištu u prošlosti, koji svedoče o supstituciji dva proizvoda, kao što je lansiranje novog proizvoda ili promena cena i tražnje pojedinih proizvoda. Ti podaci čine bazu za primenu različitih vrsta ekonometrijskih i statističkih testova elastičnosti i unakrsne elastičnosti tražnje, korelacije cena i analiza uzročnosti korelacije, ujednačenosti nivoa cena i/ili njihove konvergencije;
- b) mišljenja kupaca i konkurenata. Komisija uzima ova mišljenja u obzir ako su razumna i ako ih prikupljene činjenice podržavaju;
- c) dokazi o preferencijama kupaca, o kojima se Komisija informiše na osnovu markentiških studija, istraživanja tržišta, potrošačkih anketa. Komisija veću težinu daje studijama koje su sprovedene u prošlosti za druge potrebe, u odnosu na studije neposredno naručene za potrebe postupka;
- d) dokazi o preprekama supstituciji sa drugim proizvodima, u vidu regulatornih barijera, ograničenja pristupu ushodnom tržištu (sirovinama) ili nishodnom tržištu (kanalima distribucije), potrebnim investicijama, lociranosti kupaca ili prodavaca, riziku snabdevanja od nepoznatog ili nedovoljno poznatog prodavca itd;
- e) dokazi o postojanju različitih kategorija kupaca i mogućnosti prodavca da im naplaćuje različite cene, pod uslovom da je moguće jasno identifikovati kojoj grupi određeni kupac pripada i da nema mogućnosti preprodaje od strane jedne kategorije kupaca ili trećih lica drugoj kategoriji (arbitraže).

Prilikom definisanja geografskog tržišta Komisija uzima u obzir sledeće dokaze:

- a) dokazi o geografskom rasporedu isporuka proizvoda u prošlosti i o promenama cena i tražnje u pojedinim oblastima. Ukoliko takvi dokazi postoje, mogu se primeniti isti kvantitativni testovi kao i prilikom određivanja tržišta proizvoda, sa tim što se u slučaju različitih nacionalnih tržišta moraju uzeti u obzir kursevi valuta, porezi i proizvodna diferencijacija;
- b) osnovne karakteristike tražnje, kao što su lokalne ili nacionalne preferencije, jezik, kultura, način života, potreba lokalnog prisustva prodavca;
- c) tekući geografski tokovi kupovine. Ako kupci nabavljaju proizvode sa različitih lokaliteta u Evropskoj uniji ili izvan nje, vrlo je verovatno da će Komisija odrediti kao geografsko tržište tržište Evropske unije;
- d) tekući geografski tokovi isporuke se uzimaju u obzir ako je broj kupaca toliko veliki da nije moguće ustanoviti tokove kupovine;

- e) prepreke konkurenciji i troškovi za prelazak na alternativne izvore snabdevanja, među kojima su u pogledu geografskog tržišta najznačajniji transportni troškovi i osobenosti proizvoda koje ograničavaju vreme isporuke, kao i regulatorne barijere i ograničenja pristupu kanalima distribucije u određenoj oblasti.

U specifičnim slučajevima Komisija će uzeti u obzir i druge faktore. Tako, u slučajevima koji uključuju glavni i sporedni proizvod, ako se relevantno tržište za sporedni proizvod usko odredi, uzeće se u obzir i uslovi konkurencije na tržištu glavnog proizvoda i karakteristike glavnog proizvoda. Na primer, dug vek trajanja glavnog proizvoda, visoka cena i nedostupnost supstituta za sporedni proizvod, ukazuju na mogućnost proizvođača sporednog proizvoda da naplaćuje monopolsku cenu.

U slučaju proizvoda koji nisu bliski supstituti, postojanje lanaca supstitucije može doprineti širem određivanju relevantnog tržišta. Komisija daje primer geografskih tržišta određenih visokim transportnim troškovima, čije se granice delimično preklapaju, tako do se jedno geografsko tržište nadovezuje na drugo. Slično je sa proizvodima koji međusobno nisu zamenjivi, ali postoji treći proizvod koji je njihov supstitut. Postojanje lanaca supstitucije se mora potkrepiti činjeničnim dokazima, tako što će se, na primer, ukazati na međuzavisnost cena i tražnje proizvoda/teritorije na jednom i drugom kraju lanca.

10. Sporazumi kojim se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija (restriktivni sporazumi)

Sporazumevanje učesnika tržišne utakmice o različitim aspektima njihovog istupanja na tržištu suprotstavlja se osnovnim pokretačkim silama slobodne konkurencije – odnosu rivaliteta i neizvesnosti u vezi sa nameravanim postupcima rivala. Stoga su sporazumi kojima se ograničava slobodna konkurencija (u daljem tekstu: restriktivni sporazumi) zabranjeni u svim jurisdikcijama koje sankcionišu povrede konkurencije. U delu o istorijskom razvoju prava konkurencije videli smo da su engleski *common law* sudovi već u doba ranog kapitalizma sankcionisali ugovore sa klauzulama o ograničenju slobodne trgovine, a da su američki sudovi već u 19. veku pravili razliku između razumnih i nerazumnih ograničenja trgovine. Taj odnos anglosaksonskih sudova odslikava osnovnu protivrečnost inherentnu restriktivnim sporazumima, a koja i danas izaziva probleme u njihovom pravnom regulisanju. Iako se načelno svako sporazumno ograničavanje konkurencije suprotstavlja slobodnom delovanju zakona tržišta i samim tim bi moralo biti zabranjeno, pod određenim uslovima, pojedina sporazumna ograničenja konkurencije mogu doneti koristi stranama u sporazumu, potrošačima i ekonomiji nekog društva u celini. Neophodno je, stoga, da pravo konkurencije obezbedi pravni mehanizam koji će omogućiti izdavanje sporazumnih ograničenja konkurencije sa pozitivnim ekonomskim efektima i njihovo izuzimanje od sankcionisanja. U američkom pravu, prvobitna apsolutna zabrana „svih ugovora, kombinacija... ili zavera da se ograniči trgovina...“ iz člana 1 Šermanovog zakona relativizovana je kroz praksu Vrhovnog suda SAD-a, uvođenjem *rule of reason* standarda.²⁹⁸ Prema stavovima Vrhovnog suda, samo su nerazumna ograničenja trgovine apsolutno zabranjena. U ostalim slučajevima, potrebno je dokazati štetnost ograničenja.

U pravu Evropske unije odnos prema restriktivnim sporazumima je takođe dvoslojan. Članom 101 stav 1 UFEU-a propisana je generalna zabrana restriktivnih sporazuma:

„Sledeće će biti zabranjeno kao inkompatibilno sa unutrašnjim tržištem: svi sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća ili usaglašene prakse koje mogu da ugroze trgovinu između država – članica i koje imaju za svoj cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije na unutrašnjem tržištu, a posebno oni koji:

- a) direktno ili indirektno utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili bilo koje druge uslove trgovanja;
- b) ograničavaju ili kontrolišu proizvodnju, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja;
- c) dele tržišta ili izvore snabdevanja;
- d) primenjuju nejednake uslove na ekvivalentne transakcije sa drugim trgovačkim partnerima, stavljajući ih time u lošiji položaj u konkurenciji;

²⁹⁸ *U.S. v Trans-Missouri Freight Association*, 160 U.S. 290, 1897, *Northern Securities Co. v U.S.*, 103 U.S. 197, 1904., *Standard Oil Co. of New Jersey v U.S.*, 221 U.S. 1, 1911.

e) uslovljavaju zaključenje ugovora prihvatanjem drugih strana dodatnih obaveza koje, po svojoj prirodi ili u skladu sa trgovačkim običajem, nisu u vezi sa predmetom tih ugovora.“

Stavom 2 člana 101 propisana je građanskopravna sankcija – ništavost sporazuma. U stavu 3 predviđena je mogućnost izuzeća za pojedine restriktivne sporazume ili čitave kategorije restriktivnih sporazuma:

„Odredba stava 1 može se, ipak, oglasiti neprimenjivom u slučaju:

- bilo kog sporazuma ili kategorije sporazuma,
 - bilo koje odluke ili kategorije odluka udruženja preduzeća,
 - bilo koje usaglašene prakse ili kategorije usaglašениh praksi,
- koji doprinosi unapređenju proizvodnje ili distribucije robe ili podsticanju tehničkog ili ekonomskog progressa, pri čemu dozvoljava potrošačima pravično učešće u ostvarenoj dobiti i koji:
- a) ne nameće uključenim preduzećima ograničenja koja nisu neophodna za postizanje tih ciljeva;
 - b) ne daje tim preduzećima mogućnost eliminisanja konkurencije u značajnom delu proizvoda u pitanju.“

Iz navedenih odredaba sledi da su, načelno, svi restriktivni sporazumi zabranjeni i ništavni, ali da, takođe načelno, svaki od njih može biti izuzet od zabrane. U praksi Komisije i Suda pravde, pravni režim restriktivnih sporazuma blizak je onom koji postoji u pravu SAD-a. Određene vrste restriktivnih sporazuma (gotovo) nikada ne mogu biti izuzete od zabrane iz člana 101 stav 1, jer u praksi nikako ne mogu ispuniti uslove izuzeća navedene u stavu 3 istog člana. Ostale vrste restriktivnih sporazuma potpadaju pod *rule of reason* režim, odnosno postoji mogućnost njihovog izuzimanja od zabrane, ako se zadovolje materijalnopravni uslovi iz člana 101 stav 3.

10.1. Pojam i oblici restriktivnih sporazuma

Član 101 UFEU-a odnosi se na sporazumne akte dva ili više lica. Sporazum pretpostavlja saglasnost volja, izraženu ma u kom obliku. Saglasnost volja je nužna pretpostavka primene člana 101, što je potvrdio Sud prve instance u slučaju Bajer protiv Komisije:²⁹⁹

„Da bi postojao sporazum u smislu člana 85(1) Ugovora (sadašnji 101, prim. aut.) dovoljno je da su preduzeća u pitanju iskazala svoju zajedničku nameru da se ponašaju na tržištu na određeni način. Što se tiče forme u kojoj je zajednička namera izražena, dovoljno je da stipulacija izražava nameru stranaka da se ponašaju na tržištu u skladu sa njenim uslovima, pri čemu ne treba da konstituiše važeći i obavezujući ugovor prema nacionalnom pravu. Odatle sledi da se pojam sporazuma u značenju iz člana 85(1) Ugovora centririra oko postojanja saglasnosti volja između najmanje dve strane, pri čemu je forma u kojoj je ona manifestovana nevažna sve dotle dok konstituiše veran izraz namere stranaka.

²⁹⁹ *Bayer AG v Commission*, slučaj T-41/96, 2000. ECR II-3383.

Dokaz postojanja sporazuma između preduzeća u značenju člana 85(1) Ugovora mora biti zasnovan na direktnom ili indirektnom nalazu postojanja subjektivnog elementa koji karakteriše sam pojam sporazuma, što će reći saglasnost volja između ekonomskih operatora o primeni politike, ostvarivanju cilja, ili usvajanju datog načina ponašanja na tržištu, bez obzira na način na koji je namera stranaka da se ponašaju na tržištu u skladu sa uslovima sporazuma izražena.³⁰⁰

Navedena odluka Suda prve instance ukazuje na sledeće elemente pojma sporazuma u smislu člana 101 stav 1:

- 1) mora postojati saglasnost volja najmanje dva ili više preduzeća,
- 2) oblik u kojem je saglasnost volja izražena nije od značaja, dokle god je moguće nesumnjivo utvrditi nameru stranaka,
- 3) punovažnost sporazuma prema nacionalnom zakonodavstvu je irelevantna.

Po sebi se razume da sporazumi u pisanoj formi potpadaju pod kategoriju sporazuma, bez obzira na naziv kojim ga strane označavaju: ugovor, protokol, memorandum o razumevanju, okvirni ugovor, punktacije, predugovor, uslovni ugovor, ugovorni aneksi, tipski ugovori, sporazumi o pojedinim pitanjima postignuti u fazi pregovora i dr. Propuštanje stranaka da ugovor zaključe u formi koju propisuje nacionalno zakonodavstvo (npr. sudska overa ili overa kod notara, pribavljanje saglasnosti ili odobrenja od strane nadležnog organa), te činjenica da učesnici sporazuma nisu svoju volju izrazili u jednom dokumentu, već razmenom pismenih izjava, nije od značaja, jer forma sporazuma u kontekstu primene člana 101 služi samo cilju dokazivanja postignute saglasnosti i o čemu su se strane saglasile. Zbog toga i sporazumi zaključeni u nekoj drugoj formi, kao npr. saglasnost volja postignuta razmenom mejlova ili putem drugih vidova elektronskih komunikacija, usmeno ili prećutno, mogu predstavljati restriktivni sporazum iz člana 101, ali se kod njih javlja problem dokazivanja identita osobe koja je dala određenu izjavu ili sadržine izjavljene volje. Iako je, na primer, opšteprihvaćen stav u ugovornom pravu da izjave volje dve strane koje konstituišu ugovor ne moraju biti date u jednoj ispravi, kod sporazuma sklopljenog razmenom mejlova sa elektronske adrese kojoj pristup ima više lica, učesnici sporazuma mogu osporiti svoje učešće u sporazumu.

10.1.1. Prećutno zaključenje ugovora

U evropskim nacionalnim zakonodavstvima opšte je prihvaćeno da se volja ugovornih strana može izraziti i prećutno, tj. određenim ponašanjem iz koga se na siguran način može ustanoviti stvarna namera stranaka.³⁰¹ Tu se može pojaviti problem različitog tumačenja prave sadržine izjavljene volje pretpostavljenih učesnika sporazuma.

Dva slučaja u oblasti distribucije lekova svedoče o navedenom problemu. U mnogim

³⁰⁰ *Ibidem*, par. 69 i 173.

³⁰¹ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1981. s. 257.

državama – članicama EU-a, cene lekova su ograničene. Proizvođači lekova su prinuđeni da prodaju distributerima lekova u tim zemljama pojedine lekove po nižim cenama, kako bi bili prisutni na tržištu. Distributeri lekova koriste priliku da zarade na razlici u ceni lekova, tako što nabavljaju veće količine od proizvođača nego što im je neophodno da zadovolje potrebe domaćeg tržišta i zatim izvoze viškove na tržišta trećih zemalja po višoj ceni. Proizvođači lekova nastoje da osujete takvu praksu, kako bi za sebe sačuvali profit od prodaje u zemljama sa višom cenom lekova, namećući distributerima zabranu izvoza. Takva praksa vodi cepanju unutrašnjeg tržišta EU-a po nacionalnim granicama i stoga je zabranjena.

10.1.1.1. Sandoz

U slučaju Sandoz,³⁰² Komisija je dokaz o postojanju restriktivnog sporazuma našla u činjenici da je proizvođač lekova kontinuirano slao distributerima račune za isporučene lekove sa naznačenom cenom i klauzulom „izvoz zabranjen“. Distributeri su bez ikakvih prigovora plaćali cenu na osnovu ispostavljenih računa i nastavljali da naručuju nove količine lekova. Komisija je ocenila da su novim narudžbinama i odsustvom prigovora u pogledu uslova isporuke, distributeri demonstrirali pristanak na restriktivnu klauzulu. Sud pravde je potvrdio nalaz Komisije.

10.1.1.2. Bajer

U već pomenutom slučaju Bajer, Komisija je ustanovila da su zavisna društva te farmaceutske kompanije u Francuskoj i Španiji inicirala sporazume sa distributerima lekova, kojima su potonjim zabranili izvoz lekova u druge zemlje EU-a. Kompanija se na sudu branila argumentom da je Komisija pogrešno kvalifikovala njeno ponašanje kao sporazum. Kompanija je priznala da je ona sa svoje strane nastojala da onemogući distributere da lekove koje nabavljaju po nižoj ceni, u uslovima ograničenja cena lekova u Francuskoj i Španiji, preprodaju po višoj ceni na tržištima drugih zemalja. Po njenom tvrđenju, Komisija nije ponudila nikakve dokaze da su distributeri pristali na takvu praksu. Shodno tome, nema ni sporazuma. Sud prve instance je stao na stranu okrivljene kompanije. U dokumentima kompanije nije bilo nikakvih dokaza da je Bajer tražio od svojih distributera da se uzdrže od izvoza u treće zemlje, ali je Komisija ocenila da su distributeri razumeli da je kompanija ograničila količinu isporučenih lekova u nameri da ih spreči da izvoze viškove u treće zemlje, te da su distributeri prećutno pristali na njene nemušto izražene zahteve. Po mišljenju Komisije, distributeri su bili svesni pravih motiva Bajera i taktike koju je primenjivao da bi onemogućio paralelni izvoz. Oni su se adaptirali na sistem koji je ustanovio njihov dobavljač, kako bi se uskladili sa njegovim zahtevima.

Sud je, naprotiv, našao da dokazi koje je Komisija priložila svedoče o konstantnim pokušajima francuskih i španskih distributera da se odupru nastojanjima kompanije Bajer,

³⁰² *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Commission*, slučaj C-277/87, 1990. ECR I-00045.

uporno insistirajući na povećanju količina isporuke koje su nominalno bile namenjene za prodaju na domaćem tržištu, kako bi se dokopali količina koje bi, zatim, mogli da izvoze. Po oceni Suda, ti dokazi svedočili su upravo o nepristajanju distributera na ultimatum proizvođača leka: „U odsustvu dokaza o bilo kakvom zahtevu na strani tužioca u pogledu ponašanja trgovaca na veliko u izvozu isporučenih paketa Adalata, činjenica da su usvojili mere da dobiju ekstra količine može se tumačiti jedino kao negacija njihovog navodnog pristajanja... Komisija, konačno, nije dokazala da su trgovci na veliko želeli da ostvaruju Bajerove ciljeve, niti da su želeli da Bajer poveruje da to čine. Upravo suprotno, gore ispitani dokumenti pokazuju da su trgovci na veliko usvojili način ponašanja dizajniran da zaobiđe Bajerovu novu politiku ograničenja isporuka do nivoa tradicionalnih narudžbi.”³⁰³ Sud pravde potvrdio je navode Suda prve instance, osporavajući tvrdnju Komisije da je sistem nadzora nad ponašanjem distributera koji je ustanovila kompanija Bajer dokaz o zaključenom sporazumu. Takav sistem može predstavljati indiciju, ali to nije dovoljan dokaz o zaključenom sporazumu.³⁰⁴ Precizirajući uslove pod kojima se može smatrati da je restriktivni sporazum zaključen prećutno, Sud kaže sledeće: „Da bi se moglo smatrati da je sporazum zaključen prećutnim prihvatanjem, neophodno je da manifestacija volje jedne strane da postigne cilj suprotan konkurenciji predstavlja poziv drugoj strani, bilo izričit ili prećutan, da zajedno ispune taj cilj, a to se naročito primenjuje tamo gde, kao u ovom slučaju, takav sporazum nije u interesu druge strane, a naime trgovaca na veliko.”³⁰⁵ Sud pravde je istakao da bi interpretacija jednostrane politike kompanije kao sporazuma dovelo do zabune oko polja primene člana 102 Ugovora, koji se upravo odnosi na jednostrano ponašanje.

10.1.1.3. Folksvagen II

Stav Suda prve instance izražen u slučaju Bajer, kasnije je potvrđen u drugim slučajevima koji su imali za predmet odnos proizvođača i njegovih distributera. U oblasti distribucije motornih vozila, praksa je da proizvođač automobila zaključuje dugoročne ugovore o distribuciji sa svojim distributerima u pojedinim državama. Kompanija Folksvagen je svojim distributerima dostavila cirkulare kojima je tražila da prilikom prodaje vozila marke Folksvagen Pasat ne odobravaju popuste. Komisija je našla da opisana praksa predstavlja sporazum čiji je cilj da se ograniči konkurencija, suprotan članu 101 UFEU-a.³⁰⁶ Proizvođač automobila je osporio da postoji sporazum između proizvođača automobila i dilera. Komisija je u postupku pred Sudom prve instance obrazlagala da zaključivanjem ugovora o distribuciji distributer ulazi u distributivni sistem proizvođača i pristaje na naknadne promene poslovne politike. Ugovor o distribuciji nije sadržao rezervu u pogledu prava distributera da odbije da izvršava naloge proizvođača čijim izvršenjem distributer čini zabranjeni akt. Sud nije dao za pravo Komisiji. Sud je podvukao da se mora napraviti razlika

³⁰³ *Bayer v Commission, op.cit.*, par. 155-156.

³⁰⁴ *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission of the European Communities v Bayer AG*, sjedinjeni slučajevi C-2/01 P i C-3/01 P, 2004. ECR I-00023, par. 82.

³⁰⁵ *Ibidem*, par. 101.

³⁰⁶ *Volkswagen, COMP/F-2/36.693*, Službeni list EU L 262, 2001.

između jednostranih akata proizvođača i poziva ili naloga koje distributeri prihvataju, izričitim ili prećutnim izražavanjem saglasnosti sa njima. U konkretnom slučaju, Komisija nije našla dokaze da su se distributeri u praksi pridržavali naloga i poziva proizvođača, a Komisija nije u pravu kada zaključuje da potpisivanjem ugovora o distribuciji distributer unapred pristaje da izvršava naloge ili pozive proizvođača da čini nezakonite radnje: „Opšte je prihvaćeno da se može smatrati da je varijacija ugovora unapred prihvaćena, potpisivanjem zakonitog ugovora o dilerisanju, kada je to zakonita varijacija ugovora koja je predviđena ugovorom, ili je varijacija koju, imajući u vidu trgovački običaj ili zakonodavstvo, diler ne bi mogao da odbije. Suprotno, ne može se prihvatiti da je nezakonita izmena ugovora unapred prihvaćena, potpisivanjem zakonitog ugovora o distribuciji. U tom slučaju, saglasnost na nezakonitu varijaciju ugovora može se dogoditi tek nakon što je diler postao svestan varijacije koju želi proizvođač.”³⁰⁷

U slučaju Bajer postojali su dokazi o odupiranju distributera lekova ograničenjima prodaje nametnutim od strane proizvođača. Oni su se aktivno ponašali na način koji je svedočio o njihovoj nameri da ne prihvate sporazum. U slučaju Folksvagen, nisu postojali nikakvi dokazi da su se distributeri eksplicitno ili implicitno saglasili sa ograničenjima koja je nametao proizvođač, već je Komisija takav zaključak bazirala na prirodi poslovnog odnosa proizvođača i distributera.

10.1.1.4. Tisen

U nekim drugim slučajevima rešavanim pred Evropskim sudom, jasno je istaknuto da pasivnost druge strane nije dovoljna za izvođenje zaključka o njenom nepristajanju na ponuđeni sporazum. U slučaju Tisen, Sud prve instance je našao da prisustvo sastanku koji ima za predmet aktivnosti suprotne konkurenciji predstavlja dovoljan dokaz o tome da je sporazum zaključen, ukoliko ne postoje dokazi koji potvrđuju suprotnu nameru jedne od strana u sporazumu.³⁰⁸ Učesnik sastanka koji želi da izbegne sankciju za učešće u restriktivnom sporazumu mora se potruditi da pruži dokaze da nije prihvatio inicijativu za njegovo zaključenje.

10.1.1.5. Enik

U slučaju Enik, italijanski proizvođač polipropilena demantovao je svoje učešće u kartelu koji je imao za cilj utvrđenje minimalnih cena i proizvodnih kvota. Komisija je raspolagala dokazima da je predstavnik proizvođača redovno učestvovao na tajnim sastancima proizvođača koji su se održavali jednom mesečno i na kojima se usaglašavalo buduće ponašanje članova kartela. Italijanski proizvođač je osporio svoj pristanak na učešće u kartelu, pružanjem dokaza da se u praksi on nije ponašao na dogovoreni način. Sud pravde je našao da su ti dokazi irelevantni. Učesnik restriktivnog sporazuma izražava svoju saglasnost samim svojim prisustvom sastancima na kojima se dogovara zabranjeni cilj. Na njemu je da iznese činjenice da on nije pristao na inicijativu za zaključenje sporazuma.³⁰⁹

³⁰⁷ *Volkswagen AG v Commission of the European Communities*, slučaj T-208/01, 2003. ECR II-05141, par. 45.

³⁰⁸ *Thyssen Stahl AG v Commission*, slučaj T-141/94, 1999. ECR II-00347.

³⁰⁹ *Commission of the European Communities v Anic Partecipazioni SpA*, slučaj C-49/92 P, 1999. ECR I-04125, par. 96.

Razlika između slučaja Bajer i Folksvagen, sa jedne strane, i slučaja Tisen i Enik, sa druge strane, ogleda se u činjenici da Evropski sud prisustvo sastanku ne posmatra kao običnu pasivnost. Prema shvatanju Evropskog suda, strana koja učestvuje na sastanku, već činom prisustva sastanku izražava svoju saglasnost sa postignutim dogovorom. Ovakvo shvatanje predstavlja dosta široko poimanje pojma prećutnog zaključenja ugovora, koje odstupa od tradicionalnog.³¹⁰ Teško je, naime, razumeti da činjenica da neko lice prisustvuje sastanku sama po sebi znači da je to lice saglasno sa svim dogovorima koji su na sastanku postignuti.

10.1.2. Mane volje

Ukoliko postoje razlike između unutrašnje volje učesnika restriktivnog sporazuma i izjavljene volje, relevantna je izjavljena volja. Članovi kartela često prihvataju učešće u zabranjenim aktivnostima iz straha od odmazde. Međutim, odsustvo namere kod pojedinih članova kartela da se ponašaju u skladu sa dogovorenim ciljem nije dovoljno da izbegnu sankciju, ako nema dokaza o tome da je član kartela manifestovao svoju stvarnu volju. Pitanje značaja unutrašnje volje kod utvrđivanja odgovornosti za zaključivanje restriktivnog sporazuma postavilo se u slučaju kartela belgijskih proizvođača krovnih pokrivki. Proizvođači pokrivki, od kojih su neki bili članovi udruženja, a neki nisu, međusobno su se dogovarali o minimalnim cenama i proizvodnim kvotama. Pojedini učesnici sporazuma, koji nisu bili članovi udruženja inicijatora kartela, osporili su svoje članstvo u kartelu činjenicom da nikada nisu imali stvarnu nameru da poštuju dogovorene cene i kvote, te da su se u praksi upravo tako i ponašali. Komisija nije prihvatila te argumente: „Ni stanje svesti ne-članica kada su ušli u sporazume u pogledu njihove namere da ih poštuju, niti činjenica da ne-članice nisu stvarno poštovale sporazme (kao što neki dokazi sugerišu), ne bi uticali na nalaz Komisije da su sporazumi nastali i da su ne-članice bile strane u njemu.“³¹¹

Prinuda nad pojedinim učesnikom sporazuma da uzme učešća u njemu nije relevantna za izvođenje zaključka o postojanju restriktivnog sporazuma, iako može biti od uticaja na kasniji položaj učesnika sporazuma u postupku pred Komisijom, jer takav učesnik može biti oslobođen sankcije ili mu kazna može biti ublažena. U slučaju kartela proizvođača gume Hloroprenska guma (eng. *Chloroprene Rubber*),³¹² japanski proizvođač se branio u postupku pred Komisijom da su mu evropski proizvođači pretili da će protiv njega pokretati antidampinške postupke, zbog nižih cena sa kojima je istupao na evropskom tržištu. On je izneo da nije imao interes da učestvuje u kartelu, ali da je bio primoran na to.

³¹⁰ Vid. O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2009., s. 300-301; Perović, *op.cit.*, s. 258-259; I. Jankovec, *Privredno pravo*, Beograd 1999. s. 255-257.

³¹¹ *Roofing Felt Cartel*, slučaj IV/31.371, Službeni list EZ L 232, 1986., par. 86. Sud pravde je potvrdio odluku Komisije u predmetu *SC Belasco and Others v Commission*, slučaj 246/86, 1989. ECR 02117.

³¹² *Denki Kagaki Kogyo Kabushiki Kaisha and Denka Chemicals GmbH v Commission of the European Communities*, slučaj T-83/08, ECLI:EU:T:2012:48.

Sud je potvrdio nalaz Komisije da je, uprkos pretnjama kojima je eventualno bio izložen, on zaključio sporazum sa evropskim proizvođačima. Japanski proizvođač je upozoren da je trebalo da prijavi pretnje kojima je bio izložen Evropskoj komisiji, umesto što je prihvatio učešće u kartelu. Sud je ponovo podvukao da, u slučajevima kada se sporazum sa zabranjenim ciljem postiže na zajedničkim sastancima učesnika, pasivno prisustvo sastanku nije potvrda odsustva volje da se sporazum postigne, već je potrebno da se učesnik sporazuma javno distancira od nameravanog cilja, kako ne bi ostale učesnike sastanka ostavio u pogrešnom uverenju da je saglasan sa dogovorenim. U opisanom slučaju, Komisija nema obavezu da istražuje da li su svi prisutni delili zajedničke ciljeve, niti da li je postojala stvarna saglasnost volja između njih.³¹³

Iako prinuda da se zaključi ugovor predstavlja manu volje zbog koje strana u ugovoru može tražiti njegovo poništenje,³¹⁴ eventualna ništavost ugovora prema nacionalnom zakonodavstvu neće uticati na pravnu kvalifikaciju sporazuma prema članu 101 stav 1 UFEU-a. To je zaključak koji se može izvesti iz slučaja Hloroprenska guma.

10.1.3. Odluke udruženja preduzeća

Vrlo često se događa da se sporazum među preduzećima sa ciljem ili posledicom sprečavanja, ograničavanja ili narušavanja konkurencije sklapa na sastancima privrednih asocijacija, kao što su privredne komore, granska ili profesionalna udruženja i sl. Privredne asocijacije su pogodan medij za postizanje sporazuma, imajući u vidu činjenicu da okupljaju privredne subjekte koji posluju na istom tržištu i koji u velikom broju slučajeva imaju identične ili slične poslovne interese. Kreatori osnivačkih ugovora EU-a smatrali su važnim da istaknu da i akt udruženja preduzeća može predstavljati sporazum koji se suprotstavlja članu 101 UFEU-a, iako u formalnom smislu to nije:

„Treba takođe imati na umu da su definicije sporazuma, odluke udruženja preduzeća i usaglašene prakse predviđene, sa subjektivne tačke gledišta, da obuhvate forme dosluha koje imaju istu prirodu i koje se razlikuju jedna od druge samo po intenzitetu i formi u kojoj se manifestuju. U odnosu prema definiciji odluke udruženja preduzeća..., ona nastoji da spreči preduzeća da izbegnu pravila konkurencije jednostavno na račun forme u kojoj usklađuju svoje ponašanje na tržištu. Da obezbedi efektivnost ovog principa, član 81(1) EZ-a pokriva ne samo direktne metode ponašanja među preduzećima (sporazume i usaglašene prakse) već takođe i institucionalizovane forme saradnje, što će reći situacije u kojima se ekonomski operatori delaju kroz kolektivnu strukturu zajedničkog tela.“³¹⁵

Nesporno je da se odluke organa upravljanja privrednih asocijacija sa obavezujućom snagom za njihove članice podvode pod pojam odluke udruženja preduzeća iz člana 101 stav 1. Osnivački akt udruženja, statuti, opšti uslovi poslovanja ili slični akti koje donose

³¹³ *Ibidem*, par. 184.

³¹⁴ Perović, *op.cit.*, s. 310.

³¹⁵ *Mastercard Inc. and Others v Commission of the European Communities*, slučaj T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260.

organi udruženja takođe predstavljaju odluku udruženja u smislu člana 101 stav 1. Činjenica da je akt udruženja dobio saglasnost ili odobrenje nadležnog državnog organa, ne oslobađa udruženje odgovornosti. Nisu retke situacije da udruženja vrše javna ovlaštenja poverena od strane države. Potrebno je u takvom slučaju razlikovati da li je akt udruženja koji ima za cilj ili posledicu ograničenje konkurencije donet u okvirima koji su postavljeni zakonom ili drugim aktom o poveravanju javnih ovlaštenja ili se udruženje kretalo izvan tih granica. Samo u prvom slučaju udruženje može izbeći odgovornost za doneti akt po osnovu člana 101 stav 1 UFEU-a.

Potrebno je istaći da se i akti udruženja koji nemaju obavezujući karakter ili nose naziv koji, makar prividno, upućuje na to da je reč o aktu neobavezujuće prirode, mogu smatrati odlukom udruženja preduzeća za svrhe primene člana 101 stav 1. U pomenutom slučaju Udruženje osiguravača stvari, odluku o utvrđivanju visine premije osiguranja donelo je telo savetodavnog karaktera u formi preporuke. Komisija je našla da, uprkos tome, postoji odluka udruženja, zbog toga što je poticala od udruženja preduzeća i sadržavala je preciznu izjavu o politici toga udruženja da uskladi ponašanje osiguravača na tržištu. Preporuka je sadržavala imperativnu odredbu o povećanju premija, a njeno poštovanje obezbeđeno je kroz klauzule ugovora o reosiguranju, koji su predviđali da će ugovori osiguranja sa nižom premijom od preporučene biti tretirani kao jedan slučaj podosiguranja.³¹⁶ Načelno, evropski organi će smatrati da suštinski postoji odluka udruženja preduzeća uvek kada postoje dokazi da se udruženje ili njegovi članovi u praksi ponašaju u skladu sa preporukom. Tako je Evropska komisija ustanovila da preporuka holandskog udruženja špeditera FENEX o povećanju tarifa, predstavlja odluku udruženja zabranjenu članom 101 stav 1 UFEU-a. Udruženje se branilo da je svojim članovima samo preporučivalo povećanje tarifa, što oni nisu bili obavezni da poštuju. Komisija se saglasila da je tarifa imala formu preporuke, ali da su propratna cirkularna pisma sadržala naloge sa imperativnim značenjem, kao na primer: „Povećanje tarifa za godinu... biće%. To je rezultat trenda troškova sa kojim se ova grana industrije suočava.“³¹⁷ Takođe, Komisija je uzela u obzir da je povećanje tarifa u zajedničkom interesu špeditera članova udruženja, te da preporučena tarifa predstavlja veran odraz rešenosti udruženja da uskladi ponašanje članova na relevantnom tržištu.³¹⁸ U slučaju udruženja belgijskih preduzeća za snabdevanje vodom, Komisija je ocenila da preporuka članovima da ne priključuju mašine za veš koje nisu imale etiketu o usklađenosti sa belgijskim standardima predstavlja odluku udruženja preduzeća koja ograničava konkurenciju, zbog toga što su se članovi udruženja ponašali u skladu sa preporukom, onemogućujući uvoz mašina bez odgovarajuće etikete, što je vodilo podeli unutrašnjeg tržišta po nacionalnim granicama.³¹⁹

³¹⁶ *Verband der Sachverischerer, op.cit.*, par. 30.

³¹⁷ *Fenex*, IV/34.983, Službeni list EU L 181, 1996., par. 37.

³¹⁸ *Ibidem, op.cit.*, par. 40-41.

³¹⁹ *NVB IAZ International Belgium and Others v Commission of the European Communities*, sjedinjeni slučajevi 96-102, 104, 105, 108 i 110/82, 1983. ECR 03369.

10.1.4. Usaglašena praksa

Postojanje svesti konkurenata o međusobnoj uslovljenosti njihovih ponašanja na oligopolskim tržištima često ima za posledicu ujednačavanje cena na nivou na kom svi konkurenti ostvaruju veći profit. To je pojava koju je objasnio ekonomista Neš uz pomoć teorije igara, o čemu je prethodno bilo reči. Na tržištu na kome postoji svega nekolicina konkurenata, oni vrlo brzo nauče da rat cenama nikome od njih ne donosi ništa dobro, već svesno održavaju cenu na višem nivou, ostvarujući na taj način monopolski profit.³²⁰ Kupci na tržištu i organi za zaštitu konkurencije primećuju ujednačene cene i sumnjaju da između članova oligopola postoji dogovor o cenama. Nešov ekvilibrijum razlog je zašto se ujednačene cene same po sebi ne mogu smatrati indirektnim dokazom o postojanju restriktivnog sporazuma.

Objasnićemo to na sledećem primeru. Na tržištu naftnih derivata redovna je pojava da benzinske pumpe različitih vlasnika podižu (ili snižavaju) cene benzina u ujednačenim iznosima i gotovo istovremeno. Postavlja se pitanje da li se takva praksa može sankcionisati kao restriktivni sporazum? Povećanje cene benzina redovno je posledica okolnosti na koje trgovci naftnim derivatima ne mogu da utiču – rast cena sirove nafte na svetskom tržištu, povećanje carina i poreza od strane države itd. Čak i kada to nije slučaj, povećanje cene benzina koje izvrši jedan od trgovaca, vrlo brzo će pratiti drugi trgovci. Tržište naftnih derivata je transparentno. Cene benzina vidno su istaknute na svakoj benzinskoj stanici. Istog trenutka kad jedan od trgovaca promeni cene na svojim pumpama ostali trgovci su obavesteni o tome i sledi njihova reakcija u vidu povećanja cena u odgovarajućem procentu. Moguć je i drugačiji scenario, da jedan od trgovaca snizi cenu benzina da bi povećao prodaju. Povećanje prodaje trajaće vrlo kratko, jer će njegovi rivali takođe sniziti cene, da bi zadržali ili povećali obim svoje prodaje. Rat cenama sve ih dovodi u situaciju da im se profit smanjuje. Nijedan od njih ne može da poveća značajno obim svoje prodaje, jer je svako sniženje cena od strane jednog trgovca benzinom, praćeno odgovarajućim sniženjem drugih trgovaca. To iskustvo će ih vrlo brzo naučiti da snižavanje cena nikom od njih ne donosi korist.

Sa druge strane, ujednačene cene na tržištu mogu biti indicija da sporazum između konkurenata postoji. Ukoliko tržište nije transparentno, što znači da konkurenti ne mogu lako da saznaju cene po kojima prodaju ostali konkurenti, činjenica da su cene ujednačene može ukazivati da sporazum postoji. Imajući u vidu da pribavljanje direktnih dokaza o postignutom sporazumu može biti vrlo teško u praksi, jer učesnici nezakonitog sporazuma nastoje da prikriju njegovo postojanje, postavlja se pitanje može li se, i pod kojim uslovima, paralelizam u cenama i drugim uslovima poslovanja uzeti kao dovoljan dokaz postojanja restriktivnog sporazuma?

³²⁰ M. Franzosi, *Oligopoly and Prisoner's Dilemma: Concerted Practices and 'as if' Behaviour*, European Competition Law Review, 1988. s. 385-389.

Navedeni problem u pravu Evropske unije nastoji se rešiti institutom usaglašene prakse (eng. *concerted practices*, nem. *Abgestimmte Verhaltensweisen*, franc. *pratique concertée*). Institut je prvi put primenjen u slučaju Dajstafs.³²¹

10.1.4.1. Dajstafs

Devet evropskih proizvođača boja iz različitih zemalja (Nemačke, Francuske, Italije, Švajcarske i Velike Britanije) izvršilo je simultano i u istom procentu povećanje cena svojih proizvoda tokom 1964., 1965. i 1967. godine. Komisija je njihovo ponašanje podvela pod institut usaglašene prakse i kaznila ih visokim novčanim kaznama. Komisija nije raspolagala direktnim dokazima da su proizvođači boja postigli sporazum da podignu cene. Jedini dokaz koji se pominje u odluci Suda je dokaz o sastanku održanom u Bazelu u leto 1967. godine, na kom su svi proizvođači bili prisutni i kada su tri proizvođača najavila da će povećati cene od oktobra.

Komisija je zaključak o postojanju restriktivnog sporazuma izvela iz sledećih činjenica: prvo, da su cene povećavane u identičnim procentima i jednovremeno (prvo povećanje januara 1964. u iznosu od 10%, drugo sa važenjem od januara 1965. u visini od 10, odnosno 15% i treće, od oktobra 1967. u visini od 8%); drugo, da je tržište EEZ-a tada još uvek bilo podeljeno po nacionalnim granicama i da su cene boja na pet nacionalnih tržišta bile različite, ali su povećanja vršena uvek u istom procentu; treće, da se povećanje cena odnosilo uvek na isti asortiman proizvoda (anilinske boje). Komisija je takođe ustanovila da su uputstva o povećanju cena koje su proizvođači slali svojim distributerima sadržala vrlo slične formulacije. Postojanje navedenih činjenica nije se moglo, po mišljenju Komisije, objasniti oligopolskom strukturom tržišta, odnosno svešću proizvođača o međusobnoj uslovljenosti njihovih ponašanja. Sud pravde to potvrđuje sledećim rečima: „Stoga, dok paralelizam u ponašanju po pitanju cena može predstavljati, za preduzeća kojih se to tiče, efikasan i nerizičan cilj, spontano postizanje tog cilja što se tiče momenta, nacionalnih tržišta i asortimana proizvoda u pitanju teško je postići.“⁴³²²

Sud pravde je u slučaju Dajstafs definisao pojam usaglašene prakse kao „oblik saradnje između preduzeća koja, iako ne idu tako daleko da bi postigla sporazum koji bi se propisno mogao tako nazvati, svesno zamenjuju praktičnu saradnju između njih za rizike konkurencije“. Usaglašena praksa sastoji se, prema tome, u 'praktičnoj saradnji', koju Sud objašnjava na sledeći način: „Iako je dozvoljeno za svakog proizvođača da menja svoje cene slobodno i da uzima u obzir u tu svrhu ponašanje, sadašnje i predvidivo, svojih konkurenata, na drugoj strani je u suprotnosti sa pravilima konkurencije Ugovora da proizvođač saraduje sa svojim konkurentima na bilo koji način da bi odredio koordinisani tok akcije koji se odnosi na povećanje cena, i da osigura njen uspeh prethodnim eliminisanjem svake neizvesnosti u pogledu uzajamnog ponašanja koje se odnosi na bitne

³²¹ *Dyestuffs*, odluka Komisije, Službeni list EEZ L 195, 1969; *Imperial Chemical Industries and others v Commission*, sjedinjeni slučajevi 48-57/69, 1972. ECR 619. Vid. F.A. Mann, *The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities*, *International and Comparative Law Quarterly*, br. 1/1973, s. 35-55.

³²² Navedeno prema Mann, *op.cit.*, s. 38.

elemente te akcije, kao što su iznosi, predmet, datum i mesto povećanja³²³. Usaglašenu praksu odlikuje odsustvo spontanosti i to je činilac koji ovaj institut razlikuje od prostog paralelizma u ponašanju. Osim dokaza da su se preduzeća ponašala na isti način (objektivni elemenat), mora postojati i dokaz o tome da su preduzeća imala zajednički cilj ili da je postojalo zajedničko razumevanje ili „susret misli“ (eng. *meeting of minds*). Uslov postojanja drugog, subjektivnog elementa upućuje na zaključak da je i usaglašena praksa jedan oblik saglasnosti volja, odnosno sporazum koji nije postignut izričito. Razlika između prećutnog sporazuma i usaglašene prakse gotovo i da ne postoji i u praksi se svodi na kvalitet dokaza. Po mišljenju komentatora prava konkurencije EU, razlika između pojmova sporazum i usaglašena praksa je fluidna i ti se pojmovi mogu preklapati.³²⁴ Prema Stavu Suda pravde, nije neophodno da Komisija u svojim odlukama napravi jasnu distinkciju između ponašanja koje kvalifikuje kao sporazum ili kao usaglašenu praksu, s obzirom na to da su oba instituta obuhvaćena jednom pravnom normom koja ih podjedanko zabranjuje.³²⁵

10.1.4.2. Šuiker Unie

Proizvođači šećera podelili su evropsko tržište šećera među sobom tako da je svaki od njih snabdevao svoje nacionalno tržište. U slučaju da nacionalni proizvođač šećera nije imao količine potrebne da zadovolji tražnju na svom tržištu, ostali proizvođači šećera su bili u obavezi da isporučuju šećer njemu, a ne direktno kupcima na nacionalnom tržištu. Na taj način je svaki proizvođač kontrolisao cene na svom nacionalnom tržištu. Zaključak da je reč o usaglašenoj praksi, a ne ponašanju izazvanom prilagođavanju uslovima tržišta, Komisija je izvela iz činjenice da se ne može na drugi način objasniti da se proizvođači šećera suzdržavaju da ponude šećer drugim kupcima na određenom nacionalnom tržištu, izuzev konkurentskom proizvođaču, u uslovima kada na tom tržištu vlada nestašica šećera i mogli bi ostvariti veći profit direktnom prodajom. Ugovori između nacionalnog proizvođača i njegovih distributera sadržavali su klauzulu kojom se zabranjuje distributerima da prodaju šećer iz uvoza bez saglasnosti nacionalnog proizvođača. Komisija je takođe ustanovila da su svi proizvođači poslovali pod sloganom „ostati kod kuće“. Odbranu proizvođača šećera da nije postojao zajednički plan da se подели evropsko tržište šećera, Komisija nije prihvatila. Komisija ističe da dokaz usaglašene prakse ne zavisi od činjenice da li su se strane sporazumele o sveobuhvatnom planu. Usaglašena akcija nalazi se u znanju da su odgovarajuće odluke odnosnih strana kompatibilne.³²⁶ Sud pravde u odluci po tužbi proizvođača šećera protiv Komisije produbljuje definiciju usaglašene prakse datu u slučaju Dajstafs. Usaglašena praksa predstavlja praktičnu saradnju između preduzeća koja vodi ka uslovima konkurencije koji ne odgovaraju normalnim tržišnim uslovima, uzimajući u obzir prirodu proizvoda, broj i veličinu preduzeća, kao i veličinu i

³²³ *Ibidem*, s. 36.

³²⁴ J. Faull, A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014. s. 225.

³²⁵ *Anic*, slučaj C-49/92, *op.cit.*, par. 132-133.

³²⁶ *Coöperative Vereniging UA and others v Commission*, sjedinjeni slučajevi 40-48, 50, 54-56, 111, 113 i 114/73, 1975. ECR 01663, s. 1697.

prirodu tržišta u pitanju.³²⁷ „Kriterijum koordinacije i saradnje koji je postavljen odlukama Suda, koji ni na koji način ne zahteva izradu aktuelnog plana, mora se razumeti u svetlu pojma inherentnog u odredbama Ugovora koje se odnose na konkurenciju, da svaki ekonomski operator mora samostalno određivati politiku koju namerava da usvoji na zajedničkom tržištu, uključujući izbor osoba ili preduzeća kojima čini ponude ili prodaje. Iako je korektno reći da ovaj zahtev samostalnosti ne uskraćuje ekonomskim operatorima pravo da se inteligentno prilagođavaju postojećem ili anticipiranom ponašanju svojih konkurenata, on ipak strogo prekludira svaki direktni ili indirektni kontakt između tih operatora, sa ciljem ili posledicom da ili utiču na ponašanje na tržištu stvarnog ili potencijalnog konkurenta ili da otkriju tom konkurentu tok ponašanja koji su odlučili da usvoje ili razmatraju da usvoje na tržištu.“³²⁸

Iz navedenog proizlazi da usaglašena praksa ne pretpostavlja saglasnost konkurenata oko postizanja zajedničkog cilja. Dovoljno je da postoji neka vrsta kontakata između njih koja im omogućuje da se međusobno informišu o nameravanom ponašanju na tržištu. Saznanje takve informacije potire elemenat samostalnosti u donošenju poslovnih odluka koji je nužan uslov slobodne konkurencije.

10.1.4.3. Vudpalp

Slučaj Vudpalp (eng. *Woodpulp* - Drvna masa) odnosi se na usaglašenu praksu 41 proizvođača drveta i dva udruženja proizvođača izvan tadašnje EEZ (iz SAD-a, Kanade, Finske i Švedske) koja se sastojala iz različitih vidova razmene informacija o cenama. Proizvođači su redovno nekoliko nedelja pre početka narednog kvartalnog perioda najavljivali cene po kojima će prodavati drvenu masu u narednom kvartalu. Najave su bile usmene, pismene, telefonom, teleksom, putem specijalizovane štampe ili informativnih agencija. Komisija je ustanovila da su najavljene cene u većini slučajeva bile ugovarane tokom odgovarajućeg kvartalnog perioda. Proizvođači pulpe iz SAD-a bili su okupljeni u organizaciji KEA (eng. *Kraft Export Association*) osnovanoj radi dogovaranja nastupa američkih proizvođača na inostranim tržištima.³²⁹ Aktima te organizacije bilo je predviđeno održavanje redovnih sastanaka na kojima su utvrđivane minimalne cene u izvozu. Članovi organizacije su imali pravo da odstupe od utvrđene minimalne cene, ali su imali obavezu da svako odstupanje prijave direktoru organizacije u najkraćem roku, koji je zatim odlučivao da li će sazvati sastanak organizacije kako bi se razmotrila ta situacija. Komisija je ustanovila da su cene koje je KEA najavljivala u praksi bile poštovane. Trast osnovan u Švajcarskoj pod nazivom Fides, vodio je Istraživački i informacioni centar za potrebe Evropske industrije pulpe i papira. Taj centar služio je kao medijum za sastanke na kojima su članovi redovno diskutovali o cenama i količinama i utvrđivali cenovnu politiku. Iz zapisnika i ostale dokumentacije koju je Komisija pronašla kod članova organizacije, bilo je vidljivo da su članovi bili svesni potrebe povećanja cena u što skorijem roku, kao i da su

³²⁷ *Ibidem*, s. 1916.

³²⁸ *Ibidem*, s. 1942.

³²⁹ U skladu sa Veb-Pomerinovic (eng. *Web-Pomerine*) zakonom u SAD su dozvoljeni sporazumi koji ograničavaju konkurenciju na inostranim tržištima – izvozni karteli.

međusobno i sa članovima ostalih organizacija proizvođača pulpe razmenjivali informacije o cenama koje naplaćuju i nameravanom ponašanju na tržištu. Konačno, Komisija je ustanovila da su opšti uslovi prodaje skandinavskih proizvođača i ugovori o prodaji pulpe američkih i kanadskih proizvođača sadržavali kaluzule kojima se kupcima zabranjuje preprodaja izvan teritorije države uvoza. Komisija je u svojoj odluci³³⁰ tvrdila da je usaglašena praksa proizvođača drvne mase dokazana paralelnim ponašanjem, koje se ne može objasniti uslovima tržišta i zbog toga ne može predstavljati samostalno odabrano paralelno ponašanje u uslovima uskog oligopola, kao i različitim vidovima direktne ili indirektno razmene podataka koji su mogli uticati na njihovo tržišno ponašanje.³³¹

Sud pravde u svojoj odluci u slučaju *Vudpalp*³³² nije u potpunosti podržao nalaze Komisije. U pogledu prakse kvartalnog najavljanja cena, našao je da paralelizam u ponašanju nije dovoljan dokaz da postoji usaglašena praksa, budući da su oligopolni uslovi tržišta i specifičnosti tržišnih uslova u pojedinim periodima mogli dovesti do paralelnog ponašanja učesnika na tržištu. Sud je našao da se sistem najave cena može posmatrati i kao racionalan odgovor proizvođača na činjenicu da tržište drvne mase karakterišu dugoročne isporuke i način da se minimiziraju trgovački rizici. Sličnost datuma najave cena može se objasniti transparentnošću tržišta, koja nije veštački postignuta.³³³ U pogledu prakse usaglašavanja cena unutar američke izvozne asocijacije KEA, Sud je našao da postoje dovoljni dokazi o tome. Sud je odbio prigovor KEA da je u pitanju preporuka o cenama, s obzirom na to da je svaki član organizacije imao obavezu da obavesti direktora grupe o svakom odstupanju od preporučenih cena prilikom ugovaranja isporuke. Sud je, međutim, uvažio prigovor članica KEA da je u pogledu prakse usaglašavanja na evropskom tržištu Komisija svoj nalaz zasnovala na dokazima o kojima strankama nije bila data mogućnost da se izjasne, tako da je taj deo odluke Komisije ukinut iz proceduralnih razloga. Sud je potvrdio nalaze Komisije koji su se odnosili na usaglašavanje prakse u okviru Fide-a i u pogledu ugovornih klauzula o zabrani izvoza.

Slučaj *Vudpalp* doprinosi preciziranju instituta usaglašene prakse utoliko što akcentuje neophodnost ispunjenosti dve pretpostavke – objektivne, paralelnog tržišnog ponašanja koje se ne može objasniti tržišnim uslovima i subjektivne, postojanja dokaza o direktnom ili indirektnom kontaktu između učesnika na tržištu koji je mogao odrediti tok njihovog tržišnog ponašanja. Prema mišljenju generalnog advokata koje je izneto u slučaju *Vudpalp*, subjektivna pretpostavka je zadovoljena samo ako postoji recipročna komunikacija između konkurenata sa ciljem da se daju garancije u pogledu ponašanja na tržištu.³³⁴ Kada je reč o kvartalnim najavama cena, neizvesnost proizvođača da li će najavljene cene biti i primenjivane nije bila otklonjena, zbog čega Sud nije prihvatio stav Komisije da postoji usaglašena praksa jer „...u vreme kada se svako preduzeće angažuje u takvom ponašanju, ono ne može biti sigurno o budućem ponašanju ostalih.“³³⁵

³³⁰ *Wood pulp*, odluka Komisije 85/202, Službeni list EZ L 85, 1985.

³³¹ Par. 82 odluke Komisije.

³³² *Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission*, sjedinjeni slučajevi C-89/85 i dalje, 1993. ECR I-01307.

³³³ Par. 126 odluke Suda.

³³⁴ Navedeno prema A. Jones, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallellism*, European Competition Law Review, 1993, s. 273-279, na s. 276.

10.1.4.4. Trojhand

Kontakti među učesnicima restriktivnog sporazuma mogu se ostvarivati posredstvom trećeg lica koje im nije konkurent (na primer, zajednički distributer ili agent). U takvom slučaju može postojati odgovornost trećega za učešće u restriktivnom sporazumu, ukoliko su ispunjeni uslovi koje je Sud prve instance postavio u slučaju Trojhand.³³⁶ Slučaj se odnosio na kartel tri proizvođača organskih peroksida koji su ovlastili konsultansku kuću sa sedištem u Švajcarskoj da im pruža logističku podršku u sprovođenju njihovog sporazuma o podeli tržišta. Trojhand je organizovao sastanke, čuvao dokumentaciju, prikupljao i obrađivao informacije o komercijalnim aktivnostima učesnika kartela i prosleđivao im te informacije, isplaćivao putne troškove učesnicima sastanaka itd. Komisija je našla da je Trojhand učesnik kartela zajedno sa trojicom proizvođača, bez obzira na to što sam nije bio aktivan na tržištu na kome su se ispoljavali njegovi efekti. Potvrđujući odluku Komisije, Sud prve instance utvrdio je kriterijume koji treba da budu zadovoljeni za sankcionisanje preduzeća koje nije aktivan učesnik restriktivnog sporazuma, ali svojim ponašanjem doprinosi njegovom formiranju i sprovođenju: „Sa tim u vezi, dovoljno je da Komisija pokaže da je preduzeće u pitanju prisustvovalo sastancima na kojima su zaključivani sporazumi suprotni konkurenciji, ne manifestujući svoje protivljenje tim sastancima, da bi se dokazalo na nivou zahtevanog pravnog standarda da je to preduzeće učestvovalo u kartelu. Kako bi se ustanovilo da je preduzeće učestvovalo u jednom sporazumu, sačinjenom od niza nezakonitih akata tokom vremena, Komisija mora dokazati da je preduzeće nameravalo svojim ponašanjem da doprinese ostvarivanju zajedničkih ciljeva svih učesnika i da je bilo svesno suštinskog ponašanja planiranog ili primenjenog od strane ostalih preduzeća u ostvarivanju tih ciljeva, ili da je razumno mogao predvideti to ponašanje, ili da je bilo spremno da prihvati rizik prisustva. Sa tim u vezi, kada preduzeće prećutno odobrava nezakonitu inicijativu, bez da se javno distancira od sadržine te inicijative ili da je prijavi upravnim organima, efekat njegovog ponašanja je da ohrabri nastavak povrede ili da kompromituje njeno otkrivanje.“³³⁷ Prema navedenom, čak i pasivno učešće u nezakonitoj praksi, ukoliko je lice u pitanju svesno ili bi moralo biti svesno da je nezakonita, ima za posledicu odgovornost po osnovu člana 101.

10.2. Ciljna i posledična ograničenja konkurencije

Članom 101 stav 1 UFEU-a zabranjuju se sporazumi koji za cilj *ili* za posledicu imaju ograničenja konkurencije. Navedeno određenje dovelo je do podele svih sporazuma obuhvaćenih članom 101 UFEU-a u pravnoj teoriji i praksi organa EU i nacionalnih organa za konkurenciju država – članica na sporazume sa ciljnim i sporazume sa posledičnim ograničenjima konkurencije. Iako bi načelno i jedna i druga grupa sporazuma trebala da ima isti pravni tretman, jer se članom 101 zabranjuju svi sporazumi koji ograničavaju konkurenciju, u praktičnoj primeni postoje krupne razlike, koje se ogledaju u

³³⁵ Odluka Suda u slučaju Vudpalp, par. 64.

³³⁶ *AC Treuhand AG v Commission*, slučaj T-99/04.

³³⁷ *Ibidem*, par. 130.

vrsti i kvalitetu dokaza potrebnih za kvalifikaciju sporazuma kao restriktivnog, mogućnosti izuzeća sporazuma od zabrane po osnovu člana 101 stav 3 UFEU-a, itd. Suprotnost sporazuma sa ciljnim ograničenjima konkurencije članu 101 stav 1 UFEU-a proističe već iz njihove sadržine, pa nije potrebno dokazivati štetne posledice koje sporazum izaziva za potrošače i stanje konkurencije. Kod sporazuma sa posledičnim ograničenjima konkurencije, neophodno je utvrditi da li sporazum izaziva štetne posledice u datim tržišnim okolnostima. Navedeno je pojasnio Sud pravde u slučaju *Gleško – Smit – Klajn*.³³⁸

„Kao prvo, mora se imati na umu da antikompetitivni cilj i efekat sporazuma nisu kumulativni već alternativni uslovi za ocenu da li takav sporazum dolazi u opseg zabrane postavljene članom 81(1) EZ-a. U skladu sa ustanovljenom sudskom praksom još od slučaja 56/65 LTM (1966) ECR 235, alternativna priroda uslova, naznačena veznikom 'ili', vodi prvo do potrebe da se razmotri precizna svrha sporazuma, u ekonomskom kontekstu u kom treba da bude primenjen. Gde, ipak, analiza sadržine sporazuma ne otkriva u dovoljnom stepenu štetu za konkurenciju, posledice sporazuma treba da budu razmotrene i da bi bio obuhvaćen zabranom neophodno je pronaći da su prisutni oni činioci koji pokazuju da je konkurencija stvarno sprečena, ograničena ili narušena u značajnom obimu. Takođe je očigledno iz sudske prakse da nije neophodno ispitati efekte sporazuma jednom kada je njegov antikompetitivni cilj ustanovljen.“

10.2.1. Horizontalni i vertikalni sporazumi

Kako bi se lakše razumelo razlikovanje ciljnih i posledičnih ograničenja konkurencije, neophodno je prethodno napraviti distinkciju između horizontalnih i vertikalnih sporazuma. Horizontalnim sporazumima se označavaju sporazumi koji se zaključuju između konkurenata, stvarnih ili potencijalnih.³³⁹ Nazivaju se horizontalnim zbog toga što učesnici sporazuma posluju na istom nivou lanca proizvodnje ili isporuke robe (ili usluga). To su sporazumi između proizvođača određene vrste robe ili sporazumi među pružiocima određene vrste usluga, sporazumi među trgovcima na veliko ili sporazumi među trgovcima na malo. Štetnost sporazumnih ograničenja konkurencije među konkurentima retko se dovodi u pitanje, jer se sporazumevanje među konkurentima suprotstavlja osnovnoj ideji slobodne tržišne utakmice – da svaki konkurent potpuno slobodno i samostalno donosi svoje odluke o cenama, obimu ponude i drugim uslovima poslovanja. Sporazumevanje među konkurentima otklanja neizvesnost tržišne utakmice, koja je nužna pretpostavka delovanja zakona ponude i tražnje. Navedeno ipak ne znači da konkurenti ne smeju uopšte međusobno da poslovno saraduju. Pojedini oblici poslovne saradnje između konkurenata svakako donose koristi ne samo njima, već i njihovim kupcima, pa i ekonomiji u celini.

³³⁸ *GlaxoSmithKline v Commission*, sjedinjeni slučajevi C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, 2009. ECR I-09291, par. 55.

³³⁹ *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements*, par. 1.

Prema definiciji datoj u Uredbi 330/2010, vertikalni sporazumi su sporazumi između dva ili više preduzeća, od kojih svako posluje za svrhe sporazuma, na različitom nivou proizvodnog ili prometnog lanca i koji se odnosi na uslove pod kojima strane u sporazumu mogu kupovati, prodavati ili preprodavati robu ili usluge.³⁴⁰ To su sporazumi između proizvođača i trgovca na veliko, zastupnika ili distributera ili između trgovca na veliko i trgovca na malo. S obzirom da učesnici sporazuma ne posluju na istim tržištima, ograničenja konkurencije ne izazivaju neizbežno, ili makar na prvi pogled, štetne posledice na blagostanje potrošača i druge ciljeve prava konkurencije. Naprotiv, vertikalni sporazumi vrlo često donose koristi, unapređujući proces prodaje i distribucije robe i povećavajući kvalitet usluge za kupce ili potrošače prilikom ili nakon obavljene kupovine. Na primer, trgovac koji ima zaključen ugovor o ekskluzivnoj distribuciji sa proizvođačem kućnih aparata određene robne marke, redovno se obavezuje da kupcima robe obezbedi rezervne delove i opravku uređaja u određenom roku nakon kupovine. Usluge servisa su za kupce korisne, a ekskluzivitet u prodaji omogućuje trgovcu koji naplaćuje nešto višu cenu robe da pokrije troškove pružanja servisnih usluga i održavanja skladišta rezervnih delova. U slučaju vertikalnih sporazuma redovno je potrebno uporediti štete i koristi za učesnike sporazuma i kupce ili potrošače koje donose sporazumna ograničenja konkurencije. Zbog toga odnos prava konkurencije prema vertikalnim sporazumima ne može biti jednoznačan, već je u pravilu potrebno utvrđivati efekte sporazuma od slučaja do slučaja.

10.2.2. Ciljna ograničenja konkurencije među konkurentima (horizontalna ciljna ograničenja)

Definicija sporazuma sa ciljnim ograničenjima konkurencije data je u Smernicama Komisije o primenljivosti člana 101 UFEU-a na horizontalne sporazume o saradnji. Ciljna ograničenja konkurencije su takva ograničenja koja po samoj svojoj prirodi imaju potencijal da ograniče konkurenciju.³⁴¹ Sud pravde u slučaju BIDS-a ističe da „se određene forme koluzije između preduzeća mogu smatrati, po samoj svojoj prirodi, kao štetne za propisno funkcionisanje normalne konkurencije.“³⁴²

Među horizontalnim sporazumima koji imaju za cilj ograničenje konkurencije, najveći značaj (po štetnosti posledica koje izazivaju) imaju karteli ili teška ograničenja (eng. *hard-core*). Sledeće vrste horizontalnih sporazuma sadrže teška ograničenja konkurencije:

- 1) sporazumi kojima se utvrđuju cene - član 101 stav 1 tačka a) UFEU-a;
- 2) sporazumi kojima se ograničava ponuda – član 101 stav 1 tačka b) UFEU-a;
- 3) sporazumi kojima se dele tržišta ili kupci – član 101 stav 1 tačka c) UFEU-a;
- 4) kolektivni bojkot – član 101 stav 1 tačka d) UFEU-a.

³⁴⁰ Član 1 (1)(a) Uredbe 330/2010.

³⁴¹ Par. 24

³⁴² *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, odluka po zahtevu za preliminarno mišljenje C-209/07, 2008. ECR I-08637, par. 17.

10.2.2.1. Sporazumi o cenama

Sporazumi kojima konkurenti međusobno utvrđuju cene po kojima će prodavati (ili, ređe, kupovati) robu ili usluge direktno se suprotstavljaju osnovnom vidu konkurencije – konkurenciji cenama. Umesto da se međusobno takmiče za kupce nižom cenom, konkurenti eliminišu konkurenciju dogovarajući se po kojoj ceni će prodavati, kako bi svi zajedno ostvarili veći (monopolski) profit. Sporazum o cenama je sredstvo putem kojeg se konkurentna struktura tržišta pretvara u monopolsku – prodavci nastupaju prema kupcima u jednom bloku – monolitno. Kupac nema nikakvu mogućnost da bira po kojoj ceni će kupovati.

a) Minimalne cene

Konkurenti među sobom najčešće utvrđuju minimalne cene po kojima će prodavati (odnosno maksimalne cene, ako se pojavljuju u ulozi kupca), ali to nije jedini oblik sporazuma o cenama koji je obuhvaćen zabranom iz člana 101 stav 1 tačka a). Dogovaranje o pojedinim elementima cene takođe predstavlja zabranjeni sporazum. Na primer, sporazum kojim se konkurenti obavezuju da neće odstupati od objavljenih cena, odobravanjem popusta, rabata ili slično, suštinski predstavlja sporazum kojim se utvrđuju cene. U slučaju FETTCSA,³⁴³ brodari članovi konferencije koji su prevozili robu na rutama za Daleki istok sporazumeli su se da neće odstupati od unapred objavljenih tarifa prevoza. Komisija je izrekla brodarima kaznu za učešće u zabranjenom sporazumu, iako je u postupku utvrdila da nisu bili svesni protivpravnosti klauzule o obavezi pridržavanja objavljenih cena, budući da su dobili savet od svojih pravnih konsultanata da je njihov sporazum legalan.

b) Preporučene ili ciljne cene

Horizontalni sporazum o preporučenim ili ciljnim cenama takođe ne izmiče zabrani iz člana 101 UFEU-a, budući da utvrđivanje preporučenih ili ciljnih cena omogućava konkurentima da predvide tržišno ponašanje ostalih. U slučaju Udruženja trgovaca cementom,³⁴⁴ učesnici kartela su iznosili argument da ciljne cene ostavljaju slobodu svakom učesniku sporazuma da samostalno određuju prodajne cene cementa. Sud nije prihvatio ovaj argument: „Utvrdivanje cene, čak i kada predstavlja samo cilj, pogađa konkurenciju jer omogućuje svakom učesniku da sa razumnim nivoom sigurnosti predvidi koju će cenovnu politiku njegovi konkurenti slediti.”³⁴⁵ Sud je ciljne cene posmatrao u svetlu ostalih odredaba sporazuma, prema kojima su učesnici imali obavezu da iskazuju profit u odnosu na ciljne cene i koje su predviđale sistem nadzora nad poštovanjem sporazuma, uključujući i sankcije.

Sporazumi o utvrđivanju cene pojedinih usluga imaju istovetan tretman – smatraju se ciljnim ograničenjima konkurencije. Komisija EU je 2007. godine donela odluku da su naknade koje je sistem platnih i debitnih kartica Viza naplaćivao po svakoj platnoj

³⁴³ *Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA)*, odluka Komisije IV/34.018, Službeni list EU L 268, 2000.

³⁴⁴ *Vereeniging van Cementhandelaren v Commission*, slučaj 8/72, 1972. ECR 977.

³⁴⁵ *Ibidem*, par. 21.

transakciji bankama kod kojih trgovci imaju otvorene račune sporazum suprotan članu 101 – odluka udruženja preduzeća kojom se utvrđuju cene.³⁴⁶

c) Utvrđivanje cena na javnom nadmetanju

Sporazum učesnika u cilju izigravanja javnog nadmetanja (eng. *bid rigging*) najčešće po svojoj sadržini predstavlja sporazum o cenama. Sporazumima kojima učesnici javnog nadmetanja unapred određuju ishod javnog nadmetanja nanosi se šteta kupcima – organizatorima nadmetanja, ali se šteta prouzrokuje i društvu u celini, ako se troškovi nabavke plaćaju iz javnih sredstava. Vrlo često su sporazumi učesnika javnog nadmetanja praćeni dogovorom između neposrednog organizatora i jednog od učesnika nadmetanja, koji ima za cilj da službenicima organizatora obezbedi 'učešće' u profitu učesnika. Ovaj drugi dogovor obuhvaćen je krivičnim zakonodavstvom, jer je reč o koruptivnom ponašanju. Samo su sporazumi između učesnika nadmetanja predmet sankcionisanja u pravu konkurencije. Sporazum kojim se izigrava javno nadmetanje može imati različite modalitete, kao na primer rotirajuće ponude kod sukcesivnih nabavki, koje obezbeđuju smenjivanje pobjednika na nadmetanju po određenom redosledu ili pokrivene ponude, kada se ponuđači saglašavaju da dostave ponude sa većom cenom u zamenu za novčanu kompenzaciju ili dobijanje dela posla u svojstvu podugovarača.³⁴⁷

d) Razmena informacija o cenama

Komisija u svojim Smernicama o primenjivosti člana 101 UFEU-a na horizontalne sporazume o saradnji navodi razmenu informacija o budućim cenama kao jedan oblik ciljnih ograničenja konkurencije. Informacije o nameravanoj cenovnoj politici mogu podstaći koordinaciju tržišnog ponašanja konkurenta i omogućiti nadzor nad ponašanjem članova kartela i sankcionisanje svakog odstupanja od dogovorenog. Razmena informacija o cenama može imati funkciju sredstva sprečavanja ulaska novih konkurenata na tržište. Potencijalni konkurenti kojima nisu dostupne informacije o cenama imaju hendikep u odnosu na aktualne konkurente koji tu informaciju imaju.³⁴⁸ Takva praksa po pravilu ima za cilj usaglašavanje cenovne politike, te se stoga sankcioniše kao cenovni kartel.³⁴⁹ Uslov za sankcionisanje, međutim, jeste da razmena informacija o cenama predstavlja deo sporazuma konkurenata ili njihove usaglašene prakse. Mora se kao minimum utvrditi postojanje direktnog ili indirektnog kontakta među konkurentima ostvarenog sa ciljem ili sa posledicom uticanja na njihovo tržišno ponašanje ili otkrivanja ponašanja koje se namerava ili razmatra preduzeti.³⁵⁰

Ukoliko se utvrdi da je razmena informacija o cenama bila deo sporazuma između konkurenata ili praksa koju su usaglasili među sobom, oblik i način razmene informacija neće biti od značaja za njenu protivpravnost. Razmena informacija može se obavljati privatnim kanalima ili putem sredstava javnog informisanja. Komisija je 2002. godine

³⁴⁶ *Visa Multilateral Interchange Fees*, odluka Komisije AT.39398, Službeni list EU C 147, 2014.

³⁴⁷ Vid. OECD, *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, Paris 2009.

³⁴⁸ OECD, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, Paris 2010., s. 10-11.

³⁴⁹ *Guidelines on the applicability of Article 101 of the TFEU to horizontal cooperation guidelines*, par. 72-74.

³⁵⁰ OECD, *Information Exchanges*, op.cit., s. 310.

kaznila kartel četiri velika svetska proizvođača banana (*Dole, Chiquita, Weichert i Del Monte*). Usaglašavanje cena odvijalo se tako što su proizvođači krajem radne nedelje objavljivali cenu banana koju planiraju za narednu nedelju. Komisija je ustanovila da su pre objavljivanja cene za narednu nedelju menadžeri kompanija telefonirali jedan drugom da bi razmenili informacije o cenama koje nameravaju da objave. Na taj način usaglašavali su svoje najavljene cene. Uprkos tome što cene koje su zaista ugovarane nisu uvek bile identične najavljenim, Komisija je našla da opisana praksa predstavlja ciljno ograničenje konkurencije.³⁵¹

10.2.2.2. Sporazumi o ograničavanju ponude

Sporazumi o proizvodnim ili prodajnim kvotama imaju jednak efekat kao i sporazumi o cenama, jer se ograničavanjem ponude na tržištu izaziva povećanje cena. Prethodno je objašnjeno da monopolista povećava cene upravo tako što snižava ponudu do nivoa na kom je proizvod prodatih količina i njegovog profita po prodatoj jedinici najveći. Ukoliko nudi na tržištu količinu koja zadovoljava tražnju, cena pada i njegov profit se srazmerno smanjuje. Zbog toga mu je isplativije da smanji obim ponude i tako poveća jediničnu cenu i profit. Drastično smanjenje obima ponude izazvalo bi izuzetno visok rast cene, ali bi njegov ukupno ostvareni profit bio relativno mali, zbog malog broja prodatih jedinica robe. Zbog toga on snižava ponudu do nivoa na kom ostvaruje najveći ukupno ostvaren profit. U uslovima konkurencije, sporazumi o proizvodnim ili prodajnim kvotama omogućuju da se ukupna ponuda na tržištu smanji na nivo koji obezbeđuje monopolsku cenu. Štetnost prakse utvrđivanja proizvodnih i prodajnih kvota za konkurenciju na tržištu i kupce i potrošače potvrđena je i u okviru drugih međunarodnih organizacija. Opšti sporazum o carinama i trgovini, zaključen u okviru STO, apsolutno zabranjuje državama – potpisnicama da uvede i primenjuju količinska ograničenja uvozu robe.

Karteli kojima se za svakog učesnika utvrđuje obim proizvodnje ili prodaje opstaju ukoliko učesnici predvide sistem nadzora nad poštovanjem preuzetih obaveza. Članovi kartela često su podstaknuti da 'varaju', ne poštujući dogovoreno, kako bi povećali obim svoje prodaje i ostvarili veći profit na štetu ostalih članova kartela. Slučaj kartela Proizvođači olova³⁵² pokazuje važnost predviđanja šeme praćenja ponašanja članova kartela. Proizvođači olova iz Velike Britanije, Nemačke i Holandije su se sporazumeli da će svaki od njih snabdevati jednu trećinu količina olova koje se izvozi u zemlje izvan EU-a. Kako bi kontrolisali primenu sporazuma, formirali su zajedničku kancelariju koja je imala zadatak da prikuplja informacije o njihovim isporukama olova, kako unutar Evropske unije tako i izvan nje. U slučaju Italijansko ravno staklo,³⁵³ poštovanje dogovorenih prodajnih kvota se obezbeđivalo tako što su proizvođači imali aranžman da jedan drugom isporučuju potrebne količine proizvoda kako bi uvek mogli da izađu u susret zahtevima kupaca.

³⁵¹ *Bananas*, odluka Komisije IV/39.188, Službeni list EU C 189, 2009. Odluka Komisije potvrđena je u odlukama Opšteg suda u slučajevima *Fresh del Monte Produce v Commission*, T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129 i *Dole Food and Dole Germany v Commission*, T-588/08, ECLI:EU:T:2013:130.

³⁵² *Associated Lead Manufacturers Ltd. (White Lead)*, odluka Komisije IV/29.535, Službeni list EZ L 21, 1979.

³⁵³ *Italian Flat Glass*, Službeni list EZ L 33, 1989.

Pomenuti slučaj BIDS odnosio se na plan racionalizacije proizvodnje mesa koji su usvojili irski klaničari i prerađivači, kako bi se prevazišle negativne posledice prevelikih kapaciteta. Plan je predviđao da se smanji broj klaničara sa 20 na 4-6, kao i da se smanji ukupan obim proizvodnje za 25%. Klaničari koji bi u skladu sa planom prestali da rade dobili bi novčanu kompenzaciju od preostalih klaničara, uz uslov da se potpuno povuku sa tržišta proizvodnje i prerade mesa na određeni broj godina. Plan je podržalo irsko ministarstvo poljoprivrede. Irsko telo za konkurenciju je tražilo od suda da zabrani izvršenje plana, a irski Vrhovni sud obratio se sa zahtevom za preliminarno mišljenje Sudu pravde EU. Učesnici sporazuma su izneli argument da njihov sporazum nema za cilj ograničenje konkurencije, te da neće naneti štetu potrošačima, već će omogućiti racionalizaciju proizvodnje u industrijskoj grani koju karakterišu preveliki proizvodni kapaciteti, što će doprineti njenoj većoj konkurentnosti. Sud pravde nije prihvatio taj argument, sa obrazloženjem da se može smatrati da sporazum sadrži ciljno ograničenje konkurencije čak i kada to nije njegov jedini cilj, već takođe ostvaruje i druge legitime ciljeve.³⁵⁴

Slučaj kartela Građevinska i konstruktivna industrija u Holandiji,³⁵⁵ zapanjujućih razmera (obuhvatao je 28 organizacija koje su okupljale 4.000 holandskih građevinskih firmi, a još 3.000 je povremeno uzimalo učešća), vrlo dobro ilustruje način na koji učesnici javnog nadmetanja ograničavaju konkurenciju. Građevinari su preko svojih organizacija bili učlanjeni u krovnu asocijaciju SPO. SPO je donosio jedinstvena pravila o cenama i konkurenciji za sve članice, koja su bila obavezujuća, a njihovo poštovanje se obezbeđivalo sprovođenjem kvazi-sudske procedure i sankcijama za nepoštovanje pravila. Pravila SPO-a su predviđala šemu učešća na nadmetanjima koja su organizovali javni i privatni investitori. U skladu sa pravilima, svaka firma je imala obavezu da prijavi svoju nameru da učestvuje na nadmetanju asocijaciji. Asocijacija bi zatim organizovala sastanak zainteresovanih ponuđača na kome su oni razmenjivali informacije o troškovima izvođenja projekta i odlučivali koji od njih će dobiti posao. Ostali ponuđači su bili obavezni da ne podnose ponudu sa nižom cenom od 'ovlašćenog' ponuđača. Ponuđači su se takođe dogovarali oko pokrića troškova za učešće na nadmetanju, tako što je ovlašćeni ponuđač uvećavao svoju ponudu za troškove učešća svih ostalih ponuđača. Pravila SPO-a su predviđala sistem sankcija za nepoštovanje, čiji se raspon kretao od opomene do novčane kazne u iznosu od 15% od procenjene vrednosti projekta.

Razmena informacija o planiranom obimu proizvodnje predstavlja ciljno ograničenje konkurencije pod istim uslovima kao i razmena informacija o nameranim cenama.³⁵⁶ U slučaju kartela evropskih proizvođača cinka, Komisija je ustanovila da su se članovi kartelne organizacije obavezali da neće gradiiti nove proizvodne kapacitete, a da prethodno o tome ne informišu kartelnu organizaciju. Članovi kartela su takođe imali obavezu da informišu o proizvedenim količinama, kako bi se na taj način kontrolisalo poštovanje dogovora o proizvodnim kvotama.³⁵⁷ Komisija je ocenila da obaveza

³⁵⁴ *BIDS, op.cit.*, par. 21.

³⁵⁵ *Building and Construction Industry in the Netherlands*, odluka Komisije, Službeni list EZ L 92, 1992.; odluka Suda prve instance *SPO v Commission*, slučaj T-29/92, 1995. ECR II-289

³⁵⁶ *Guidance on restrictions of competition „by object“*, tač. 2.6.

obaveštavanja o investicionim planovima i kasnija diskusija među članovima organizacije u vezi sa tim daleko prevazilazi prihvatljive granice razmene informacija o investicijama. Komisija je navela da se prihvatljivom razmenom informacija o investicijama može smatrati obaveštavanje o tržišnim prognozama i postojećim proizvodnim kapacitetima.³⁵⁸

U slučaju konferencije brodara koji plove na ruti Evropa–Daleki istok (EATA), brodari su punih pet godina međusobno razmenjivali mesečne informacije o maksimalnim deklarisanim kapacitetima, popunjenim slotovima na mesečnom nivou, utovarenom teretu, predviđanju popunjenosti kapaciteta za svaki brod za naredna dva meseca, procenjenim mesečnim ukupnim količinama tereta za naredna četiri meseca itd. Informacije koje su se razmenjivale među članovima organizacije nisu bile agregirane, već su se odnosile na svakog člana konferencije pojedinačno. Po oceni Komisije, razmena podataka omogućavala je članovima konferencije da kontrolišu i obezbede poštovanje odluka konferencije o ograničenju kapaciteta.³⁵⁹

10.2.2.3. Sporazumi o podeli tržišta

Sporazumi o podeli tržišta predstavljaju ciljna ograničenja konkurencije, zbog toga što obezbeđuju učesnicima sporazuma faktički monopol na dodeljenom delu tržišta. Svaki od učesnika time stiče mogućnost da naplaćuje monopolsku cenu na svom delu tržišta. Sporazumi o podeli tržišta su naročito efikasan metod za ostvarivanje monopolskog profita, jer se štedi na troškovima nadzora i kontrole sprovođenja sporazuma, što je nužnost kod ostalih oblika kartela. Svaki učesnik sporazuma je gospodar na svom delu tržišta. 'Varanje' se lako otkriva, jer u slučaju podele tržišta ono podrazumeva plasman robe jednog učesnika na teritoriji drugog učesnika.³⁶⁰

Osim što nanose štetu kupcima, koji moraju da plaćaju više cene, sporazumi o podeli tržišta se suprotstavljaju specifičnom cilju EU – uspostavljanju jedinstvenog tržišta. Zbog toga organi EU strogo sankcionišu sporazume kojima se jedinstveno tržište deli po nacionalnim granicama. „U jednom broju slučajeva Sud je našao da su sporazumi koji imaju za cilj podelu nacionalnih tržišta po nacionalnim granicama ili koji čine ulazak na nacionalna tržišta težim, a posebno one koji imaju za cilj sprečavanje ili ograničavanje paralelnog izvoza, sporazumi čiji je cilj ograničavanje konkurencije.“³⁶¹ Sud ističe da sporazum sadrži ciljna ograničenja konkurencije ne samo u slučaju kada se tim ograničenjima nanosi šteta potrošačima, već i kada je ugrožena konkurentna struktura tržišta, odnosno konkurencija kao zaštitni objekat. "Kao prvo, nema ničega u toj odredbi (članu 101 UFEU-a, prim. aut.) da ukazuje da samo oni sporazumi koji lišavaju potrošače izvesnih prednosti mogu imati cilj suprotan konkurenciji. Drugo, mora se imati na umu da je Sud zauzeo stav da, kao i ostala pravila konkurencije postavljena Ugovorom, član 81 ima

³⁵⁷ *Zinc Producer Group*, Službeni list EZ L 220, 1984., par. 38.

³⁵⁸ *Ibidem*, par. 68.

³⁵⁹ *Europe Asia Trade Agreement (EATA)*, odluka Komisije IV 34.250, Službeni list EU L 193, 1999., par. 154 i 155.

³⁶⁰ *Whish, op.cit.*, s. 477.

³⁶¹ *GlaxoSmithKline, op.cit.*, par. 61.

za cilj da zaštiti ne samo interese konkurenata ili potrošača, već i strukturu tržišta i to čineći, konkurenciju kao takvu. Posledično, za nalaženje da sporazum ima cilj suprotan konkurenciji, nije neophodno da krajnji potrošači budu uskraćeni za prednosti efektivne konkurencije u smislu ponude i cene.³⁶²

Sporazumi o podeli tržišta su više puta bili sankcionisani od strane Komisije i Suda EU. Prvi kartel koji je Komisija utvrdila i izrekla novčane kazne bio je sporazum o podeli tržišta u formi džentlmenskog sporazuma francuskih, nemačkih i holandskih proizvođača kinina³⁶³. Kartelni sporazum belgijskih proizvođača krovnih pokrivki³⁶⁴ sadržao je princip 'stabilnosti klijentele', koji je obavezivao proizvođače da ne preuzimaju klijente svojih konkurenata. Pored toga, članovi kartela preduzimali su zajedničke akcije da onemoguće ulazak inostrane konkurencije na belgijsko tržište, sprečavanjem preuzimanja proizvođača kome je pretio stečaj od strane kompanije iz inostranstva i preduzimanjem mera prema jednom proizvođaču da odustane od svoje politike niskih cena.

U slučaju dva evropska distributera zemnog gasa GDF Suez i E.ON,³⁶⁵ Komisija je utvrdila da su se pomenute kompanije u okviru sporazuma o zajedničkoj izgradnji gasovoda uzajamno obavezale da se uzdrže od prodaje gasa kupcima na teritoriji druge strane, čime su obezbedile podelu tržišta i nakon liberalizacije tržišta gasa u Evropskoj uniji koja je nastupila 2000. godine.

U oblasti telekomunikacija, Komisija je kaznila dva portugalska operatera Telefonica i Portugal Telecom,³⁶⁶ zbog klauzule o zabrani međusobnog konkurisanja sadržane u ugovoru o kupovini akcija u brazilskom operateru Vivo. Svaka strana obavezala se da će se uzdržati od investiranja u projekte u oblasti telekomunikacija, a za koje bi se moglo smatrati da predstavljaju konkurenciju drugoj strani na iberijskom tržištu.

Jedan od poslednjih slučajeva sporazuma o podeli tržišta odnosi se na farmaceutski sektor. Danski proizvođač lekova Lundbek, koji je imao patente za generični lek antidepresiv citalopram, sporazumeo se sa četiri farmaceutske kompanije da će im isplatiti naknadu za njihovo uzdržavanje da stupe na tržište proizvodnje odgovarajućeg leka.³⁶⁷ Patenti Lundbeka za antidepresiv već su bili istekli. Uprkos tome, Lundbek je tužio četiri farmaceutske kompanije zbog navodne povrede patenta. Pred sudom je postigao poravnanje sa svakom od kompanija da će im isplatiti određenu novčanu naknadu, a da će se ove, zauzvrat, uzdržati od puštanja na tržište generičnog leka na teritoriji na koju se odnosio sporazum. Novčana naknada koju se Lundbek obavezao da plati kompanijama izračunata je na bazi procenjenog profita koji bi kompanije ostvarile da su stupile na

³⁶² *Ibidem*, par. 63.

³⁶³ *Re Quinine Cartel*, odluka Komisije Službeni list EEZ L 192, 1969; *ACF Chemiefarma NV v Commission*, sjedinjeni slučajevi 41/69, 1970 ECR 661.

³⁶⁴ *SC Belasco and others v Commission (Belgian Roofing Felt)*, slučaj 246/86, 1989. ECR 02117.

³⁶⁵ *E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission*, slučaj T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332 i *GFD Suez v Commission*, slučaj T-370/09, ECLI:EU:T:2012:333.

³⁶⁶ *Telefónica/Portugal Telecom*, odluka Komisije AT.39389 od 23.01.2103., C(2013)306 final.

³⁶⁷ *Lundbeck*, odluka Komisije AT.39226 od 19.06.2013., C(2013) 2803 final.

tržište. Posebno je interesantno što je sudsko poravnanje u svakom od četiri slučaja postignuto pre nego što su sporovi uopšte započeli. Poravnanje se odnosilo na pitanje koje nije bilo predmet patentnog spora – naknadu profita izgubljenog zbog uzdržavanja od stupanja na tržište. Čini se da je sudsko poravnanje trebalo da posluži farmaceutskim kompanijama kao paravan za zabranjeni sporazum.

10.2.2.4. Kolektivni bojkot

Kolektivni bojkot postoji kada se konkurenti međusobno sporazumeju da eliminišu postojećeg konkurenta sa tržišta ili da spreče dolazak nove konkurencije. Kolektivni bojkot suštinski predstavlja jedan oblik podele tržišta, jer postojeći konkurenti rezervišu tržište za sebe, primenjujući različite poslovne taktike i strategije. On se takođe može podvesti pod diskriminaciju konkurenata, jer se konkurentu nameću nepovoljni ugovorni uslovi sa ciljem ili posledicom njegove eliminacije sa tržišta.

Kolektivni bojkot bio je predmet razmatranja Komisije u slučaju Cevi za daljinsko grejanje.³⁶⁸ Dva danska proizvođača cevi za daljinsko grejanje su se početkom devedesetih godina sporazumeli o zajedničkoj saradnji u proizvodnji cevi. Njihovim sastancima su prisustvovali i direktori nemačkih proizvođača. Na tim sastancima su se dogovarali oko proizvodnih kvota za čitavo evropsko tržište. Kasnije su se kartelu priključili i drugi proizvođači iz Austrije, Danske, Finske, Italije, Holandije i Švedske. Švedski proizvođač Pauerpajp (eng. *Powerpipe*) AB nije učestvovao u kartelu. Članovi kartela su pokušali da ga odstrane sa tržišta, kolektivno primenjujući taktiku predatorskih cena na tržištu Švedske, sistematski preuzimajući direktore te kompanije i nezakonito se mešajući u ugovorne odnose kompanije sa njenim klijentima. Članovi kartela pozvali su vlasnika kompanije na sastanak, tražeći da se povuče sa tržišta Nemačke, a da će oni u zamenu za to podići cene na švedskom tržištu. Vlasnik Pauerpajpa se obratio vodećem članu kartela kompaniji ABB iz Danske, pismeno zahtevajući da te aktivnosti prestanu. Nakon toga je drugi član kartela iz Danske ponudio vlasniku Pauerpajpa da otkupi njegovu kompaniju. Bilo je više pokušaja preuzimanja kompanije, a dokumenta koja je Komisija pronašla kod ABB-e svedoče o planu te kompanije da otera Pauerpajp u stečaj. Nakon toga su napravili plan preotimanja rukovodećeg osoblja Pauerpajpa, nudeći im plate i pogodnosti koje su bile neuobičajene za tu branšu. Komisija je u istrazi pronašla dokument u kojem se dve danske kompanije saglašavaju da preuzmu zajedničku akciju zapošljavanja direktora Pauerpajpa, tako što će deliti troškove njegove plate. Glavni zadatak bivšeg direktora Pauerpajpa bio je da danskim konkurentima pruža insajderske informacije o kompaniji na čijem čelu je bio. Članovi kartela su pretili Pauerpajpu prilikom njegovog pokušaja da uđe na tržište Nemačke, nudeći mu kao alternativu da postane član kartela i povuče se sa tendera u Brandenburg. Kada je Pauerpajp obavestio organizatora tendera o dešavanjima, optužili su ga za nelojalno ponašanje i zahtevali su od njega da se ponovo obrati organizatoru i povuče svoju raniju izjavu. Direktor Pauerpajpa se tada obratio upravnom odboru ABB-e, čiji članovi nisu imali saznanja o postojanju kartela. Direktor ABB-e je nakon toga pismeno

³⁶⁸ *Pre-insulated pipes*, odluka Komisije IV/35.691, Službeni list EU L 24, 1999.

zapretio Pauerpajpu da će se čvrsto braniti od svake nepropisne akcije ili mešanja u njegovo poslovanje i da će tražiti naknadu štete koju bi zbog toga mogao pretrpeti. Konačno se Pauerpajp obratio Komisiji tražeći zaštitu. Komisija je okončala postupak utvrdivši postojanje kartela koji se najpre odnosio na dansko tržište, a zatim se proširio na druge države – članice EU, a imao je za cilj utvrđivanje cena, podelu tržišta, utvrđivanje proizvodnih kvota i odstranjivanje aktuelnog konkurenta sa tržišta. Članovima kartela izrečena je novčana kazna u ukupnom iznosu od 92 miliona evra.

Kolektivni bojkot je eksplicitno ubrojan u ciljna ograničenja konkurencije najnovijim Vodičem Komisije EU o ciljnim ograničenjima konkurencije za svrhe definisanja sporazuma koji se mogu koristiti Obaveštenjem *de minimis*.³⁶⁹

10.2.2.5. Ciljna ograničenja u sporazumima o istraživanju i razvoju i transferu tehnologije

Ograničenja slobode ugovornih strana da vrše istraživanja i razvoj novih proizvoda sami, ili sporazumno sa drugim stranama, ili da iskorišćavaju svoja tehnološka dostignuća smatraju se ciljnim ograničenjem konkurencije na osnovu Uredbe Komisije 1217/2010 o primeni člana 101(3) UFEU-a na izvesne kategorije sporazuma o istraživanju i razvoju³⁷⁰ i Uredbe Komisije 316/2014 o primeni člana 101(3) UFEU-a na kategorije sporazuma o transferu tehnologije.³⁷¹

10.2.3. Vertikalna ciljna ograničenja

10.2.3.1. Utvrđivanje cena u daljoj prodaji

Sporazum kojim prodavac određuje kupcu po kojoj ceni će on dalje prodavati svojim kupcima (eng. *resale price maintenance*) u pravu Evropske unije ima tretman ciljnog ograničenja konkurencije.³⁷² Članom 4 tačkom (a) Uredbe o grupnim izuzećima vertikalnih sporazuma ograničenje kupčeve sposobnosti da određuje svoju prodajnu cenu definisano je kao teško ograničenje.

Odnos prava konkurencije prema vertikalnim cenovnim ograničenjima nije jednoznačan, upravo zbog činjenice da vertikalni sporazumi uređuju odnose između preduzeća koja ne posluju na istom tržištu. Ekonomska teorija iznosi argumente da ograničavanje slobode kupca prilikom formiranja cena u daljoj prodaji može imati korisne efekte za blagostanje potrošača. Kada, na primer, proizvođač odredi minimalnu cenu po kojoj će distributer prodavati svojim kupcima, razlog za to može biti spečavanje prakse 'švercovanja' (eng. *free riding*). Kod prodaje određenih vrsta robe, kao što je kompleksna tehnička roba (vozila, mašine, uređaji i sl.) ili luksuzna roba proizvođač redovno zahteva od distributera da kupcu pruži dodatne usluge prilikom i nakon prodaje, kao što su detaljno informisanje o

³⁶⁹ Commission staff working document, *Guidance on restrictions of competition for the purpose of defining which agreements may benefit from the Minimis Notice*, C(2014) 4136 final, tač. 2.5.

³⁷⁰ Član 5 (a).

³⁷¹ Član 4 stav 1 (d).

³⁷² *Commission Regulation No 330/2010*, član 4 (a).

karakteristikama proizvoda i načinu upotrebe, izvođenje reklamnih i promotivnih kampanja, probno korišćenje, servisne usluge u garantnom roku i nakon njega, snabdevanje rezervnim delovima i dr. Pružanje tih usluga povećava prodaju proizvođača, ali povećava i troškove prodaje za distributera, pa distributer mora da ih pokrije iz razlike u ceni u daljoj prodaji. Ukoliko ga proizvođač ne zaštiti, distributer može biti izložen konkurenciji drugih trgovaca koji ne pružaju dodatne usluge kupcima i stoga su u stanju da snize cenu. Krajnji kupci, vođeni sopstvenom korišću, vrlo lako se mogu odlučiti da se, na primer, informišu detaljno o karakteristikama proizvoda kod ovlašćenog distributera pre kupovine i da, zatim, kupe proizvod od prodavca koji ne pruža odgovarajuću uslugu informisanja. Jedan od načina na koji proizvođač može da zaštiti distributere od takve nelojalne konkurencije je da utvrdi minimalne cene kojih će se pridržavati svi prodavci njegovog proizvoda.³⁷³

U pravu SAD-a utvrđivanje cene u daljoj prodaji je bilo apsolutno zabranjeno još od presude u slučaju Doktor Majls.³⁷⁴ Proizvođač lekova koji je imao mrežu ugovora sa veletrgođerima, tužio je trgovca izvan svoje distributivne mreže za naknadu štete zbog toga što je prodavao njegove lekove ispod cene koju su naplaćivali njegovi veletrgođeri. Sud je presudio u korist tuženog, jer je našao da je sporazumno utvrđivanje cena suprotno Šermanovom zakonu. Mnogo kasnije, 1968. godine, u slučaju Albrecht protiv kompanije Herald,³⁷⁵ Vrhovni sud SAD-a je proglasio apsolutno nezakonitim čak i vertikalno utvrđivanje maksimalnih cena. Čikaška škola je bacila drugačije svetlo na vertikalna ograničenja, tvrdeći da proizvođač nema nikakav razlog da svom distributeru obezbeđuje monopolni profit određujući minimalnu cenu, jer je njegov prirodan poriv da monopolni profit zadrži za sebe. Bork iznosi da proizvođač i krajnji kupac imaju isti cilj – da razlika u ceni distributera bude što niža. Prema tome, utvrđivanje cena u daljoj prodaji ne može da služi tom cilju, već isključivo cilju da se obezbede koristi za kupce. Po njemu, vertikalno utvrđivanje cena je potpuno zakonito, nezavisno od toga kakva je tržišna pozicija proizvođača.³⁷⁶ Ovome je suprotstavljen argument da vertikalno utvrđivanje cena od strane proizvođača može predstavljati paravan za kartel među distributerima, a da je organima za zaštitu konkurencije teško da otkriju o čemu se zapravo radi – da li se proizvođač koristi od strane distributera kao medijum da se kartel održi ili proizvođač samostalno nameće vertikalno ograničenje iz razloga gore navedenih.³⁷⁷ Pod pritiskom kritika, Vrhovni sud SAD-a je počeo drugačije da posmatra praksu vertikalnog utvrđivanja cena i druga vertikalna ograničenja. Najpre je ukinuo apsolutnu zabranu utvrđivanja maksimalnih cena u vertikalnim sporazumima,³⁷⁸ sa obrazloženjem da je sud u slučaju Albrecht prvenstveno želeo da zaštiti slobodu distributera da samostalno određuju cene i strahovao da će proizvođač odrediti cene u daljoj prodaji na suviše niskom nivou, tako da distributeri neće imati prostora da pokriju troškove pružanja dodatnih usluga koje su

³⁷³ Hovenkamp, *op.cit.*, s. 184.

³⁷⁴ *Dr. Miles Medical Co. v John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 1911.

³⁷⁵ *Albrecht v Herald Co.*, 390 U.S. 145, 1968.

³⁷⁶ Bork, *op.cit.*, s. 288-291.

³⁷⁷ Bork, *op.cit.*, s. 292, Hovenkamp, *op.cit.*, s. 186.

³⁷⁸ *State Oil Co. v Cahn*, 522 U.S. 3, 1997.

kupcima potrebne. U slučaju Stejt Oil kompanije protiv Kana, sud nalazi da je malo verovatno da će se tako nešto zaista dogoditi, jer bi proizvođač od toga imao više štete nego koristi. Teza iz slučaja Albreht da maksimalno ograničavanje cena pogoduje velikim trgovcima i eliminiše sa tržišta male trgovce, koji imaju veće troškove, odbačena je sa obrazloženjem da je teško dokazivo da bi proizvođač profitirao eliminišući sa tržišta male distributere.

Konačno, rešavajući slučaj Ližin³⁷⁹ 2007. godine, Vrhovni sud je ukinuo i apsolutnu zabranu vertikalnih sporazuma kojima se utvrđuju minimalne cene u daljoj prodaji. Slučaj je imao za predmet odbijanje proizvođača kožne odeće da snabdeva trgovca na malo koji se nije pridržavao njegovih preporučenih minimalnih cena. Proizvođač se branio argumentom da je praksa određivanja minimalnih cena trebalo da obezbedi distributerima marginu za pokriće troškova pružanja prodajnih usluga koje je proizvođač smatrao ključnim za prodaju njegovog proizvoda, te da je na taj način štitio svoj brend, održavajući ugled proizvođača luksuzne kožne odeće. Sud je ovog puta stao na stranu tužioca, ukidajući precedent iz slučaja Doktor Majls. Oslanjajući se na ekonomsku literaturu, sud ističe da utvrđivanje cena u daljoj prodaji ograničava *intra*brand konkurenciju – konkurenciju između trgovaca koji prodaju isti brend, ali da može podstaći *inter*brand konkurenciju – konkurenciju između proizvođača koji međusobno konkurišu prodajući različite brendove.³⁸⁰ Sud je naveo da postoje situacije kada vertikalno utvrđivanje minimalnih cena može biti štetno za konkurenciju, kao na primer, kada više proizvođača na istom tržištu primenjuje tu praksu, kada se iza tog ograničenja krije kartel distributera, koji posredstvom proizvođača utvrđuju cenu na tržištu, ili kada proizvođač ili distributer imaju značajnu tržišnu moć. Ipak, u antimonopolskom zakonodavstvu pojedinih federalnih država SAD-a utvrđivanje minimalnih cena u daljoj prodaji i nakon odluke Vrhovnog suda u slučaju Ližin predstavlja apsolutno zabranjeno ograničenje.³⁸¹

Ekonomska teorija nakon Čikaga je ukazala da karakter efekata vertikalnih ograničenja konkurencije u mnogome zavisi od stanja *inter*brand konkurencije. Ukoliko je ona nedovoljno jaka, odnosno ako proizvođač ima značajnu tržišnu snagu, veća je mogućnost da će vertikalna ograničenja imati štetne efekte. Čikaški ekonomisti su tvrdili da postoji samo jedan monopolski profit u lancu proizvodnje i prodaje, te da će proizvođač nastojati da za sebe sačuva sav profit. Odatle su izveli zaključak da utvrđivanje cene u daljoj prodaji ne može biti na štetu potrošača. Savremena ekonomska teorija ukazuje da taj stav važi samo pod pretpostavkom da proizvođač mora da naplaćuje istu cenu različitim distributerima. Ukoliko je u prilici da im naplaćuje različite cene, on će sniziti cenu onim distributerima koji zbog svoje ekonomske ili tržišne snage imaju bolju pregovaračku poziciju. U takvom slučaju, stav Čikaške škole da je samo proizvođač u prilici da naplati monopolski profit nije ispravan.³⁸²

³⁷⁹ *Leegin Creative Leather Products v PSKS Inc.*, 551 U.S. 877, 2007.

³⁸⁰ *Ibidem*, s. 889.

³⁸¹ D. Broder, A. Badaracco, D. A. Pincus, *Vertical Price Fixing in the United States*, *European Competition Law Review*, br. 4/2013, s. 183-188.

³⁸² Bishop, Walker, *op.cit.*, s. 199-200.

Pravo Evropske unije istrajava na stavu da utvrđivanje minimalnih cena u daljoj prodaji predstavlja ciljno ograničenje konkurencije. U Smernicama za vertikalna ograničenja Komisija EU objašnjava da utvrđivanje minimalnih cena u daljoj prodaji može imati višestruke negativne efekte:

- 1) Može podstaknuti koluziju na tržištu, jer se utvrđivanjem minimalnih cena povećava transparentnost tržišta, pa distributeri lakše mogu da saznaju da li proizvođač nekom od njih prodaje po nižoj ceni. Time se eliminišu podsticaji za proizvođača da povećava obim ponude, prodajući pojedinim distributerima po nižoj ceni. To će posebno biti slučaj na oligopolskim tržištima sa malim brojem članova, ukoliko i drugi proizvođači primenjuju istu praksu;
- 2) Može omogućiti nastanak i održavanje kartela među distributerima, gušeći *intra-brand* konkurenciju. Distributeri sa jačom pregovaračkom pozicijom mogu prinuditi proizvođača da definiše minimalnu cenu u maloprodaji na višem nivou, kako bi za sebe obezbedili monopolski profit;
- 3) Može oslabiti konkurenciju među proizvođačima, posebno ako proizvođači koriste iste distributere za prodaju svojih proizvoda i svi ili većina njih primenjuje praksu utvrđivanja preprodajnih cena;
- 4) Povećava cenu u daljoj prodaji, jer su pojedini distributeri onemogućeni da snize cenu;
- 5) Proizvođaču obezbeđuje veću marginu profita, jer se smanjuje pritisak pojedinih distributera da njima snizi cenu;
- 6) Proizvođač može eliminisati konkurenciju manjih proizvođača (*inter-brand* konkurenciju), garantujući minimalnu cenu svojim distributerima, uslovljavajući ih ekskluzivitetom u prodaji njegovog proizvoda;
- 7) Može ograničiti konkurenciju na tržištu distributera, smanjujući podsticaje za njih da se takmiče u cenama snižavajući svoje troškove i sprečavajući ulazak na tržište distributera koji sprovode prodajnu strategiju cenovnih diskonta.³⁸³

Istovremeno se ukazuje da praksa utvrđivanja minimalnih cena može imati i pozitivne efekte u pojedinim situacijama, posebno ako inicijativa za nju dolazi od strane proizvođača: u vreme plasiranja novog proizvoda na tržištu, kada daje podsticaj distributerima da se više angažuju na promociji novog proizvoda; u franšiznim i sličnim sistemima omogućava sprovođenje prodajnih kampanja tokom kratkog perioda (2-6 nedelja najduže) koje koriste kupcima; sprečava rizik „švercovanja“ distributera koji ne pružaju preprodajne usluge, kada većina kupaca ima potrebu za takvim uslugama.³⁸⁴

Svrstavanje prakse utvrđivanja minimalnih cena u daljoj prodaji u kategoriju ciljnih ograničenja konkurencije u pravu konkurencije EU ne znači da je ta praksa apsolutno zabranjena. Na taj način prebacuje se teret dokaza na učesnike sporazuma, koji moraju dokazati da ograničenje konkurencije u konkretnom slučaju ima pozitivne efekte.³⁸⁵

³⁸³ *Guidelines on Vertical Restraints, op.cit.*, par. 224.

³⁸⁴ *Ibidem*, par. 225.

³⁸⁵ *Ibidem*, par. 223.

10.2.3.2. Necenovna ograničenja dalje prodaje (ograničenja u pogledu teritorije ili kupaca)

Logika nametanja vertikalnih ograničenja od strane proizvođača u pogledu teritorije ili kupaca kojima će prodavati njegov proizvod je identična logici utvrđivanja cena u preprodaji. Na taj način proizvođač obezbeđuje da distributeri pružaju kupcima prateće usluge prilikom prodaje, koje distributer ne može posebno da naplati, već ih uračunava u cenu proizvoda. Ako proizvođač ne zaštiti distributera na određeni način, na tržištu se mogu pojaviti drugi distributeri koji će preotimati kupce, nudeći proizvod istog proizvođača po nižoj ceni, jer nisu opterećeni troškovima preprodajnih usluga. Proizvođač može zaštititi prodavca poveravajući mu ekskluzivitet u prodaji na određenoj teritoriji ili ovlašćujući ga (ili obavezujući ga) da prodaje samo određenim kupcima ili određenim kategorijama kupaca. Dalje, ograničavanje teritorije na kojoj distributer može da prodaje korisno je u fazi plasiranja novog proizvoda na tržište, jer podstiče distributera da ulaže više napora i sredstava u promociju novog proizvoda. Ovde treba imati u vidu da je distributer produžena ruka proizvođača. Umesto da ulaže sredstva i napore u izgradnju sopstvene prodajne mreže, proizvođač poverava plasman proizvoda distributeru. Ako se tako posmatra, jasno je zašto je proizvođaču potrebno da ograniči plasman proizvoda putem teritorijalnih ograničenja ili ograničenja u pogledu kupaca. Kao što proizvođač ne bi investirao u gradnju dva prodajna objekta koji su previše blizu jedan drugog, tako isto neće dozvoliti da se dva njegova distributera takmiče međusobno na određenoj teritoriji ili u pogledu istih kupaca. Takva ograničenja nisu štetna dokle god je *interbrand* konkurencija dovoljno snažna. Kada je proizvođač izložen snažnoj konkurenciji na svom tržištu (tržištu istih ili sličnih proizvoda drugih proizvođača), on neće biti u stanju da putem ograničenja konkurencije svojim distributerima nanese štetu krajnjim kupcima. Svaki rast cene njegovog proizvoda, koji nema podlogu u većem kvalitetu proizvoda ili boljem zadovoljenju potreba kupaca, kupci bi sankcionisali kupovinom proizvoda drugih proizvođača.³⁸⁶

Navedeni argumenti u prilog teritorijalnih ograničenja nisu bili poznati (ili priznati) sve do druge polovine sedamdesetih godina prošlog veka. Američka sudska praksa osuđivala je teritorijalna ograničenja koja proizvođač nameće distributeru u daljoj prodaji, smatrajući to nezakonitim ograničenjem slobode ugovaranja distributera, pod pretpostavkom da je svojina na robu prešla sa proizvođača na distributera. U slučaju kada je distributivni aranžman podrazumevao da proizvođač zadržava svojinu na robu, takva ograničenja nisu bila *per se* zabranjena.³⁸⁷ Preokret je doneo slučaj *Silvanija*.³⁸⁸ Korporacija *Silvanija* se bavila proizvodnjom televizora. Zbog pada prodaje odlučila je da promeni svoju distributivnu strategiju, uvodeći sistem franšize, u okviru koga je prodavala proizvod direktno odabranoj grupi trgovaca na malo. Svaki ugovor *Silvanije* sa franšizatima je sadržao odredbe o prodajnim mestima franšizata i pravu *Silvanije* da sama odlučuje o uvođenju novih

³⁸⁶ L. Gyselen, *Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale in the EEC Competition Law*, *Common Market Law Review*, 1984, s. 647-667.

³⁸⁷ *United States v Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 1967.

³⁸⁸ *Continental T.V. Inc. v GTE Sylvania, Inc.*, 97 S. Ct. 2549, 1977.

franšizata. Tržišni udeo Silvanije je nakon toga porastao za pet procenata. Spor je nastao kada je jedan od franšizata, Kontinental, otvorio novi prodajni objekat koji nije bio pomenut u ugovoru sa Silvanijom. Silvanija mu je zabranila da prodaje njene televizore u novom prodajnom objektu. Kontinental je podneo tužbu, pozivajući se na precedent u slučaju Švin. Sličnost sa ovim slučajem se ogledala u tome što je svojina na prodatoj robi prešla na franšizata, tj. Kontinental, te je po tvrdnji tužioca ugovorna zabrana prodaje izvan utvrđenih prodajnih lokacija predstavljala nezakonito ograničenje njegove slobode ugovaranja. Vrhovni sud SAD-a je ukinio precedent iz slučaja Švin, detaljno obrazlažući koristi koje vertikalna ograničenja donose proizvođačima.³⁸⁹

Vertikalna ograničenja u pravu Evropske unije se posmatraju malo drugačije, zbog specifičnosti ove ekonomske integracije. Jedan od osnovnih ciljeva osnivačkih ugovora bio je i ostao cilj stvaranja i očuvanja jedinstvenog tržišta – tržišta sa koga su eliminisane sve prepreke slobodnom prometu robe, lica, usluga i kapitala. U evropskoj praksi, distribucija se po pravilu organizuje na nacionalnom nivou, tako što se distributeru dodeljuje isključivo pravo da prodaje proizvod svoga dobavljača na teritoriji određene države – članice. Takvi ugovori doprinose održavanju podele unutrašnjeg tržišta EU-a po nacionalnim granicama. Sa druge strane, ekonomska logika je nalagala da se ugovori o ekskluzivnoj distribuciji ne mogu posmatrati kao apsolutno štetni. Suprotnost između dva cilja – ekonomskog napretka i koristi za potrošače, sa jedne strane, i cilja uspostavljanja jedinstvenog tržišta, sa druge strane, Komisija je prevazišla uvođenjem distinkcije između dve vrste vertikalnih ograničenja – zabrane aktivne i pasivne prodaje izvan dodeljene teritorije.

Navedeno razlikovanje po prvi put je artikulirano u slučaju Konsten i Grundig.³⁹⁰ Konsten je imao ugovor o ekskluzivnoj distribuciji Grundigovih televizora u Francuskoj. Na osnovu ugovora imao je pravo da se koristi Grundigovim žigom i da tuži sva lica koja bi isticala Grundigov žig zbog povrede njegove licence. Grundig se takođe obavezao da neće sam prodavati televizore na francuskoj teritoriji, niti da će njegovi distributeri u Nemačkoj i drugim državama smeti da prodaju televizore na teritoriji Francuske. To je Konstenu davalo apsolutnu zaštitu od uvoza Grundigovih televizora sa teritorija susednih država – članica. Komisija je našla da je apsolutna teritorijalna zaštita distributera suprotna članu 85 stav 1 Ugovora o osnivanju EEZ-a i da ne može biti izuzeta po osnovu člana 85 stav 3 (sadašnji član 101 UFEU-a).

Kasnije, prilikom donošenja uredbi o grupnim izuzećima, Komisija je ustanovila razliku između aktivne i pasivne prodaje, koja je opstala do danas i osnov je za različit pravni tretman pojedinih kategorija vertikalnih ograničenja u pravu konkurencije EU-a. Aktivna prodaja je takva prodaja kod koje prodavac aktivno pristupa kupcu, na primer, tako što mu šalje mejlove, posećuje ga ili se reklamira putem medija namenjenih za kupce na određenoj teritoriji ili za određenu grupu kupaca. Pasivna prodaja podrazumeva odgovor prodavca na zahtev kupca koji prodavac nije tražio, uključujući i isporuku robe ili pružanje

³⁸⁹ Vid. Bork, *op.cit.*, s. 286-288.

³⁹⁰ *Consten and Grundig*, odluka Komisije, Službeni list EEZ 2545, 1964.

³⁹¹ *Guidelines on vertical restraints*, par. 51.

usluga tim kupcima.³⁹¹ Pasivna prodaja podrazumeva i reklamiranje i oglašavanje u medijima koji nisu ograničeni samo na određenu teritoriju ili na određenu grupu kupaca, što obuhvata i oglašavanje na internet stranicama koje su dostupne izvan dodeljene teritorije ili kupcima koji nisu rezervisani za određenog distributera.

U skladu sa Uredbom Komisije br. 330/2010, prodavcu je zabranjeno da deli tržište ograničavanjem teritorije na kojoj kupac sme da prodaje proizvod koji je nabavio od njega ili kupaca kojima prodavčev kupac sme da prodaje.³⁹² Izuzeci od ove zabrane su sledeći:

- 1) ograničenja aktivne prodaje na ekskluzivnoj teritoriji ili ekskluzivnoj grupi kupaca koju je prodavac zadržao za sebe ili dodelio drugom kupcu, pod uslovom da takvo ograničenje ne ograničava prodaju od strane kupčevih kupaca. Drugim rečima, dozvoljeno je ugovarati klauzulu zabrane aktivne prodaje izvan dodeljene teritorije ili kupcima koji su dodeljeni nekom drugom distributeru, ali se ne sme ograničavati preprodaja, to jest da kupčevi kupci prodaju izvan dodeljene teritorije ili kupcima izvan rezervisane grupe kupaca;
- 2) ograničenja prodaje krajnjim kupcima od strane kupca koji posluje na veleprodajnom nivou trgovine. To znači da je dopušteno ugovoriti da kupac – veletrgovac sme da prodaje isključivo trgovcima na malo;
- 3) ograničenja prodaje od strane članova selektivnog distributivnog sistema distributerima koji nisu ovlašćeni za prodaju na teritoriji na kojoj je uspostavljen sistem;
- 4) ograničenja kupcu da prodaje komponente kupcima koji će te komponente koristiti radi proizvodnje konkuretskih proizvoda.

Iz navedenog sledi da ograničenja pasivne prodaje imaju tretman ciljnih ograničenja konkurencije. Različitim tretmanom aktivne i pasivne prodaje u pravu konkurencije EU-a sprečena je apsolutna parcelizacija tržišta ekskluzivnim aranžmanima. Distributer mora imati slobodu da odgovori na ponude kupaca izvan teritorije koja mu je dodeljena, a njegovi kupci ne smeju biti ograničeni u pravu da prodaju izvan ekskluzivno dodeljene teritorije distributera. Poslednjih deceniju-dve, kako raste značaj upotrebe interneta u komercijalne svrhe, raste obim, a time i značaj pasivne prodaje. Svrstavanjem zabrane pasivne prodaje u ciljna ograničenja konkurencije postignut je balans između legitimnog zahteva proizvođača da ograničava prodaju svojih distributera radi zaštite svoje proizvođačke reputacije i imperativa uspostavljanja i očuvanja jedinstvenog tržišta EU.

10.2.3.3. Ograničenja prodaje primaoca licence

Zabrana primaocu licence da pasivno prodaje na određenoj teritoriji ili određenoj grupi kupaca takođe predstavlja ciljno ograničenje konkurencije. Isti tretman ima zabrana za primaoca licence koji posluje na maloprodajnom nivou i član je selektivnog distributivnog sistema da aktivno i pasivno prodaje licencirani proizvod.³⁹³

³⁹² *Commission Regulation 330/2010*, član 4 (b).

³⁹³ Član 4 stav 2 (c) *Commission Regulation No 316/2014*.

10.2.4. Ostala ciljna ograničenja

Potrebno je imati na umu da lista ograničenja konkurencije koja se eksplicitno određuju u aktima Komisije i Suda pravde donetim u primeni člana 101 nije zatvorena.³⁹⁴ Članom 101 stav 1 UFEU-a otvorena je mogućnost za Komisiju da utvrdi postojanje i nekog drugog oblika ciljnog ograničenja u konkretnom slučaju koji razmatra.

10.2.5. Posledična ograničenja konkurencije

Ako sporazum ne sadrži ciljna ograničenja konkurencije, on će biti obuhvaćen zabranom iz člana 101 stav 1 UFEU-a pod uslovom da se dokažu njegovi štetni efekti na konkurenciju. Sporazum sadrži posledična ograničenja konkurencije ako izaziva ili se sa razumnom verovatnoćom može predvideti da će izazivati značajne štetne posledice u pogledu nivoa cena, obima ponude, inovacija, raznovrsnosti i kvaliteta robe ili usluga na relevantnom tržištu. U praksi, to znači da se ispituje eventualni štetni uticaj sporazuma na proces rivaliteta koji se odvija između učesnika sporazuma ili trećih strana, zatvaranjem tržišta za ulazak nove konkurencije i onemogućavanjem postojeće konkurencije, kao i na očuvanje jedinstvenog tržišta EU.³⁹⁵ Efekti sporazuma ispituju se na tržištu (tržištima) na kojima on ispoljava svoje dejstvo. Navedeno je pojasnio Sud pravde u slučaju *Societe Technik Minier*:³⁹⁶

„Kada analiza klauzula ne otkriva da su efekti na konkurenciju dovoljno štetni, posledice sporazuma moraju se tada razmotriti, i da bi on bio obuhvaćen zabranom potrebno je naći da su prisutni faktori koji pokazuju da je konkurencija stvarno sprečena, ograničena ili narušena u značajnom obimu. Konkurencija se mora razumeti unutar aktualnog konteksta u kojem bi se odvijala u odsustvu spornog sporazuma.”³⁹⁷

Navedeno znači da sporazum koji ne sadrži ciljna ograničenja konkurencije ne može biti zabranjen po osnovu člana 101 stav 1 UFEU-a ukoliko se sprovede detaljna ekonomska analiza. Ekonomska analiza se ne može svesti na utvrđivanje tržišnih udela učesnika sporazuma i da li njihova veličina prelazi granice utvrđene uredbama Komisije o izuzećima pojedinih kategorija sporazuma. Izvođenje ekonomske analize za svrhe primene člana 101 podrazumeva određivanje relevantnog tržišta na kojem sporazum ispoljava svoja dejstva, analizu osobina proizvoda koji je predmet sporazuma, tržišne pozicije učesnika sporazuma i ukupnog stanja konkurencije na relevantnom tržištu (pozicija ostalih konkurenata, postojanje potencijalne konkurencije, analiza prepreka za ulazak), te analizu efekata sporazuma na konkurenciju i, konsekventno, blagostanje potrošača.³⁹⁸ Detaljne instrukcije za sprovođenje analize pojedinih vrsta sporazuma, odnosno objašnjenja njihovih mogućih štetnih efekata sadrže smernice Komisije o horizontalnim sporazumima o saradnji i o vertikalnim ograničenjima.

³⁹⁴ *Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty*, Službeni list EU C 101, 2004., par. 23.

³⁹⁵ Fall, Nickpay, *op.cit.*, 2014. s. 247.

³⁹⁶ *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, odluka po zahtevu za preliminarno mišljenje, slučaj C-56/65, 1966. ECR 00235.

³⁹⁷ *Ibidem*, par. 249 i 250.

³⁹⁸ *Guidelines on application of Article 81(3) of the Treaty*, par. 27.

10.2.5.1. Efekti sporazuma na *interbrand* i *intra-brand* konkurenciju

Generalno, prilikom ispitivanja efekata sporazuma, Komisija pravi razliku između ograničenja *interbrand* i *intra-brand* konkurencije. Efekti sporazuma na konkurenciju proizvođača robe ili pružalaca usluga koji se nalaze na istom relevantnom tržištu (*interbrand* konkurencija) utvrđuju se traženjem odgovora na pitanje da li sporazum kao takav ograničava konkurenciju stvarnih ili potencijalnih konkurenata, koja bi postojala da nije sporazuma. Na primer, sporazum o ekskluzivnoj distribuciji ograničava pristup na tržište proizvođačima konkurentskih proizvoda, jer distributer ima obavezu da prodaje proizvod proizvođača sa kojim je zaključio ugovor o ekskluzivnoj distribuciji. Navedeno objašnjava Sud pravde u presudi u slučaju *Van der Berg Foods*: „Da bi se utvrdilo da li sporazumi o ekskluzivnoj distribuciji HB-a potpadaju pod zabranu sadržanu u članu 85(1), prikladno je razmotriti da li ti sporazumi kumulativno imaju efekat onemogućavanja pristupa tom tržištu novim konkurentima. Ukoliko to ispitivanje otkrije da je teško dobiti pristup tržištu, potrebno je proceniti u kojoj meri sporazumi u pitanju doprinose proizvedenom kumulativnom efektu, na osnovu toga što su zabranjeni samo oni sporazumi koji značajno doprinose podeli tržišta.“³⁹⁹

Ograničenja konkurencije između distributera iste marke proizvoda (*intra-brand* konkurencija) ispituju se traženjem odgovora na pitanje – da li sporazum ograničava stvarnu ili potencijalnu konkurenciju koja bi postojala da nije ugovornih ograničenja? Prethodno je pokazano da vertikalni sporazumi mogu ograničavati konkurenciju između distributera iste robne ili uslužne marke na različite načine, dodelom ekskluzivne teritorije na kojoj mogu prodavati ugovorni proizvod, određivanjem minimalne cene proizvoda, zabranom pasivne prodaje, određivanjem prodajnih mesta i dr. Potrebno je ispitati da li su ograničenja sadržana u konkretnom ugovoru objektivno opravdana, imajući u vidu prirodu sporazuma i karakteristike tržišta. Na primer, ugovori o ekskluzivnoj distribuciji ili ugovori o ekskluzivnoj licenci redovno daju pravo distributeru, odnosno primaocu licence, da isključivo prodaju ugovorni proizvod na ugovorenoj teritoriji. Klauzula ekskluzivnosti štiti distributera, dajući mu podsticaj da ulaže svoje napore i sredstva u prodaju ugovornog proizvoda. Ulazak proizvođača na tržište ne bi se ostvario da nije restriktivne klauzule o ekskluzivitetu. Sud pravde potvrđuje navedeni stav u slučaju *Societe Technik Minier* sledećim rečima: „Pod sumnjom je da li ima mešanja sa konkurencijom ako je rečeni sporazum zaista neophodan za penetraciju preduzeća u novu oblast.“⁴⁰⁰ Isto tako, u slučaju *Nungesser*,⁴⁰¹ Sud pravde primećuje: „Preduzeće koje nije sigurno da se neće susresti sa konkurencijom drugih licencata za teritoriju koja mu je dodeljena, ili samog vlasnika prava, mogao bi biti odvrćen od prihvatanja rizika kultivisanja i marketinga novog proizvoda; takav rezultat bi bio štetan za diseminaciju nove tehnologije i naštetio bi konkurenciji u Uniji između novog proizvoda i sličnih postojećih proizvoda.“⁴⁰²

³⁹⁹ *Van der Bergh Foods*, T-65/98, 2003. ECR II-04653, par. 83.

⁴⁰⁰ *Société Technique Minière*, par. 250.

⁴⁰¹ *L. C. Nungesser and Others v Commission*, slučaj 258/78, 1982. ECR 2515.

⁴⁰² *Ibidem*, par. 57.

10.2.5.2. Pomoćna ograničenja

Teorija o pomoćnim ograničenjima najpre je nastala i razvijena u američkoj sudskoj praksi i teoriji. Sudija Vrhovnog suda SAD-a još 1898. godine primećuje: „Nijedno konvencionalno ograničenje trgovine ne može biti izvršeno, izuzev ako je pogodba koja je otelotvoruje samo pomoćna uz glavni cilj zakonitog ugovora, i neophodna da obezbedi ugovaraču puno uživanje legitimnih plodova svog ugovora, ili da ga zaštiti od opasnosti nepravičnih korišćenja tih plodova od druge strane.“⁴⁰³ Teorija se uglavnom primenjuje u oblasti zajedničkih ulaganja. Ako je ugovorno ograničenje slobode tržišnog ponašanja ugovornih strana pomoćno uz ugovor o zajedničkom ulaganju, ono će imati isti pravni tretman kao i glavni ugovor, iako bi samo za sebe predstavljalo apsolutno zabranjeno ograničenje.⁴⁰⁴ Bork, Hovenkamp i drugi istaknuti američki teoretičari i sudije utvrdili su kriterijume za prepoznavanje pomoćnih ograničenja. To su ograničenja koja se javljaju kao sporedna uz glavni ugovor, koji je inače zakonit i legitiman. Ograničenja služe realizaciji glavnog ugovora, ona su deo većih napora čijem uspehu streme.⁴⁰⁵ Tipični primeri pomoćnih ograničenja su klauzule o nekonkurisanju u ugovorima o prodaji posla ili sporazum učesnika o zajedničkom ulaganju da ne konkurišu društvu nastalom na osnovu njihovog ulaganja. Takva, kolateralna ograničenja treba razlikovati od ograničenja sadržanih u ugovoru o zajedničkom ulaganju koji čine njegovu suštinu, kao npr. odredbe o delatnostima kojim će se zajedničko ulaganje baviti, teritoriji na kojoj će prodavati svoje proizvode, o ceni po kojoj će prodavati i sl. One su neodvojive od samog ugovora o zajedničkom ulaganju. Pomoćna ograničenja mogu opstajati i kao samostalan ugovor (pravnotehnički se čak mogu formulisati kao odvojen ugovor), ali su ugovorena sa ciljem da omoguće uspešnu realizaciju glavnog ugovora i zbog toga se analiziraju zajedno sa njim. Na primer, klauzula o nekonkurisanju u kontekstu ugovora o zajedničkom ulaganju služi tome da obezbedi da ulagači ulože sve svoje napore u uspeh zajedničkog ulaganja. Klauzula kojom se ulagači obavezuju da kupuju isključivo od zajedničkog preduzeća obezbeđuje realizaciju prodaje na nivou koja je potrebna za uspeh zajedničkog poduhvata.

Ograničenje mora biti povezano sa ciljem kojem ugovor teži da bi se tretiralo kao pomoćno. U američkom slučaju *Pols Braders*, ugovor kojim su se dva trgovinska lanca sporazumela da dele zajedničko prodajno mesto uz obavezu da nijedan od njih ne prodaje robu koju drži onaj drugi, proglašen je zakonitim, jer je ograničenje bilo potrebno za ispunjenje cilja ugovora. Jedan trgovinski lanac je prodavao nameštaj i kućne aparate, dok je drugi prodavao alate i materijal za kućne radove. Prvi se obavezao da neće prodavati kosilice za travu, dok se drugi obavezao da neće prodavati kućne aparate. Nijedan nije poštovao zabranu. Po tužbi jednog lanca za naknadu štete, drugi se branio da je ugovorna klauzula ništava, jer je suprotna članu 1 Šermanovog zakona. Vrhovni sud je, međutim, našao da je restriktivna klauzula zakonita, jer je omogućila saradnju kroz povećavanje prodajnog prostora, što je moglo doneti koristi potrošačima.⁴⁰⁶

⁴⁰³ *U.S. v Addyston Pipe and Steel Corp.*, 85 F. 271 (6th Circ 1898), 175 U.S. 211, 1899.

⁴⁰⁴ G. Werden, *Ancillary Restraints Doctrine*, ABA Section of Antitrust Law, 54th Antitrust Law Spring Meeting, Washington 2006., s. 5.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, s. 6.

Drugi kriterijum na osnovu koga se ceni dopuštenost pomoćnih ograničenja koji je američka sudska praksa ustanovila, jeste da li je ograničenje razumno potrebno za uspešnu realizaciju glavnog ugovora? Drugačije rečeno, strane u ugovoru treba da pokažu da nema drugog, manje ograničavajućeg sredstva kojim se može postići isti cilj u vreme kada je ugovor zaključen. Primer iz američke sudske prakse je slučaj kompanije koja je organizovala selidbe preko teritorije više američkih država. U tu svrhu je zaključivala ugovore sa agentima, kojima je obezbeđivala potrebna sredstva da vrše selidbe. U ugovor je unosila klauzulu da agenti ne smeju koristiti njena vozila i druga sredstva da obavljaju selidbe unutar teritorije jedne države. Agenti su ipak zadržavali pravo da osnuju sopstvene kompanije za seldibe unutar granica jedne države. Sud je našao da je opisano ograničenje razumno potrebno da zaštiti legitimni interes kompanije da ostvari profit na uložena sredstva.⁴⁰⁷

Koncept pomoćnih ograničenja je prihvaćen i u pravu konkurencije EU. Ako sporazum kao takav nema za cilj ili posledicu ograničavanje konkurencije, ali sadrži ograničavajuće klauzule ili je praćen sporednim ograničavajućim sporazumima, sporazum izmiče zabrani iz člana 101 stav 1 UFEU-a, pod uslovom da su ograničenja direktno povezana sa sporazumom, srazmerna i neophodna za njegovu realizaciju.⁴⁰⁸ Komisija i Sud su se više puta oglašavali povodom pomoćnih ograničenja. U slučaju *Pronupcia*,⁴⁰⁹ Sud pravde je razmatrao ograničenje u ugovoru o franšizi, kojim je bilo predviđeno da davalac franšize ne može snabdevati nijednog drugog franšizata na teritoriji pokrivenoj ugovorom, dok je primalac imao samo ograničeno pravo da nabavlja i prodaje robu drugih proizvođača. Spor je vođen najpre pred sudovima Nemačke, u vezi sa neplaćenom franšiznom naknadom koju je nemački franšizat dugovao francuskom brendu venčanica. Prvostepeni sud je poništio navedene klauzule kao suprotne članu 85 Ugovora o EEZ-u (sadašnji 101 UFEU-a). U toku apelacionog postupka nemački Vrhovni sud se obratio Sudu pravde sa zahtevom za preliminarno mišljenje. Sud pravde je ocenio da franšizni sistemi ne bi mogli da opstanu bez takvih restriktivnih klauzula: „Budući franšizat ne bi preuzeo rizik postajanja dela lanca, investirajući svoj novac, plaćajući relativno visoku naknadu za ulazak i obavezujući se da plaća značajnu godišnju naknadu, osim ako se ne bi mogao nadati, zahvaljujući stepenu zaštite od konkurencije na strani davaoca franšize i drugih franšizata, da će njegov biznis biti profitabilan.“⁴¹⁰

Klauzula o nekonkurisanju u ugovoru o prodaji posla je ocenjena kao neophodna za uspeh ugovora u slučaju *Remija*:⁴¹¹ „Bez te klauzule... jasno je da ugovoru o prenosu preduzeća ne bi bilo dato dejstvo. Prodavac bi još uvek bio u poziciji da dobije nazad svoje ranije klijente odmah nakon transfera i stoga bi oterao sticaoca iz posla.“

Srazmernost ograničenja nameravanom cilju se obavezno procenjuje u kontekstu efekata sporazuma. Predmet ograničenja, njegovo teritorijalno pokrivanje i trajanje su činioци koji se

⁴⁰⁶ *Polk Bros. v Forest City Enters.*, 776 F.2d 185 (7th Circ. 1985).

⁴⁰⁷ *Rothary Storage & Van Co. v Atlas Van Lines Inc.*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).

⁴⁰⁸ *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, par. 28-31.

⁴⁰⁹ *Pronuptia de Paris v Pronuptia de Paris Irmgard Schilligalis*, slučaj 161/84, 1986. ECR 353.

⁴¹⁰ *Ibidem*, par. 24.

⁴¹¹ *Remia and Others v Commission*, slučaj 42/84, 1985. ECR 2545.

uzimaju u obzir prilikom primene kriterijuma srazmernosti. Tako je u slučaju Metropol Television⁴¹² Sud prve instance našao da kaluzula kojom se zajedničkom ulaganju više televizijskih kuća u oblasti kablovske televizije daje ekskluzivno pravo da emituje programe od opšteg interesa u trajanju od 10 godina, nije proporcionalna nameravanom cilju, jer je vrlo verovatno da bi slabija konkurentna pozicija zajedničkog ulaganja prisutna u trenutku njegovog formiranja nestala tokom vremena. Klauzula je onemogućavala stvarne i potencijalne konkurente da emituju programe koji su bili atraktivni za veliki broj gledalaca. Ona bi u stvarnosti služila kao sredstvo eliminisanja konkurencije, a ne kao sredstvo koje će omogućiti održivost projekta na samom početku njegove realizacije.

10.3. Sporazumi *de minimis*

Sporazumi koji su obuhvaćeni članom 101 UFEU-a izmiču zabrani ako ograničenje konkurencije koje izazivaju ili mogu izazvati nije značajno. To je parafraza pravnog principa koji datira još iz antičkog Rima – *De minimis non curat lex* (Pravo se ne bavi sitnicama). U kontekstu restriktivnih sporazuma, značaj ograničenja konkurencije ceni se prvenstveno na osnovu tržišne snage učesnika sporazuma. Logika primenjenog kriterijuma je jednostavna. Ako učesnici sporazuma imaju suviše malu tržišnu snagu, malo je verovatno da će njihov sporazum onemogućiti preostalu konkurenciju ili sprečiti dolazak nove konkurencije.

Sud pravde je prvi put formulisao doktrinu *de minimis* u slučaju Felk protiv Fervekea.⁴¹³ Nemački proizvođač mašina za veš zaključio je ugovor o ekskluzivnoj distribuciji sa Fervekeom za tržište Belgije i Luksemburga. Distributer je imao obavezu da mesečno naručuje 80 mašina, a proizvođač je zauzvrat garantovao distributeru apsolutnu zaštitu od paralelnog uvoza drugih distributera na teritoriju obuhvaćenu ugovorom. Izbio je spor zbog neizvršavanja ugovora. U sporu pred nemačkim sudom tuženi se pozvao na ništavost ugovora zbog suprotnosti članu 85 Ugovora o EEZ-a. Nemački sud obratio se Sudu pravde sa zahtevom za preliminarno mišljenje. Sud pravde je utvrdio da je tržišni udeo Felkea bio zanemarljiv – na nemačkom tržištu iznosio je ispod jednog procenta. Zbog toga je zaključio da ugovor koji obezbeđuje apsolutnu teritorijalnu zaštitu distributeru izmiče zabrani iz člana 85: „Ugovor pada izvan zabrane iz člana 85(1) kada ima samo beznačajan efekat na tržištu, uzimajući u obzir slabu poziciju koju lica u pitanju imaju na tržištu odnosnog proizvoda.“

Komisija EU praktikuje da donosi obaveštenja o sporazumima od malog značaja, u kojima utvrđuje kriterijume za procenu da li restriktivni sporazum izmiče zabrani iz člana 101 UFEU-a zbog male tržišne snage učesnika sporazuma. Osnovni kriterijum je veličina tržišnih udela učesnika sporazuma. U skladu sa Obaveštenjem Komisije o sporazumima malog značaja iz 2014. godine, sporazum ne ograničava značajno konkurenciju ako:

- 1) zajednički tržišni udeo strana u sporazumu između stvarnih i potencijalnih konkurenata (horizontalni sporazum) ne prelazi 10%;

⁴¹² *Métropole Télévision (M6) and Others v Commission*, slučaj T-112/99, 2001. ECR II-2459.

⁴¹³ *Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Verwaecke*, slučaj 5/69, 1969. ECR 295.

- 2) tržišni udeo svake strane u sporazumu između lica koja nisu stvarni ili potencijalni konkurenti ne prelazi 15%;
- 3) na relevantnom tržištu na kome je konkurencija ograničena kumulativnim efektom sporazuma zaključenih između različitih snabdevača i distributera, ukupan tržišni udeo strana u sporazumu između konkurenata ne prelazi 5%, odnosno ne prelazi 10% za svaku stranu u sporazumu između lica koja nisu konkurenti;
- 4) na relevantnom tržištu paralelna mreža sporazuma sa sličnim efektima ne pokriva više od 30% tržišta.⁴¹⁴

Obaveštenje o sporazumima malog značaja ustanovljava 'sigurne luke' za učesnike sporazuma. Na osnovu veličine svojih tržišnih udela oni mogu sa relativno velikom izvesnošću predvideti da li njihov sporazum izmiče zabrani iz člana 101. Potrebno je naglasiti da sporazum ne sme sadržati ciljna ograničenja, kako bi se učesnici sporazuma mogli koristiti *de minimis* povlasticom.

Takođe, treba imati u vidu da su obaveštenja Komisije 'meko' pravo, što znači da Komisija i Sud pravde nisu obavezni striktno da ih primenjuju. U praksi Suda pravde pokazalo se da veličina tržišnog udela nije jedini kriterijum za procenu značaja ugovornih ograničenja konkurencije. Tržišni kontekst u kojem sporazum ispoljava svoje dejstvo takođe može biti relevantan. U slučaju Banjasko i drugi,⁴¹⁵ u kom se raspravljalo o dopuštenosti ograničenja sporazuma banaka o zabrani ugovaranja fiksne kamatne stope, Sud pravde je oceno da takvo ograničenje nema značajan efekat, imajući u vidu da visinu kamatne stope određuje tržište.

U najnovijem slučaju Ikspidija,⁴¹⁶ Sud pravde je podvukao da Obaveštenje Komisije, kao neobavezujući akt, postavlja granice diskrecionom postupanju Komisije i kao takvu obavezuje nju samu ali ne i organe država – članica. Komisija bi povredila osnovne pravne principe ukoliko se ne bi pridržavala akta koji je sama donela. Kvantitativne kriterijume koji su navedeni u Obaveštenju treba razumeti tako da se uz njihovu pomoć određuje šta ne predstavlja značajno ograničenje konkurencije. To, ipak, ne znači da sporazumi koji prelaze postavljene granice veličine tržišnih udela automatski imaju značajne efekte na konkurenciju.⁴¹⁷

10.4. Ništavost sporazuma

Građanskopravna sankcija zabrane restriktivnih sporazuma je njihova ništavost, što je propisano članom 101 stav 2 UFEU-a. Pravne posledice ništavosti se određuju u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom države u kojoj se to pitanje postavlja.⁴¹⁸ Reč je o apsolutnoj ništavosti, koja nastupa na osnovu samog zakona, a eventualna sudska odluka kojom se

⁴¹⁴ *De minimis Notice*, tač. 8-10.

⁴¹⁵ *Bagnasco and Others v Commission*, sjedinjeni slučajevi C-215/96 i C-216/96, 1999. ECR I-135.

⁴¹⁶ *Expedia Inc. v Autorité de la Concurrence and Others*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795.

⁴¹⁷ *Ibidem*, par. 25.

⁴¹⁸ *Société de Vente des Ciments et Bétons de l'Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG*, odluka po zahtevu za preliminarno mišljenje 319/82, 1983. ECR 04173.

utvrđuje ništavost može imati samo deklarativan značaj. Ništavost nastupa *ex tunc*, tj. od zaključenja sporazuma. Na ništavost se mogu pozivati, pored ugovornih strana, i treća lica. Sud na ništavost pazi po službenoj dužnosti. Pravna posledica ništavosti je povraćaj datog. U slučaju kada je strana koja se poziva na ništavost bila nesavesna, može se primeniti pravilo *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.⁴¹⁹

U domaćem pravu, sud može odbiti zahtev nesavesne strane za vraćanje datog, a može i odlučiti da druga strana ono što je primila po osnovu zabranjenog ugovora preda opštini na čijoj teritoriji ima sedište ili prebivalište, odnosno boravište. Prilikom odlučivanja sud će voditi računa o savesnosti jedne odnosno obeju strana, o značaju ugroženih društvenih interesa, kao i o moralnim shvatanjima.⁴²⁰

Pravo EU i domaće pravo poznaju delimičnu ništavost. Apsolutna ništavost sporazuma suprotnih članu 101 stav 2 UFEU-a povlači samo ništavost onih ugovornih odredbi koje su sa njim u suprotnosti.⁴²¹ Ništavost neke odredbe ugovora ne povlači i ništavost ugovora u celini, ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uslov ugovora, ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen. Ali će ugovor ostati na snazi čak i ako je ništava odredba bila uslov ugovora ili odlučujuća pobuda u slučaju kad je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje.⁴²² Tako, na primer, ugovor o distribuciji koji sadrži klauzulu o apsolutnoj teritorijalnoj zaštiti ne bi bio ništav u celosti, čak i kada su proizvođač i distributer zaključili ugovor upravo sa ciljem da distributeru bude obezbeđena apsolutna zaštita od uvoza proizvođačeve robe sa teritorija drugih država.

10.5. Izuzeće sporazuma od zabrane

Član 101 stav 3 UFEU-a predviđa mogućnost izuzimanja sporazuma od zabrane predviđene stavom 1, ukoliko sporazum ispunjava sledeće uslove:

- 1) doprinosi unapređenju proizvodnje ili distribucije robe ili podsticanju ekonomskog ili tehničkog razvoja,
- 2) omogućava potrošačima pravičan udeo u ostvarenoj koristi,
- 3) ne nameće preduzećima, učesnicima sporazuma ograničenja koja nisu neophodna za postizanje navedenih ciljeva i
- 4) ne daje preduzećima, učesnicima mogućnost eliminisanja konkurencije u pogledu značajnog dela proizvoda u pitanju.

Načelno, svaki sporazum može ispuniti uslove za izuzeće iz člana 101 stav 3, čak i sporazumi koji sadrže teška ograničenja. Svi navedeni uslovi moraju biti kumulativno ispunjeni. Teret dokazivanja ispunjenosti uslova snose učesnici sporazuma. Navedeno potvrđuje Sud prve instance u slučaju Matra: „U principu ne postoji praksa suprotna konkurenciji koja, koliki god je opseg efekata na datom tržištu, ne može biti izuzeta, ukoliko

⁴¹⁹ Niko se neće slušati ko navodi sopstvenu sramotu (nedopuštenu radnju).

⁴²⁰ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i „Sl. list RBiH“, br. 2/92, 3/93 i 13/94 i „Sl. glasnik RS“, br. 17/93 i 3/96), član 104 stav 2 i 3.

⁴²¹ *Société de Vente des Ciments et Bétons*, op. cit.

⁴²² ZOO, član 105..

su svi uslovi iz člana 85(3) (sadašnji 101, prim. aut.) zadovoljeni... Odluka o ...izuzeću sporazuma između preduzeća je uslovljena ispunjenjem sva četiri uslova... sa rezultatom da izuzeće mora biti odbijeno ako makar jedan od uslova nije zadovoljen. Na... preduzeću je da snabde Komisiju dokazima da su uslovi... ispunjeni.⁴²³

Pravilo o teretu dokazivanja ne važi u slučaju sporazuma koji su obuhvaćeni grupnim (blok) izuzećima. U pogledu tih sporazuma važi oboriva pravna pretpostavka da su izuzeti od zabrane iz člana 101 stav 1 UFEU-a, ali Komisija ili nacionalno telo za zaštitu konkurencije može utvrditi da pojedini takav sporazum izaziva efekte koji su inkompatibilni sa članom 101 stav 3 UFEU-a. Drugim rečima, to znači da kod sporazuma obuhvaćenih grupnim izuzećima Komisija EU ili nacionalna tela za konkurenciju snose teret dokaza da u slučaju pojedinog sporazuma uslovi iz člana 101 stav 3 nisu ispunjeni.⁴²⁴

U praksi, malo je verovatno da će sporazumi sa ciljnim ograničenjima koja se klasifikuju kao teška ograničenja moći da ispune uslove za izuzeće.⁴²⁵ Posebno je teško kod takvih sporazuma dokazati ispunjenost prva dva uslova – veću efikasnost ili podsticaj ekonomskog i tehničkog progressa i koristi za potrošače. Na primer, teško je dogovor o cenama između konkurenata dovesti u vezu sa uštedom troškova ili unapređenjem proizvodnje ili distribucije, a takvi dogovori redovno nanose štetu potrošačima koji moraju da plaćaju više cene. Dogovor o cenama je retko kada jedini način da se postigne nameravani cilj, pa zbog toga nije moguće dokazati ni ispunjenost trećeg uslova.

10.5.1. Doprinos unapređenju proizvodnje ili distribucije robe ili podsticanju ekonomskog ili tehničkog razvoja

Prvi uslov izuzeća sporazuma od zabrane je da sporazum donosi koristi koje kompenzuju štetu izazvanu ograničenjem konkurencije. Komisija u Smernicama za primenu člana 81(3) [dalje u tekstu: 101(3)] te koristi naziva zajedničkim terminom 'efikasnosti', koji upotrebljava u širem značenju nego što mu se pridaje u ekonomiji.

U Smernicama se pravi razlika između troškovnih i kvalitativnih efikasnosti. Troškovne efikasnosti su uštede u troškovima proizvodnje ili distribucije koje se ostvaruju putem različitih oblika saradnje strana u sporazumu. One se mogu ogledati u boljoj iskorišćenosti kapaciteta (ekonomije obima), korišćenju superiornije tehnologije, ponudi komplementarnih proizvoda (ekonomije opsega) i sl. Na primer, ako dve avio-kompanije potpišu sporazum o saradnji, kojim se obavezuju da će naizmenično organizovati letove na određenoj ruti i zajednički prodavati karte za letove svake od kompanija (tzv. *code share* aranžman) sporazum nesumnjivo ograničava konkurenciju avio-kompanija, ali istovremeno doprinosi uštedi troškova, jer omogućava bolju iskorišćenost kapaciteta (sedišta u avionu) nego kada bi svaka kompanija morala da održava avio-liniju sama za sebe. Slično, u oblasti telekomunikacija, kablovski operateri se mogu sporazumeti da

⁴²³ *Matra Hachette SA v Commission*, slučaj T-17/93, 1994. ECR II-595, par. 85.

⁴²⁴ Tač. 13 i 14 Preambule Uredbe 330/2010, tač. 19 i 20 Preambule Uredbe 1217/2010, tač. 17 i 18 Preambule Uredbe 316/2014.

⁴²⁵ *Guidelines on application of Article 81(3)*, par. 46.

zajedno ulažu u izgradnju infrastrukture koju će kasnije zajednički koristiti za prenos signala. U oblasti istraživanja i razvoja, primer ušteda u troškovima je saradnja dve kompanije od kojih jedna ima patente za proizvodnju novog proizvoda, ali nema proizvodne kapacitete i obezbeđeno tržište da odmah na početku proizvodnje može da pokrije velike troškove ulaganja u proizvodna postrojenja i plasman na tržištu. Primer troškovnih efikasnosti je i zajednička distribucija proizvoda, kada proizvođačima sličnih ili komplementarnih proizvoda nije isplativo da samostalno organizuju prodajnu mrežu, već se udružuju kako bi raspodelili troškove distribucije.

Kvalitativne efikasnosti ogledaju se redovno u unapređenju kvaliteta robe ili usluge. Ukoliko dve kompanije imaju različite patente koji se moraju koristiti u proizvodnji ili distribuciji da bi se dobio novi ili unapređen proizvod, zajednička proizvodnja je logičan način da se postigne tehnološki progres. Na primer, u odluci o izuzeću zajedničkog ulaganja telekomunikacionih kompanija Feniks i Global Uan,⁴²⁶ Komisija je prihvatila obrazloženje ulagača da će zajedničko ulaganje unaprediti kvalitet telekomunikacionih usluga koje se pružaju velikim korporacijama, na bazi uzajamnih obaveza dva ulagača da zajedničkom ulaganju ustupe na korišćenje neisključive licence na patente koje poseduju. U oblasti finansijskih usluga, odobreno je izuzeće sistemu međunarodnog plaćanja Uniform Juroček,⁴²⁷ koji je omogućavao da čekovi izdati u jednoj državi – članici budu naplaćeni u drugoj državi – članici, putem centralnog kliringa ustanovljenog sporazumom banaka učesnika u sistemu. Sporazum je predvideo izdavanje čekova u lokalnoj valuti države izdavanja i naplatu u punom iznosu od banke trasata locirane u drugoj državi. Izuzeće je dato uprkos tome što je sporazum predviđao ciljna ograničenja konkurencije – utvrđivanje visine naknada za uslugu naplate čeka.

Efikasnosti moraju biti objektivno verifikovane. Nije dovoljno subjektivno uverenje strana u sporazumu u vezi sa tim. Takođe se ne uzimaju u obzir efikasnosti za strane u sporazumu koje su posledica povećanja tržišne snage. Primera radi, ako će kao rezultat sporazuma strane smanjiti svoj obim proizvodnje, to će im svakako doneti uštedu u troškovima, ali to nije efikasnost kojoj se teži na osnovu člana 101 stav 3 UFEU-a, jer ne donosi nikakvo stvarno unapređenje proizvodnih i distributivnih procesa.⁴²⁸ Strane u sporazumu moraju obrazložiti i dokazati kategoriju efikasnosti za koje tvrde da se postižu sporazumom, uzročno-posledičnu vezu između sporazuma i proklamovanih efikasnosti (tj. da je sporazum sredstvo putem kojeg se navedene efikasnosti postižu), verovatnoću ostvarivanja efikasnosti, njihov obim i vreme kada će nastupiti.⁴²⁹ Sve navedeno je neophodno kako bi se obrazloženje efikasnosti u postupku koji se vodi na osnovu člana 101 ne bi svelo na puke floskule, bez valjane argumentacije i dokaza koji podupiru tu argumentaciju.

Otvoreno je pitanje da li se u svrhu izuzimanja sporazuma od zabrane po osnovu člana 101

⁴²⁶ *Phoenix/Global One*, odluka Komisije IV/35.617, Službeni list EU L 239, 1996.

⁴²⁷ *Uniform Eurocheque*, odluka Komisije IV/30.717, Službeni list EZ L 35, 1985.

⁴²⁸ *Guidelines on application of Article 81(3)*, par. 49.

⁴²⁹ *Ibidem*, par. 51.

stav 1 UFEU-a pod efikasnosti mogu podvesti ciljevi javnog interesa koji su utvrđeni osnivačkim ugovorima EU, kao na primer, zaštita životna sredine, povećanje zaposlenosti, integracija evropskog tržišta i sl. Tako je, na primer, u jednoj odluci o izuzeću sporazuma po osnovu člana 101 stav 3 UFEU-a (slučaj CECEd) Komisija prihvatila argument ugovornih strana da sporazum doprinosi uvećanju energetske efikasnosti, čime ugovorne strane postižu na troškovima, ali istovremeno i šira društvena zajednica dobija koristi sa aspekta zaštite životne sredine.⁴³⁰ Komisija je ocenila da sporazum proizvođača veš mašina o obustavljanju proizvodnje i uvoza mašina za veš sa većom potrošnjom električne energije donosi direktne koristi proizvođačima čiji će troškovi biti sniženi, ali i kolektivne ekološke benefite, u vidu smanjenja potrošnje električne energije.⁴³¹ Komisiji je zamereno od strane pojedinih komentatora da ekološke uštede svaljuje na teret kupaca mašina, koji će plaćati skuplje, jer je procenjeno da će sporazum dovesti do rasta cena predmetnog proizvoda.⁴³² Slično je Komisija postupila i u slučaju DSD-a, organizacije koja je zaključila sporazume za prikupljanje i preradu otpada za teritoriju Nemačke sa velikim brojem sakupljača otpada.⁴³³ Ti sporazumi su sadržali klauzule ekskluzivnosti, na osnovu kojih je svaki sakupljač imao zagaranovanu teritoriju sa koje je samo on mogao da prikuplja otpad radi isporuke DSD-u. Komisija je našla da se klauzulom ekskluzivnosti značajno ograničava konkurencija, imajući u vidu da je DSD putem mreže sporazuma sa sakupljačima otpada pokrivaio oko 80% teritorije Nemačke. Komisija je utvrdila da je klauzula ekskluzivnosti neophodna da bi sistem prikupljanja otpada rentabilno funkcionisao, ali je argumente o tome podržala i argumentom da se na taj način ostvaruju ciljevi zaštite životne sredine.⁴³⁴

U slučaju *Matra*, koji je imao za predmet preispitivanje odluke Komisije da ne odobri izuzeće zajedničkog ulaganja Forda i Folksvagena u kompaniju za proizvodnju automobila u Portugalu, Sud prve instance je dao za pravo Komisiji kada je iznela stav da se izuzeće sporazuma ne može odobriti samo na osnovu izuzetnih okolnosti, kao što su izradnja javne infrastrukture, povećanje zaposlenosti i integracija evropskog tržišta, ali da Komisija i te okolnosti uzima u obzir.⁴³⁵ Sud takođe podvlači da se izuzeće sporazuma ne može odobriti samo na osnovu takvih izuzetnih okolnosti.

10.5.2. Pravičan udeo za potrošače

Potrošači moraju sudelovati u efikasnostima koje se ostvaruju sporazumom. Pojam potrošači u smislu člana 101 stav 3 UFEU-a je širi i obuhvata klijente ugovornih strana i njihove kupce, bez obzira da li se nalaze na kraju proizvodno-prometnog lanca ili negde između – proizvođače koji nabavljaju predmetni proizvod kao svoj input, veletrgovce,

⁴³⁰ *CECEd*, odluka Komisije IV.F.1/36.718, Službeni list EU L 187, 2000.

⁴³¹ *Ibidem*, tač. 55-57.

⁴³² H.R. Basaran, *How Should Article 81 Addresses Agreements that Yield Environmental Benefits*, *European Competition Law Review*, 2006. s. 479-484.

⁴³³ *DSD*, odluka Komisije COMP/37.288, Službeni list EU L 319, 2001.

⁴³⁴ *Ibidem*, par. 143-145.

⁴³⁵ *Matra Hachette*, *op.cit.*, s. 39.

trgovce na malo i krajnje potrošače (fizička lica koja kupuju za svrhe izvan njihove profesije ili delatnosti).⁴³⁶

Pojam 'pravičan udeo' znači da koristi koje se prenose na kupce ili potrošače moraju biti barem jednake po vrednosti šteti koju trpe zbog ograničenja konkurencije, a koja se može ogledati u smanjenoj ponudi, povećanju cena i sl. To znači da šteta izazvana ograničenjem konkurencije mora biti kompenzovana kupcima ili potrošačima koristima koje su jednake po vrednosti ili vrednije od nastale štete. Na primer, povećanje cena na relevantnom tržištu treba da bude nadoknađeno boljim kvalitetom predmetne robe ili usluge. Koristi moraju uživati svi kupci ili potrošači predmetnog proizvoda, a ne samo pojedini kupci ili grupa kupaca.

Način odmeravanja koristi za potrošače i verovatnoće da će one biti ostvarene zavisi od prirode efikasnosti. Generalno je pravilo da što je veće ograničenje konkurencije koje se nameće sporazumom, tim veće moraju biti koristi za potrošače. Takođe, od značaja je rok u kome bi koristi trebalo da se ostvare. Za pojedine poslovne poduhvate potrebno je određeno vreme da se realizuju i da se njihove koristi prenesu na kupce i potrošače. Koristi koje se ostvaruju tek nakon isteka dužeg perioda moraju biti diskontovane.⁴³⁷

Komisija na različit način vrednuje koristi za potrošače ostvarene putem troškovnih i kvalitativnih efikasnosti. Prilikom procene vrednosti koristi koje donose troškovne efikasnosti, uzimaju se u obzir struktura relevantnog tržišta, priroda efikasnosti i njihov obim, stepen ograničenja konkurencije i elastičnost tražnje. Načelno, što je veći intenzitet preostale konkurencije na tržištu (konkurencija koja nije obuhvaćena predmetnim sporazumom) i što je veća elastičnost tražnje (kupci imaju na raspolaganju više zamenskih proizvoda), veća je verovatnoća da će učesnici sporazuma preneti deo ušteta u troškovima na kupce u vidu nižih cena. Ako se konkurenti takmiče pretežno cenom proizvoda i nemaju ograničenja u pogledu kapaciteta, vrlo je izvesno da će se efikasnosti preneti na kupce u kratkom roku. U pomenutom slučaju CECED, Komisija je prihvatila argument ugovornih strana da će upotreba energetski efikasnijih aparata doneti uštede u troškovima za domaćinstva. Takođe je uzela u obzir da na tržištu postoji konkurencija proizvođača mašina koje su manje energetski efikasne, ali su zato jeftinije. Komisija procenjuje da je duži period potreban za prenos koristi za potrošače ako se konkurencija odvija prilagođavanjem kapaciteta. Takođe, manje je verovatno da će koristi biti prenete ako je tržište sklono oligopolskoj koluziji. Ipak, postoji mogućnost da učesnici sporazuma zbog efikasnije proizvodnje preuzmu ulogu razbijača kartela (tzv. *maverick* firma).⁴³⁸

Kada je reč o kvalitativnim efikasnostima, procena vrednosti koja se prenosi na potrošača predstavlja vrednosni sud.⁴³⁹ Pojava na tržištu novog ili savršenijeg proizvoda generalno

⁴³⁶ *Guidelines on application of Article 81(3)*, par. 84. U francuskom tekstu UFEU-a koristi se termin 'utilisateurs', a u italijanskom termin 'utilizzatori'.

⁴³⁷ *Ibidem*, par. 88.

⁴³⁸ *Ibidem*, par. 97.

⁴³⁹ *Ibidem*, par. 103.

može predstavljati korist za potrošače, pri čemu je važno proceniti da li je reč o pravim vrednostima a ne o veštački izazvanoj potrebi potrošača, putem, na primer, velikih markentiških kampanja.

10.5.3. Neophodnost ograničenja

Sporazum kao takav i ograničenja konkurencije koja sadrži moraju biti razumno neophodna za postizanje ciljeva koji su razmatrani pod tačkom 10.5.2. Neophodnost sporazuma za Komisiju znači da ne postoji druga razumno realistična i dostižna alternativa putem koje bi se ostvarile nameravane efikasnosti. Ukoliko postoji, na stranama u sporazumu je da pokažu da bi efikasnosti koje bi se putem nje ostvarile bile značajno manje u poređenju sa onim koje se postižu sporazumom. Na primer, ukoliko je sporazum potreban da bi se stranama omogućila proizvodnja na nivou ekonomije obima, potrebno je razmotriti da li je interni rast (povećanje obima proizvodnje i prodaje putem sopstvenih ulaganja), razumno ostvariva i podjednako ekonomična opcija.

Drugi faktor koji treba razmotriti jeste da li su restriktivne klauzule u sporazumu neophodne za postizanje ciljeva sporazuma? Potrebno je uočiti da ovde nije reč o pomoćnim ograničenjima. Kako je napred istaknuto, pomoćna ograničenja su institut koji omogućuje izuzeće restriktivnih klauzula sadržanih u inače zakonitom sporazumu (koji uopšte ne potpada pod član 101 UFEU-a). Član 101 stav 3 se primenjuje na sporazume koji su obuhvaćeni zabranom iz člana 101 stav 1 UFEU-a, tako što se efekti sporazuma koji su suprotni konkurenciji stavljaju u odnos sa njegovim benefitima za konkurenciju, blagostanje potrošača i ekonomski progres.

Neophodnost restriktivnih klauzula takođe se procenjuje sa stanovišta efikasnosti koje strane u sporazumu nameravaju njime postići. Potrebno je da strane u sporazumu pokažu da se bez konkretnog ograničenja efikasnost ne bi ostvarila ili bi bila značajno manja. Na primer, u ugovoru o distribuciji, klauzula pomoću koje se distributeru nameće zabrana aktivne prodaje izvan dodeljene teritorije stvara prostor za distributera da uloži svoje napore i sredstva za promociju i marketing proizvoda, jer mu obezbeđuje plasman u obimu koji mu pokriva dodatne troškove promocije i marketinga. Generalno, mnogo je teže za strane u sporazumu da dokažu neophodnost ciljnih ograničenja konkurencije, ali to nije sasvim nemoguće, imajući u vidu da se ograničenja uvek posmatraju u kontekstu stvarnih okolnosti na tržištu. Uzimaju se u obzir struktura tržišta, poslovni rizici kojima su strane izložene i podsticaji za njih.⁴⁴⁰ Vreme trajanja ograničenja se takođe uzima u obzir prilikom procene njihove neophodnosti. Kod investicija velike vrednosti razumljivo je da je potrebno da ograničenja traju duže vreme, kako bi se obezbedio povrat investicije.

10.5.4. Nepostojanje mogućnosti za eliminisanje konkurencije u pogledu značajnog dela proizvoda

Sporazum koji se izuzima od zabrane ne sme davati preduzećima učesnicima mogućnost značajnog eliminisanja konkurencije na relevantnom tržištu. Poslednji uslov člana 101

⁴⁴⁰ *Guidelines on application of Article 81(3), op.cit.*, par. 80.

stav 3 UFEU-a štiti konkurenciju kao proces. Čak i ako sporazum omogućuje efikasnosti koje se prenose na potrošače i koje se ne mogu ostvariti na manje restriktivan način, on se ne može izuzeti ako bi konkurencija na tržištu time bila značajno eliminisana. Sve koristi koje sporazum donosi na kratak rok bile bi dugoročno poništene štetnim posledicama nedovoljne konkurencije – višim cenama, alokativnom neefikasnošću, odsustvom inovativnosti i dr.⁴⁴¹

Prilikom primene ovog uslova javlja se pitanje kakav je njegov odnos sa članom 102 UFEU-a? Da li postoji mogućnost izuzimanja sporazuma ako sporazum doprinosi tome da učesnici steknu ili ojačaju dominantnu tržišnu poziciju i da li izuzeće sporazuma po osnovu člana 101 stav 2 UFEU-a eliminiše mogućnost sankcionisanja preduzeća zbog zloupotrebe dominantnog položaja koja se sastoji u zaključenju predmetnog sporazuma?

Ispunjenost poslednjeg uslova iz člana 101 stav 3 UFEU-a procenjuje se, najpre, uzimanjem u obzir istih onih kriterijuma koji su od značaja za utvrđivanje dominantne tržišne pozicije: tržišnih udela ugovornih strana, snage preostale konkurencije na tržištu, postojanja potencijalne konkurencije, vrste i visine prepreka ulasku na tržištu, snage kupaca i dr. Osobnost primene poslednjeg uslova iz člana 101 stav 3 u odnosu na utvrđivanje dominantne pozicije u okviru primene člana 102 ogleda se u proceni efekta sporazuma na stanje konkurencije na tržištu, što se čini poređenjem stanja konkurencije koja postoji pre sporazuma i one koja će postojati nakon sporazuma. Ako sporazum zaključuju preduzeća između kojih je u prošlosti postojala jaka konkurencija, velika je verovatnoća da će intenzitet konkurencije na tržištu oslabiti nakon zaključenja sporazuma. Ponašanje učesnika sporazuma u prošlosti redovno će biti od značaja za procenu njihovog ponašanja u budućnosti.⁴⁴² Tako, dokazana sposobnost preduzeća učesnika da naplaćuju visoke cene i upražnjavaju ponašanja suprotna konkurenciji povećava verovatnoću da će konkurencija biti značajno ograničena nakon zaključenja sporazuma. Takođe, ako sporazum ograničava konkurenciju u njenim najvažnijim oblicima ispoljavanja, kao što je cenovna konkurencija ili konkurencija u pogledu inovativnosti ili razvoja novih proizvoda, velika je verovatnoća da će sporazum ograničiti konkurenciju u značajnoj meri.⁴⁴³

Izuzeće sporazuma po osnovu člana 101 stav 3 UFEU-a ne isključuje mogućnost primene člana 102 na ponašanje strana u sporazumu.⁴⁴⁴ Isto tako, ne može se odobriti izuzeće sporazuma ako strana u sporazumu time čini zloupotrebu dominantnog položaja, ali to ne znači da sporazumi koje zaključuje dominantno preduzeće ne mogu uopšte biti izuzeti.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ *Ibid.*, par. 106.

⁴⁴² *Ibid.*, par. 112.

⁴⁴³ *Ibid.*, par. 110.

⁴⁴⁴ *Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission*, sjedinjeni slučajevi 395/96 P i 396/96 P, 2000. ECR I-01365, par. 130.

⁴⁴⁵ *Guidelines on application of Article 81(3)*, *op.cit.*, par. 106.

11. Dominantan položaj

Nedostatak efektivne konkurencije na određenom tržištu često je praćen prisustvom jednog preduzeća koje ima sposobnost da samostalno utiče na nivo cena i obim ponude. Ponašanje tog preduzeća reguliše se u pravu konkurencije sa ciljem da se spreči da naplaćuje monopolne cene i ostvaruje monopolni profit i da upražnjava ponašanja kojima onemogućava postojeću konkurenciju ili sprečava dolazak nove konkurencije. U poređno zakonodavstvo navedene oblike ponašanja reguliše pod zajedničkim nazivom, koji se razlikuje u pojedinim jurisdikcijama. U američkom zakonodavstvu i zakonodavstvu onih država koje su bile pod uticajem američkog prava, upotrebljava se naziv monopolizacija, u skladu sa terminom koji je prvi put upotrebljen u članu 2 Šermanovog zakona. U Evropskoj uniji, nacionalnim zakonodavstvima država – članica i država kandidata za članstvo koristi se termin zloupotreba dominantnog položaja. Kako je u našem fokusu evropsko pravo konkurencije, dalje se nećemo baviti sličnostima i razlikama između radnji monopolizacije i zloupotrebe dominantnog položaja,⁴⁴⁶ iako ćemo na odgovarajućim mestima ukazivati na različit pristup američkog prava odnosnom pitanju, u cilju njegovog opštijeg sagledavanja.

Sankcionisanje zloupotrebe dominantnog položaja nužno pretpostavlja utvrđivanje činjenice tržišne dominacije. Samo preduzeće koje poseduje dominantan položaj ima sposobnost da učini radnje zloupotrebe tog položaja. Ekonomski posmatrano, dominantan položaj je određeno svojstvo učesnika tržišne utakmice. Sa pravnog aspekta, dominantan položaj na tržištu je materijalnoppravna pretpostavka odgovornosti za delo zloupotrebe. Preduzeće koje izvrši radnje sadržinski identične delu zloupotrebe, ne može biti sankcionisano ako se prethodno ne utvrdi da ima dominantan položaj. Ta uslovljenost dela zloupotrebe posedovanjem svojstva tržišne dominacije dolazi otuda što štetne posledice u pogledu odvijanja efektivne konkurencije i blagostanja potrošača nastaju samo onda kada preduzeće raspolaže određenom merom ekonomske snage.

U skladu sa navedenim, postupak utvrđivanja i sankcionisanja dela zloupotrebe mora započeti utvrđivanjem postojanja tržišne dominacije.

Prethodno je već nagovešteno da je dominantan položaj ekonomska snaga preduzeća koja se ispoljava na određenom tržištu. U ekonomskoj nauci koristi se sinonim „tržišna moć“ ili „tržišna snaga“ i definiše se kao „moć preduzeća da podigne cenu iznad kompetitivnog

⁴⁴⁶ Dela monopolizacije i zloupotrebe dominantnog položaja nemaju istovetnu sadržinu. Američko pravo sankcioniše i pokušaj monopolizacije - radnje kojima preduzeće nastoji da osvoji poziciju moći da utiče na cene i eliminiše konkurenciju, dok evropsko zakonodavstvo sankcioniše samo ponašanja preduzeća koje je već u poziciji da samostalno određuje cene i eliminiše konkurenciju. U praksi se razlike izražavaju još u većoj meri, jer su američki izvršni organi i sudovi u priličnoj meri suzili polje primene dela monopolizacije, tako da je stvarno značenje postalo uže u odnosu na značenje dela zloupotrebe dominantnog položaja evropskog prava. Vid. Joliet, *Monopolisation and Abuse of Dominant Position*, op.cit.; Marković-Bajalović, *Tržišna moć preduzeća i antimonopolsko pravo*, op.cit.; OECD Roundtables on Competition Policy, *Abuse of Dominance and Monopolisation*, OECD/GD(96)131; J. Vickers, *Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint*, European Competition Journal, jun 2007. s. 1-15.

nivoa, a da brzo ne izgubi na prodaji toliko da povećanje cene ne bude profitabilno“⁴⁴⁷, odnosno kraće rečeno, „sposobnost preduzeća da utvrdi cenu iznad nivoa marginalnog troška“⁴⁴⁸. Iz navedene definicije dâ se zaključiti da za iskazivanje tržišne moći, odnosno dominantnog položaja, nisu primereni apsolutni ekonomski pokazatelji kao što su vrednost imovine, prihod ili profit preduzeća, već relativni, koji ukazuju na snagu preduzeća u odnosu na određeni proizvod, na određenom geografskom prostoru i u određenom vremenu, tj. u odnosu na relevantno tržište.

Pokazatelj kojim se u ekonomskoj nauci meri tržišna moć je Lernerov indeks, nazvan tako prema ekonomisti Lerneru koji je osmislio način njegovog izračunavanja.⁴⁴⁹ Lernerov indeks iskazuje se kao odnos profita i cene proizvoda.⁴⁵⁰ U uslovima savršene konkurencije, kako je napred pokazano, cena se formira na nivou marginalnog troška, što će reći da prodavac naplaćuje cenu koja pokriva troškove proizvodnje i minimalan profit. U takvom slučaju Lernerov indeks ravan je nuli. Što je prodajna cena veća, veći je i iznos profita preko marginalnog troška, pa je time i Lernerov indeks veći. Na primer, ako je Lernerov indeks 0.5, to znači da je cena koju preduzeće naplaćuje na tržištu za određeni proizvod dvostruko veća od njegovog marginalnog troška. Iako matematički jednostavna formula, Lernerov indeks je u praksi teško izračunati, jer najčešće nedostaju sistematski podaci o marginalnom trošku određenog preduzeća.⁴⁵¹ Stoga, u cilju utvrđivanja postojanja tržišne snage u praksi, mora se poći zaobilaznim putem, koji se sastoji u određivanju relevantnog tržišta, utvrđivanju udela koji odnosno preduzeće ima u ukupnoj ponudi, odnosno prodaji ili, alternativno, kupovini na tom tržištu (tržišni udeo ili učešće) i proceni drugih činilaca koji su od značaja za pravilnu procenu tržišne snage preduzeća.

Tržišna snaga, kako je definisana u ekonomskoj nauci, može da ima različite stepene intenziteta. Stepent tržišne snage je u neposrednoj vezi sa veličinom štete koju odnosno preduzeće može naneti blagostanju potrošača, ili ukupnom ekonomskom blagostanju. Što je veći intenzitet tržišne snage, veći je nivo cena na tržištu i manji je obim ponude. Ako je intenzitet tržišne snage mali i ekonomska šteta biće srazmerno mala, pa sankcionisanje preduzeća nije opravdano niti sa stanovišta ekonomičnosti postupka, niti sa aspekta društvene opasnosti, u skladu sa maksimumom *de minimis non curat lex*. Stoga, za pravo konkurencije bitno je pitanje određivanja intenziteta tržišne snage kada postaje opravdano regulisanje i, eventualno, sankcionisanje ponašanja preduzeća. U pravu konkurencije Evropske unije to pitanje je rešeno uvođenjem pojma dominantnog

⁴⁴⁷ W. Landes, R. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law Review, br. 5, 1981. s. 937-996.

⁴⁴⁸ *Ibid.* s. 939.

⁴⁴⁹ A.P. Lerner, *The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power*, Review of Economic Studies, jun 1934. s. 157-175, navedeno prema Scherer, Ross, *op.cit.*, s. 71.

⁴⁵⁰ Formula za izračunavanje Lernerovog indeksa glasi $L = (\text{Cena} - \text{Marginalni trošak}) / \text{Cena}$.

⁴⁵¹ Scherer, Ross, *op.cit.*, s. 415. Podatak o marginalnom trošku pretpostavlja znanje o tome kako proizvodnja dodatne (marginalne) jedinice proizvoda utiče na povećanje ukupnih troškova preduzeća. Drugi način izračunavanja Lernerovog indeksa je posredni, preko indeksa elastičnosti tražnje. Taj metod je jednako nepraktičan kao i prvi, jer je podatak o elastičnosti tražnje sa kojom se suočava preduzeće takođe redovno nepoznat.

položaja. Dominantan položaj podrazumeva određeni, pravno relevantan, stepen tržišne snage preduzeća.

Definiciju pojma dominantnog položaja dao je Sud pravde u slučajevima *Junajted Brands i Hofman – La Roš*: „Dominantan položaj ... odnosi se na položaj ekonomske snage preduzeća, koji mu omogućuje da spreči očuvanje efektivne konkurencije na relevantnom tržištu, dajući mu moć da se ponaša u značajnoj meri nezavisno od svojih konkurenata, kupaca i, ultimativno, potrošača. Generalno, dominantan položaj izvodi se iz kombinacije nekoliko faktora koji, zasebno uzeti, nisu nužno odlučujući.“⁴⁵² „Taj položaj ne isključuje izvesnu konkurenciju, kao u slučaju monopola ili kvazi-monopola, ali omogućuje preduzeću koje na osnovu njega ostvaruje profit, ako ne da određuje, a ono bar da značajnije utiče na uslove pod kojima će se odvijati konkurencija, i u svakom slučaju da se ponaša tako da je u velikoj meri zanemaruje toliko dugo dok mu ne nanosi štetu.“⁴⁵³

Na prvi pogled, definicija dominantnog položaja koju je dao Sud pravde razlikuje se od ekonomske definicije tržišne moći. Akcenat ekonomske definicije je na sposobnosti preduzeća da utiče na cene i obim ponude za tržištu, jer tu sposobnost nemaju preduzeća u uslovima savršene konkurencije (za njih je tržišna cena data kategorija). Sud pravde u svojoj definiciji naglašava odnos između preduzeća koje uživa dominantan položaj i ostalih tržišnih učesnika – njegovih konkurenata i kupaca i, u krajnjoj liniji, potrošača. Preduzeće u dominantnom položaju može da se ponaša nezavisno u odnosu na njih. Sud nije u navedenoj definiciji objasnio u čemu se ogleda nezavisnost u ponašanju, što je dalo povoda različitim tumačenjima u pravnoj i ekonomskoj literaturi.

Po mišljenju profesorke Korah, „nezavisnost u ponašanju“ može značiti dve stvari. To može biti sinonim za diskreciju u formiranju cena i donošenju drugih poslovnih odluka, ali se može odnositi i na sposobnost da se tržište zatvori, sprečavanjem ulaska drugih preduzeća na tržište ili njihovim odstranjivanjem sa tržišta.⁴⁵⁴ Profesor Viš takođe smatra da se pojam dominantnog položaja sastoji od dva elementa: sposobnosti da se spreči konkurencija i sposobnosti nezavisnog ponašanja, ali da definicija Suda pravde ne objašnjava na koji način su ova dva elementa povezana. Po njegovom mišljenju ključna je sposobnost nezavisnog ponašanja na tržištu.⁴⁵⁵ Njegovo mišljenje naslanja se na ekonomski koncept tržišne snage. To mišljenje čini se da sve više prevladuje u Evropskoj uniji. Tako Ajlmsenberger uočava da Sud pravde dominantan položaj definiše preko radnji kojima se taj položaj ispoljava: „Dominacija je definisana kao sposobnost eksploatacije ('da se ponaša nezavisno od svojih konkurenata, kupaca i potrošača'), na jednoj strani, i eliminisanja ili sprečavanja ('spreči efektivnu konkurenciju'), na drugoj. Dominacija i zloupotreba su predstavljeni kao blisko, ako ne i suštinski, povezani pojmovi.“⁴⁵⁶ No, to samo po sebi ne predstavlja problem, već je problematično to što definicija, koristeći

⁴⁵² *United Brands, op.cit.*, par. 65-66.

⁴⁵³ *Hofmann-La Roche, op.cit.*, par. 39.

⁴⁵⁴ V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, 2004. s. 94.

⁴⁵⁵ R. Whish, *Competition Law*, Oxford, 2008. s. 73.

⁴⁵⁶ T. Eilmsenberger, *Dominance – The Lost Child? How the Effects-based Rules Could and Should Change Dominance Analysis*, *European Law Journal*, 2006. s. 15-16.

sintagmu 'dajući mu moć', sugeriše da se sposobnost eliminisanja konkurencije izvodi iz sposobnosti eksploatacije: „Za prvu se pretpostavlja da rezultira iz druge.“⁴⁵⁷ Drugim rečima, dominantan položaj se svodi na sposobnost preduzeća da samostalno određuje cene, pa se u svim slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja, bez obzira da li imaju za predmet radnje eksploatacije ili radnje eliminisanja konkurencije, dominacija utvrđuje gotovo isključivo na osnovu veličine tržišnih udela, jer su oni najbolji pokazatelj sposobnosti da se cene povećaju na nivo iznad marginalnog troška.⁴⁵⁸

To razmišljanje slede i mnogi evropski ekonomisti. Tako Azevedo i Voker ukazuju na neadekvatnost definicije sa ekonomskog stanovišta. Nijedno preduzeće, čak ni ono koje uživa apsolutni monopol, ne može da se ponaša „u značajnoj meri nezavisno“ u odnosu na svoje kupce, odnosno potrošače, jer je monopolista koji povećava cenu, kako je to prethodno pokazano, suočen sa opadajućom tražnjom. On mora da cenu formira na nivou na kom je tražnja još dovoljno visoka da bi imao profit. Tim pre to moraju da čine i preduzeća koja su izložena izvesnoj konkurenciji. Odgovarajuće važi i kada se posmatra odnos preduzeća i njegovih konkurenata. Svako preduzeće koje je izloženo kakvoj-takvoj konkurenciji, mora da uzme u obzir njeno postojanje prilikom donošenja svojih poslovnih odluka. Sud u svojoj definiciji podvlači da dominantno preduzeće mora biti u značajnoj meri nezavisno u odnosu na konkurente. Ako konkurencija deluje kao ograničavajući faktor na cene koje formira određeno preduzeće, tada bi nezavisnost u značajnoj meri postojala ako je preduzeće u prilici da formira svoje cene samostalno, t.j. ako raspolaže tržišnom snagom.⁴⁵⁹ Pravna definicija dominantnog položaja, po ovom mišljenju, svodi se na ekonomsku. Dominacija se izjednačava sa sposobnošću da se utiče na cene, obim i raznovrsnost ponude, inovacije i druge parametre konkurencije tokom značajnog perioda vremena.⁴⁶⁰ Nepodesnost ekonomske definicije ogleda se u nemogućnosti merenja polaznog kriterijuma tržišne snage, a to je cena koja bi preovladavala u uslovima efektivne konkurencije.⁴⁶¹ Uz to, njoj nedostaje granični faktor intenziteta tržišne snage – na kom nivou ona postaje pravno relevantna?

Sa druge strane, u delu teorije i dalje se zastupa stav da se definicija dominantnog položaja koju je dao Sud pravde sastoji od dva elementa, koja su podjednako značajna. U nemačkoj pravnoj teoriji ističe se da je sposobnost preduzeća da onemogućava konkurente i sprečava konkurenciju, primenjujući različite prodajne strategije, jedna od karakteristika tržišne snage. Na to upućuju brojne odluke u kojima su evropski organi utvrdili da upravo takve prodajne strategije (npr. ugovori o ekskluzivnoj distribuciji, vezana trgovina, rabatni sistemi) predstavljaju radnje zloupotrebe.⁴⁶² Italijanski autor Monti, ukazuje na grešku koja se čini čitanjem odluka Suda pravde na način kao da njihova sadržina ima snagu zakona i podvlači da isti sud, u odluci Hofman – La Roš, konstatuje da se dominantan položaj sastoji

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ J.P. Azevedo, M. Walker, *Dominance: Meaning and Measurement*, European Competition Law Review, 2002. s. 363-367.

⁴⁶⁰ D. Hilderbrand, *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, Kluwer 2009. s. 311.

⁴⁶¹ Azevedo, Walker, *op.cit.*, s. 365.

⁴⁶² E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 2004. s. 402.

u sposobnosti preduzeća da značajno utiče na uslove pod kojima će se konkurencija odvijati, drugim rečima, u sposobnosti isključenja konkurencije.⁴⁶³ Navedeni autor dovodi taj stav u vezu sa ciljevima prava konkurencije EU-a, koji se, ogledaju u očuvanju konkurencije, odnosno ograničavanju privatne ekonomske moći. Suština takvog pristupa je da je za utvrđivanje postojanja dominacije dovoljan niži stepen tržišne snage u poređenju sa snagom koja je potrebna za samostalno određivanje monopolske cene. Potvrdu za svoje stanoviše on nalazi u praksi Suda pravde, koji je više puta sankcionisao ponašanja usmerena na onemogućavanje konkurenata, ne tražeći, pritom, dokaze o nanošenju štete tržištu.⁴⁶⁴

Iako je, po našem mišljenju, nesporno da Sud pravde posmatra dominantan položaj sa dva aspekta, kao sposobnost da se samostalno određuju cene i drugi uslovi konkurencije i kao sposobnost da se eliminiše konkurencija, ključni problem leži u tome što je definicija data za svrhe obrazloženja odluke Suda u konkretnom slučaju, a ne za svrhe formulisanja opšteg pravnog pravila. Sud definiše dominantan položaj imajući u vidu radnje zloupotrebe koje se u konkretnom slučaju stavljaju na teret preduzeću, samim tim i definicija dominantnog položaja mora upućivati na sposobnost preduzeća da konkretno delo učini. Ona je nedorečena u pogledu uslova koji nužno treba da budu ispunjeni da bi se izveo zaključak da određeno preduzeće uživa dominantan položaj na tržištu. Navedeno važi čak i ako se prihvati ekonomski način razmišljanja koji dominantan položaj izjednačuje sa sposobnošću samostalnog određivanja cena, jer nam definicija ne kaže ništa o tome kada ta sposobnost postoji. Definicija Suda pravde data u slučaju *Junajted Brends* nije, stoga, operativna. Nešto drugačije stoje stvari sa definicijom datom u slučaju *Hofman – La Roš*, gde Sud naglašava da dominantan položaj ne isključuje postojanje izvesne konkurencije. Dominantan položaj je, prema tome, širi koncept od monopolskog položaja na tržištu. On obuhvata situacije kada se preduzeće pojavljuje u ulozi jednog prodavca, odnosno kupca (monopol), situacije bliske opisanoj (kvazi-monopol) i situacije kada je preduzeće izloženo konkurenciji, ali je u stanju da je zanemari ili da utiče u značajnoj meri na uslove pod kojima će se ta konkurencija odvijati. Pošto Sud nije rekao ništa bliže o elementima na osnovu kojih se može prepoznati treća navedena situacija, jedina mogućnost je da se pojam dominantnog položaja definiše preko faktora na osnovu kojih se utvrđuje njegovo postojanje u praksi Komisije i Suda pravde.

Svoju interpretaciju definicije dominantnog položaja dala je Komisija u Uputstvu o prioritetima u primeni člana 82 Ugovora na zloupotrebe u vidu isključujućeg ponašanja dominantnih preduzeća.⁴⁶⁵ Komisija polazi od napred navedene definicije Suda pravde u slučaju *Junajted Brends*, dajući joj svoje tumačenje, koje je u skladu sa preovlađujućim shvatanjem u evropskoj literaturi. Dominacija podrazumeva da ograničenja konkurencije

⁴⁶³ G. Monti, *The Dominance Threshold in Article 102 TFEU*, u Basedow, Wurmest, *Structure and Effects in EU Competition Law*, op.cit., s. 74.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, s. 75.

⁴⁶⁵ *Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty on abusive exclusionary conduct by dominant undertaking*, Službeni list EU C 45, 2009.

kojima je odnosno preduzeće izloženo nisu dovoljno efikasna, te da stoga preduzeće poseduje tržišnu snagu tokom značajnog vremenskog perioda. To znači da odluke odnosnog preduzeća nisu uslovljene reakcijama konkurenata, kupaca i, konačno, potrošača. Komisija smatra da preduzeće raspolaže takvom snagom, ako je u stanju da profitabilno povećava cene iznad kompetitivnog nivoa tokom značajnog vremenskog perioda i da je, stoga, dominantno. Ona ukazuje da je izraz “moć da povećava cene” eufemizam koji se koristi da označi različite načine na koje preduzeće može uticati na parametre konkurencije, kao što su cene, obim ponude, inovacije, raznovrsnost kvaliteta robe i usluga, u svoju korist, a na štetu potrošača.⁴⁶⁶ Iz navedenog proizlazi da Komisija izjednačuje pojam tržišne dominacije sa ekonomskim značenjem pojma tržišne snage, dodajući mu samo jedan element – postojanje odgovarajuće snage tokom značajnog vremenskog perioda. Drugi zaključak je da se postojanje dominantnog položaja može utvrđivati samo ekonomskom analizom tržišnog položaja preduzeća, koja treba da pokaže da li odnosno preduzeće raspolaže sposobnošću da održi cene iznad kompetitivnog nivoa ili da na drugi način utiče na parametre konkurencije, i to tokom značajnijeg vremenskog perioda.

Navedeni stav Komisije izražen je u dokumentu koji nema obavezujuću pravnu snagu, ali se ne može poreći njegova relevantnost za budući razvoj prava konkurencije u Evropskoj uniji. Uputstvo ukazuje na koji način će Komisija posmatrati faktor tržišne dominacije u budućim slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja koje bude vodila. Čak i da Sud pravde i dalje zastupa drugačije mišljenje, onakvo kakvo je izraženo u slučajevima *Junajted Brends* i *Hofman – La Roš*, on neće biti u prilici da ga potvrdi, jer su odluke Komisije prvi filter u sprovođenju prava konkurencije EU.

Usko tumačenje stavova Suda pravde od strane Komisije i fokus na element snage da se nametnu uslovi konkurencije koji izazivaju štetne posledice za blagostanje potrošača, doprinelo je očekivanjima (ili bojazni, zavisno sa koje strane dolazi) da će Komisija u budućim slučajevima sjediniti postupak dokazivanja postojanja tržišne dominacije sa dokazivanjem radnje zloupotrebe, odnosno njenih štetnih posledica.⁴⁶⁷ Takva očekivanja nisu sasvim bez osnova, jer se dokazivanje i u jednom i drugom slučaju svodi na ekonomsku analizu odnosa cena i troškova, obima i karaktera ponude i dr. Razlog zbog koga takvo viđenje buduće prakse Komisije ipak nije prihvaćeno je pragmatične prirode. Prethodno utvrđivanje dominantnog položaja i dalje je nužno u cilju efikasnijeg rada Komisije, odnosno pravovremene obustave postupaka u kojima je izvesno da ne postoje pretpostavke za donošenje odluke o postojanju zloupotrebe dominantnog položaja.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, par. 10-11.

⁴⁶⁷ E. Arrezo, *Is there a Role for Market Definition and Dominance in an Effects-Based Approach?*, u M.O. Mackenroth, B. Conde Callego, S. Enchellaier, *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlin 2008. s. 36-40.; Economic Advisory Group on Competition Policy, *An Economic Approach to Article 82*, dostupno na: www.ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

Sud pravde u odluci Hofman – La Roš konstatuje da se dominantan položaj izvodi na osnovu nekoliko faktora, od kojih nijedan sam za sebe nije odlučujući, već se moraju posmatrati zajedno. U uporednom zakonodavstvu izdvaja se više faktora koji se uzimaju u obzir prilikom utvrđivanja dominantnog položaja,⁴⁶⁸ od kojih je najznačajniji faktor tržišnog udela.

11.1. Tržišni udeo

Tržišni udeo (ili tržišno učešće) je odnos između obima ili vrednosti prodaje ili ponude odnosnog preduzeća, iskazanog preko prihoda od prodaje, broja jedinica prodatih proizvoda ili na drugi odgovarajući način, i ukupne prodaje ili ponude na relevantnom tržištu. Ako se preduzeće nalazi u ulozi kupca, tržišni udeo se računa na osnovu podataka o vrednosti ili obimu njegove kupovine ili tražnje. Tržišni udeo izražava se u procentima ili razlomcima.

Razlog zbog koga se veličini tržišnog udela pridaje veliki značaj u postupku utvrđivanje tržišne dominacije i, generalno, prilikom analize tržišne snage preduzeća, jeste ekonomske prirode. Na osnovu podatka o veličini tržišnog udela i ukupne elastičnosti tražnje određenog tržišta (t.j. kako kupci na određenom tržištu reaguju na povećanje ili smanjenje cene proizvoda), može se izračunati elastičnost tražnje za odnosno preduzeće. Individualna elastičnost tražnje je pouzdan indikator tržišne snage, jer pokazuje osetljivost tržišta na cenovno ponašanje preduzeća. Ako je elastičnost tražnje mala, to znači da su kupci iz nekog razloga spremni (ili moraju) da podnose povećanje cene odnosnog proizvoda, najčešće zato što im nije dostupan adekvatan supstitut. Ako je elastičnost tražnje mala, onda je preduzeće u pitanju slobodno da povećava cenu svog proizvoda značajno iznad kompetitivnog nivoa. To, drugim rečima, znači da preduzeće raspolaže značajnom tržišnom snagom. Kako je napred ukazano, u praksi najčešće nije moguće neposredno odrediti elastičnost tražnje sa kojom se suočava određeno preduzeće na tržištu, pa se pribegava posrednom merenju tržišne snage, preko veličine tržišnog udela.⁴⁶⁹ Matematički odnos veličine tržišnog udela i profitabilnosti preduzeća pretvara se u ekonomsku zakonitost. Što je veći tržišni udeo preduzeća, njegova individualna elastičnost tražnje biće manja u odnosu na elastičnost tražnje tržišta. Već i srazmerno malo smanjenje obima ponude izaziva srazmerno veliko povećanje cena na tržištu, a samim tim i profita.⁴⁷⁰ Druga posledica ogleđa se u tome da je veličina tržišnog udela obrnuto proporcionalna uticaju preostale konkurencije na tržištu na elastičnost tražnje, a time i nivo cena i obim ponude. Što je veći tržišni udeo, manja je mogućnost za preostalu konkurenciju da povećanjem obima ponude utiče na ukupan obim ponude i time spreči rast cena na tržištu.

⁴⁶⁸ Vid. OECD Roundtables, *Evidentary Issues in Proving Dominance*, 2006. Dostupno na: www.oecd.org/daf/competition/abuse/41651328.pdf

⁴⁶⁹ Landes, Posner, *op.cit.*, s. 944.

⁴⁷⁰ Lande i Pozner objašnjavaju navedeno na sledećem primeru. Individualna elastičnost tražnje preduzeća izračunava se tako što se elastičnost tražnje tržišta podeli sa tržišnim udelom preduzeća. Ako je tržišni udeo preduzeća 50%, a elastičnost tražnje 1, preduzeće mora da smanji ponudu za 2% da povećalo cenu za 1%. Ali, ako je tržišni udeo preduzeća 90%, potrebno je da smanji ponudu samo nešto više od 1% da bi tržište odgovorilo povećanjem cene za 1%. Landes, Posner, *op.cit.*, s. 946.

Svesni praktične potrebe da se tržišna snaga preduzeća u pravu konkurencije kvantifikuje na određeni način, Landes i Pozner pokušali su aproksimativno da ukažu na relacije između veličine tržišnih udela i profitabilnosti. Razvrstavši tržišta u četiri kategorije po kriterijumu elastičnosti tražnje, na tržišta sa veoma visokom, visokom, niskom i veoma niskom elastičnošću tražnje, izračunali su veličinu tržišnog udela koja je potrebna da bi se postiglo povećanje cene od 20% iznad marginalnog troška. U prvom slučaju, na tržištima sa veoma visokom elastičnošću tražnje potreban je udeo od 61%, u drugom slučaju 46%, u trećem 44%, a u četvrtom 23%.⁴⁷¹ Njihova analiza pokazuje da se veličina tržišnog udela sama za sebe nije dovoljna za izvođenje zaključka o tržišnoj snazi određenog preduzeća, već da se mora dovesti u vezu sa faktorima koji utiču da elastičnost tražnje bude veća ili manja.

Navedeno u dovoljnoj meri objašnjava zašto nije moguće određenu veličinu tržišnog udela propisati kao minimalni prag tržišne dominacije. Tržišni udeo sam za sebe, bez sagledavanja njegovog sadejstva sa ostalim faktorima, nije dovoljan za izvođenje zaključka o postojanju tržišne dominacije. Za sagledavanje ostalih faktora neophodna je analiza konkretnog slučaja.⁴⁷² Sa druge strane, to ne znači da generalno nikakva kvantifikacija tržišnih udela nije moguća u pravu konkurencije. Sud pravde u odluci Hofman – La Roš u vezi sa tim, konstatuje: "... lako važnost tržišnih udela može varirati od tržišta do tržišta, može se zauzeti legitimno gledište da su veoma veliki tržišni udeli, sami za sebe, osim u izuzetnim okolnostima, dokaz postojanja dominantne pozicije."⁴⁷³ U slučaju Hofman – La Roš ustanovljeno je da je ta kompanija imala od 47-100% tržišnog učešća, zavisno od grupe vitamina. U slučaju Tetrapak II, utvrđen je tržišni udeo od preko 90%.

Kada preduzeće na tržištu ima tržišni udeo koji se približava apsolutnom monopolu, ta pozicija označava se kao super-dominacija ili kvazi-monopol.⁴⁷⁴ Super-dominantno preduzeće ima "posebnu odgovornost" u pravu konkurencije Evropske unije. Ono ne sme da koristi svoju poziciju tako da onemogućuje pojavu nove konkurencije.⁴⁷⁵

U evropskoj praksi bilo je više slučajeva da je položaj tržišne dominacije utvrđen na osnovu tržišnog udela koji se kretao oko 40%, pa čak i ispod tog procenta. U pomenutom slučaju Junajted Brends, ustanovljen je tržišni udeo od 40-45%. U slučaju koncentracije aviokompanija Virdžin i Britiš Ervejz, Komisija je ustanovila položaj tržišne dominacije na

⁴⁷¹ *Ibidem*, s. 958-959.

⁴⁷² Sud pravde je u svojoj praksi potvrdio stav da je svaki slučaj poseban, čak i kad uključuje isto tržište i iste stranke u postupku. Interesantan je u tom pogledu slučaj kompanije Koka-Kola (*The Coca-Cola Company v. Commission*, slučaj T-125/97, 2000. ECR II-1733). Komisija je prethodno, odlučujući o koncentraciji ove kompanije na britanskom tržištu, ustanovila da Koka-Kola ima dominantan položaj na tržištu Velike Britanije. Iako je Komisija donela odluku da je koncentracija kompatibilna sa tržištem EU, Koka-Kola je tužila Komisiju. Sud prve instance je odbio tužbu sa obrazloženjem da u svakom sledećem postupku koji bi eventualno bio vođen protiv ove kompanije, Komisija mora da ponovo definiše relevantno tržište i sprovede "svežu" analizu uslova konkurencije, koja ne mora neophodno da se zasniva na istim činjenicama kao u slučaju kada je ustanovljena dominantna pozicija.

⁴⁷³ Par. 41

⁴⁷⁴ Emmerich, *op.cit.*, s. 140; Korah, *op.cit.*, s. 109.

⁴⁷⁵ *Compagnie Maritime Belge v. Commission*, slučaj C-395/96 P, ECR 2000. I-1365.

osnovu zajedničkog tržišnog udela učesnika od 39,7%.⁴⁷⁶

Veoma mali tržišni udeli su sami po sebi dovoljan dokaz da nema tržišne dominacije. U istom slučaju Hofman – La Roš Sud je odbacio svaku pomisao na postojanje tržišne dominacije na tržištu vitamina B3 grupe, na kome je ta kompanija imala tržišni udeo od 6%. Slično, u slučaju Metro II,⁴⁷⁷ Sud je formulisao pravnu pretpostavku da na tržištu elektronskih uređaja, među kojima postoji visok stepen supstitucije, tržišni udeo ispod 10% isključuje mogućnost postojanja dominantne pozicije, osim u izuzetnim slučajevima. Navedeno pokazuje da se određeni procenat tržišnog udela može koristiti u funkciji oborive pravne pretpostavke. Njena svrha ogleda se u povećanju pravne sigurnosti, efikasnijem postupanju organa koji vodi postupak po službenoj dužnosti i lakšem položaju oštećenog kao tužioca, ako se postupak zbog zloupotrebe dominantnog položaja vodi po privatnoj tužbi. Preduzeća koja mogu doći pod udar odredbi o zloupotrebi dominantnog položaja mogu sa većom izvesnošću sama proceniti svoju tržišnu poziciju i rizik sankcionisanja za povredu pravila konkurencije. Efikasnost postupanja i zaštita oštećenog, redovno konkurenta koji je eliminisan sa tržišta, sastoji se u tome što teret dokaza da postoje drugi činiooci koji umanjuju ili sasvim poništavaju značaj veličine tržišnog udela snosi preduzeće protiv koga se vodi postupak. Ono redovno ima najbolja saznanja o faktorima koji utiču na njegovu tržišnu poziciju i poseduje odgovarajuće dokaze o tome. Sud pravde je u slučaju AKZO-a⁴⁷⁸ formulisao pravnu pretpostavku o postojanju tržišne dominacije kada preduzeće ima tržišni udeo 50% ili veći. Komisija, sa svoje strane, ističe da je malo verovatno postojanje tržišne dominacije kada je tržišni udeo ispod 40%, ali ne isključuje sasvim tu mogućnost.⁴⁷⁹ Uredbom o kontroli koncentracija propisan je prag od 25% tržišnog učešća. Koncentracije kojima se ne ostvaruje veći tržišni udeo od navedenog smatraju se *a priori* kompatibilne sa tržištem EU.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ *Virgin/British Airways*, COMP 34.780., Službeni list EU L 30, 2000.

U američkoj sudskoj praksi i literaturi uočava se sličan pristup. Čuvena je izjava sudije Henda u slučaju *Alcoa (Aluminium Co. of America v. United States)*, 1945. 377 U.S. 271), da "33% sasvim sigurno nije monopol, preko 66% sasvim sigurno jeste", a sve između toga predstavlja sivu zonu. Vrhovni sud SAD je više puta zauzeo stav da su veoma visoki tržišni udeli dovoljan dokaz o postojanju monopola. U slučaju *Alcoa* tržišni udeo je iznosio 90%, u slučaju *Ameriken Tobako (American Tobacco Co. v. United States)*, 1911., 221 U.S. 106), iznosio je više od 66,6% na čitavom tržištu cigareta, odnosno preko 80% na tržištu uporedivih cigareta; u slučaju *Dipon*, tržišni udeo iznosio je 75%.

Vrhovni sud SAD nije se decidno izjasnio koliko je minimalni tržišni udeo potreban da bi se utvrdilo postojanje monopola, ali apelacioni sudovi stoje na stanovištu da je to procenat od 50%. Navedeno prema G. Werden, *Assigning Market Shares*, *Antitrust Law Journal*, br. 1/2002, s. 67-104, s. 71.

Američki teoretičari imaju različite stavove u pogledu minimalne veličine tržišnog udela koja je potrebna kako bi se ustanovila tržišna dominacija. Kejsen i Tarner predlagali su 35% tržišnog udela, Stigler, Šerer, Geroski i dr. zalagali su se za donju granicu od 40%, dok su Vilijamson, Arida i Hovenkemp predlagali 60%. Navedeno prema ABA, *Market Power Handbook*, *op.cit.*, s. 83.

⁴⁷⁷ Slučaj 75/84, ECR 1986. 3021.

⁴⁷⁸ *AKZO Chemie v. Commission*, slučaj C-62/86, ECR 1991. I-3359.

⁴⁷⁹ *Guidance on the enforcement priorities*, *op.cit.*, par. 14.

⁴⁸⁰ Regulation 139/2004, *op.cit.*, par. 32.

Pored apsolutne veličine tržišnog udela, bitan je i relativan odnos između tržišnog udela i tržišnih udela konkurenata. Na značaj ovog faktora ukazali su već Lande i Pozner, objasnivši kako veličina tržišnih udela konkurenata (ne)inhibirajuće utiče na slobodu preduzeća da iskoristi svoju tržišnu snagu naplaćujući monopolsku cenu.⁴⁸¹ Sud pravde EU prihvata taj način razmišljanja, ističući faktor relativno malih tržišnih udela konkurenata kao dopunski u izvođenju zaključka o postojanju tržišne dominacije. Već u slučaju Hofman – La Roš Sud ističe veličinu tržišnih udela konkurenata, posebno prvog sledećeg, kao relevantan faktor, zbog toga što omogućuje da se proceni snaga konkurencije preduzeća čija se tržišna pozicija utvrđuje.⁴⁸² U slučaju Junajted Brends, istakao je da je tržišni udeo ove kompanije nekoliko puta veći od njenog sledećeg najvećeg konkurenta.⁴⁸³ U slučaju Mišelin, tržišni udeo ove kompanije procenjen je između 57 i 65%, dok je tržišni udeo sledećeg najvećeg konkurenta bio osam do devet puta manji i kretao se između 4 i 8%.⁴⁸⁴ Komisija takođe u odluci Virdžin/Briš Ervejz izdvaja faktor veličine tržišnog udela sledećeg najvećeg konkurenta, koji je iznosio 5%. U skladu sa tim, Komisija u Uputstvu o prioritetima u sprovođenju člana 82 ukazuje da prag od 40% tržišnog udela ne predstavlja apsolutno sigurnu luku, jer mogu postojati slučajevi kada je ponuda konkurenata ograničena njihovim malim proizvodnim kapacitetima. U takvim slučajevima, dominantan učesnik i sa relativno malim tržišnim udelom može da samostalno utiče na formiranje cene.

Drugi faktor koji se mora uzeti u obzir prilikom utvrđivanja tržišnog udela je vreme, odnosno postojanost ili promenljivost. Postojanost tržišnog udela ukazuje na stabilnost tržišne pozicije datog preduzeća. Na značaj tog faktora ukazao je Sud pravde u slučaju Hofman – La Roš,⁴⁸⁵ a Komisija takođe podseća da veliki tržišni udeo koji se održava tokom dužeg perioda sa velikom izvesnošću ukazuje na postojanje tržišne dominacije. Značenje pojma “duži period” može se ustanoviti samo uzimanjem u obzir vrste proizvoda. To ne može biti period kraći od dve godine.⁴⁸⁶ Na tržištima koja su podložna tehnološkim inovacijama, karakteristična je česta promena odnosa tržišnih udela i smena preduzeća tržišnih lidera. Preduzeće koje prvo ponudi nov proizvod često osvoji monopolsku poziciju, ali je ona u pravilu kratkoročna, jer se brzo pojavljuju imitatori koji na tržištu nude proizvod istih ili sličnih karakteristika.

Tržišni udeli po pravilu se izračunavaju na osnovu novčane vrednosti prodaje, iz jednostavnog razloga što novac ima ulogu opšte mere vrednosti. Udeo se može računati i na bazi drugih jedinica, kao što su jedinice mere, broj primeraka proizvoda i slično, ali takav način računanja može dovesti do pogrešnih rezultata ako su proizvodi heterogeni. Na primer, ako treba izračunati tržišni udeo proizvođača hleba, računica na osnovu broja prodatih vekni verovatno će dati iskrivljenu sliku, jer vekna hleba može da teži 300, 600 ili

⁴⁸¹ Landes, Posner, *op. cit.*, s. 947.

⁴⁸² Par. 48 odluke.

⁴⁸³ Par. 111 odluke.

⁴⁸⁴ Par. 52 odluke.

⁴⁸⁵ Par. 41 odluke.

⁴⁸⁶ *Guidance on the enforcement priorities*, par. 11 i 15.

800 gr. Ako se umesto broja vekni, tržišni udeo računa na osnovu prodate količine mereno u kilogramima, ispustiće se iz vida okolnost da hleb može biti beli, crni, obogaćeni, itd. Slično, računanjem tržišnih udela proizvođača obuće na bazi broja prodatih pari zanemaruje se činjenica da se obuća pravi od veoma različitih materijala, boljeg ili lošijeg kvaliteta.

Ni računanje tržišnih udela na osnovu novčane vrednosti prodaje nije sasvim lišeno mogućnosti greške. Poznato je, na primer, da brendirani proizvodi imaju višu cenu od trgovačkih robnih marki trgovinskih lanaca. Računanje tržišnog udela samo na bazi vrednosti prodaje može imati za posledicu da se potceni vrednost učešća pojedine trgovačke robne marke u ukupnoj prodaji određenog proizvoda.⁴⁸⁷ Razlike u cenama, a samim tim i u prihodima od prodaje, mogu biti posledica razlike u objektivnoj vrednosti proizvoda. Na primer, proizvođač automobila može uz auto isporučivati standardnu opremu koja poskupljuje njegovu vrednost. Ako je preduzeće vertikalno integrisano, prihod od prodaje unutar lanca proizvodnje i isporuke nisu adekvatan pokazatelj učešća na tržištu, zbog prakse da se prihod iskazuje na jednom nivou lanca, pa cene koje se naplaćuju zavisnom društvu ne odražavaju realnu vrednost prodaje (transferne cene). Ako su konkurenti na tržištu domaća i inostrana preduzeća, pri čemu je cena uvoznog proizvoda opterećena troškovima prevoza i uvoznim dažbinama, računanje tržišnog udela na bazi prihoda od prodaje neopravdano će povećati tržišni udeo uvoznika.⁴⁸⁸

Iz navedenih razloga, organi za konkurenciju često se oslanjaju na oba načina izračunavanja tržišnih udela. Evropska komisija ukazuje da se redovno oslanja na oba podataka, ali da je u slučaju diferenciranih proizvoda vrednost prodaje adekvatniji osnov za izračunavanje tržišnog udela.⁴⁸⁹

Tržišni udeo izračunat na osnovu podataka o vrednosti prodaje i obimu proizvodnje održava ishod konkurentne borbe na određenom tržištu. On pokazuje koliki je deo tržišta osvojio određeni učesnik tržišne utakmice. Tržišni udeo se može računati i na osnovu proizvodnih kapaciteta, rezervi, zaliha, smeštajnih kapaciteta (u turističkom sektoru), broja prevoznih sredstava i dr. On ukazuje na potencijale konkurenata, ali taj podatak se ne može posmatrati izolovano. Na primer, konkurentski potencijal u određenoj grani privrede u velikoj meri zavisi od dostupnosti distributivne ili prodajne mreže. Preduzeće može imati velike proizvodne kapacitete, ali zastarelu tehnologiju, zbog koje se ne može smatrati ozbiljnim konkurentom. Povećanje obima proizvodnje angažovanjem neiskorišćenih kapaciteta ne mora uvek biti isplativo, ako to poskupljuje proizvodnju zbog dodatnih troškova. Tržišni udeli na bazi proizvodnih kapaciteta najveći značaj imaju u privrednim sektorima koji proizvode homogene proizvode, kao što su sirovine, građevinski materijal, električna energija.⁴⁹⁰ Računanje tržišnog udela na bazi vrednosti

⁴⁸⁷ G. Werden, *Assigning Market Shares*, *Antitrust Law Journal*, br. 1/2002, s. 67-104, s. 76-77.

⁴⁸⁸ ABA, *Market Power Handbook*, *op.cit.*, s. 74.

⁴⁸⁹ *Notice on the definition of relevant market*, *op.cit.*, par. 55.

⁴⁹⁰ ABA, *Market Power Handbook*, *op.cit.*, s. 75.

⁴⁹¹ Werden, *op.cit.*, s. 82.

rezervi preporučljivo je za privredne grane sa iscrpljivim proizvodnim resursima.⁴⁹¹

Ako postoji razlika između vrednosti tržišnih udela izraženih na osnovu podataka o aktuelnoj prodaji i podataka o proizvodnim kapacitetima, razlog za to može biti što je preduzeće čija se tržišna snaga procenjuje već podiglo cenu na monopolski nivo, odnosno smanjilo obim ponude, kako bi cena porasla. U takvom slučaju tržišni udeo na osnovu aktuelne prodaje ne odražava njegov stvaran položaj na tržištu. Ovde je reč o distorziji tržišnih udela, izazvanih namernim smanjenjem obima ponude dominantnog preduzeća iz razloga koji se mogu uporediti sa uzrocima zablude u slučaju Celofan.⁴⁹²

Podaci o prodaji i proizvodnim kapacitetima dobijaju se iz različitih izvora sekundarnih podataka: statističkih agencija, privrednih udruženja i komora, studija i analiza koje su sprovedene za račun učesnika na tržištu. Primarni podaci se prikupljaju neposrednim obraćanjem učesnicima na tržištu, anketiranjem kupaca i dr. Obrada podataka takođe zahteva pažnju, jer je neophodno u nekim slučajevima isključiti podatke o preprodaji. Prodaja preduzećima unutar grupe društava takođe zaslužuje posebnu pažnju. Podatak o ukupnoj proizvodnji/prodaji vertikalno integrisanog preduzeća nema toliku težinu kao podatak o raspoloživoj vrednosti/količinama za prodaju na tržištu, jer upravo taj deo odražava konkurentski značaj vertikalno integrisanog preduzeća.⁴⁹³

Period u odnosu na koji se izračunava tržišni udeo takođe je relevantan. Suviše kratak period može dati pogrešnu sliku zbog događaja koji nisu u direktnoj vezi sa postojećim odnosima u tržišnoj utakmici (npr. štrajkovi, prirodne nepogode, zabrane uvoza ili izvoza mogu uticati da se privremeno poveća tržišni udeo). Sa druge strane, obuhvat preterano dugog vremenskog perioda ima za posledicu da tržišni udeli odražavaju stanje konkurencije koje ne odgovara trenutnom. Uobičajeno se tržišni udeli računaju na bazi perioda od jedne, najviše dve godine. Potreba da se uzme u obzir duži vremenski period može postojati samo ako je reč o tržištima na kojima se poslovne transakcije dešavaju relativno retko, a odnosi na tržištu su relativno stabilni.⁴⁹⁴

Konačno, u pojedinim slučajevima moraju se imati u vidu činjenice kao što su struktura vlasništva nad proizvodnim kapacitetima i pravima intelektualne svojine, ili postojanje dugoročnih ugovora. Na primer, ako su proizvodni kapaciteti zakupljeni na duži vremenski period, tržišni udeo će se pripisati zakupcu, umesto vlasniku. Ako proizvođač ima dugoročni ugovor o isporuci određenih količina određenom kupcu, onda se te količine ne mogu uzimati u obzir prilikom određivanja tržišnog udela, jer se proizvođač ne može sa njima pojaviti na tržištu.⁴⁹⁵

⁴⁹² *Ibid.* s. 78-79.

⁴⁹³ ABA, *Market Power Handbook*, *op.cit.* s. 74-75.

⁴⁹⁴ Werden, *op.cit.*, s. 92.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, s. 101.

11.2. Prepreke ulasku

Prepreke ulasku na tržište onemogućuju ili usporavaju dolazak nove konkurencije. Ukoliko su prepreke ulasku visoke, tržišni učesnik koji kontroliše znatan deo tržišta ili čitavo tržište može slobodno da povećava cene, ne strahujući pri tome da će ga konkurencija ugroziti. Naprotiv, ukoliko su prepreke relativno niske, ili uopšte ne postoje, čak ni apsolutni monopolista nije u prilici da svoju poziciju iskoristi radi ostvarivanja monopolskih profita, jer će monopolske cene privući na tržište potencijalnu konkurenciju, koja će svojom ponudom doprineti da se cene vrate na kompetitivni nivo.

U pogledu značaja prepreka za ulazak za odmeravanje tržišne snage nema spora ni u teoriji niti u praksi. Prepreke za ulazak se određuju kao *sine qua non* monopolske ili dominantne tržišne pozicije.⁴⁹⁶ Spor postoji u pogledu pojma prepreka za ulazak, odnosno oko toga koji se sve faktori mogu smatrati preprekama za dolazak nove konkurencije? Značaj prepreka za ulazak za stanje konkurencije na određenom tržištu i, sledstveno, odmeravanje snage postojeće konkurencije, prvi je uočio američki ekonomista Bejn. On je definisao prepreke ulasku kao prednosti koje se ogledaju u tome što postojeći konkurenti mogu da podignu cene iznad kompetitivnog nivoa, a da ne privuku ulazak novih konkurenata u tu privrednu granu.⁴⁹⁷ Drugim rečima, prepreke ulasku su sve ono što omogućava postojećem monopolisti da ostvaruje monopolski profit. Tako gledano, prepreke ulasku mogu biti pravne i administrativne barijere: zakonski monopoli, prava intelektualne svojine, državno ograničenje broja konkurenata u određenoj grani, uvozne dozvole, licence za bavljenje određenom delatnošću, itd. Ekonomske barijere su ekonomije obima, proizvodna diferencijacija, kapitalne investicije i sl. Svaka troškovna prednost postojećih u odnosu na potencijalne konkurente je, prema Bejnovom gledištu, prepreka za ulazak, bez obzira na sredstva putem kojih je ostvarena – ponašanjem preduzeća ili uz pomoć objektivnih faktora. Njegovu definiciju osporio je pripadnik Čikaške škole Stigler, sužavajući pojam prepreka za ulazak tako da obuhvata samo one troškove koje nisu snosili postojeći konkurenti, a koje moraju snositi oni koji bi hteli da stupe na tržište.⁴⁹⁸

Razlika između dva navedena koncepta prepreka za ulazak ogleda se na primeru ekonomija obima. Ekonomije obima bi se u najkraćem mogle definisati kao ekonomičnost u poslovanju koja se postiže ili uvećava sa povećanjem broja jedinica proizvoda. Na primer, ako određena mašina ima proizvodni kapacitet od 10.000 komada, proizvođač koji ima tržište za svih 10.000 komada će imati najmanje troškove proizvodnje. Drugi proizvođač, koji može da proda svega 2.000, neće moći da pokrije troškove proizvodnje, jer je svaka jedinica koju on proizvede mnogo više opterećena troškovima proizvodnje u poređenju sa prvim proizvođačem. Po Bejnu ekonomije obima su prepreka ulasku, ako je tražnja na tržištu nedovoljna da bi apsorbivala ponudu novog konkurenta na nivou koji mu

⁴⁹⁶ Scherer, Ross, *op.cit.*, s. 18.

⁴⁹⁷ J. Bain, *Barriers to New Competition*, Cambridge, Mass. 1965. s. 3.

⁴⁹⁸ G. Stigler, *Barriers to entry, economies of scale and firm size*, u R.D. Irwin, *The Organisation of Industry*, Homewood 1968.

omogućava da pokrije troškove proizvodnje uz manji obim prodaje, pri postojećoj ceni. Preduzeće koje je već etablirano na tržištu moći će da zadrži monopolski nivo cena, zbog toga što nemogućnost pokrića fiksnih troškova odvraća potencijalne konkurente od stupanja na tržište. Stigler je smatrao da ekonomije obima nisu prepreka ulasku, pod uslovom da je potencijalnim konkurentima podjednako dostupna odgovarajuća tehnologija, zato što je postojeći konkurent takođe jednom morao da podnese rizik velikih investicija. Dalje, on je smatrao da novog konkurenta ništa ne sprečava da odmah započne sa proizvodnjom u onom obimu koji mu omogućava ekonomičnost u poslovanju. Visina potrebnog početnog kapitala za Stiglera takođe nema ulogu prepreke za ulazak, osim ako postojeći konkurent nikada nije morao da snosi taj trošak (npr. zato što je ga dobio besplatno od države). Troškovi reklame, koje je Bejn smatrao preprekama za ulazak ako su neophodne da bi potencijalni konkurent mogao da plasira novi brend na tržištu diferenciranih proizvoda, za Stiglera su još jedan trošak. Prema tom užem shvatanju jedine prepreke za ulazak su veća cena kapitala koju novi konkurent mora da plati zbog rizika stupanja na tržište na kome je već prisutan moćan konkurent i ograničeni prirodni resursi.⁴⁹⁹

Kasnije su mnogi ekonomisti osporili kako Bejnovu, tako i Stiglerovu definiciju prepreka za ulazak. Nedostaci njihovih definicija mogu se objasniti na sledećem primeru. Stigler je ukazao da dozvole za obavljanje određene delatnosti (npr. licence za taksi-vozila) predstavljaju barijeru ulasku dokle god ima više potencijalnih taksista nego što gradska uprava izdaje licenci. U skladu sa Bejnovom definicijom, to nije prepreka za ulazak, jer taksisti sa licencama ne ostvaruju monopolski profit. Za Stiglera licenca takođe nije prepreka ulasku, jer svaki taksista, i postojeći i budući, mora da je pribavi.⁵⁰⁰

Ne ulazeći u kritiku navedenih definicija, može se samo konstatovati da je ekonomski ugao posmatranja prepreka za ulazak različit od ugla posmatranja u pravu konkurencije. Za pravo konkurencije ključno je pitanje da li određeno preduzeće ima sposobnost da naplaćuje monopolске cene ili ne? Napred je ukazano da je ta sposobnost obrnuto srazmerna stepenu mogućnosti drugih rivala da stupe na tržište. Ako ulazak uopšte nije moguć, ili je ostvariv samo dugoročno, postojeći konkurent ima priliku da podigne cene na monopolски nivo i da je održava na tom nivou. Stoga se u novije vreme nastoji dati definicija prepreka za ulazak u pravu konkurencije, koja je različita od prepreka za ulazak u ekonomskom smislu. Ekonomski gledano, prepreke za ulazak su troškovi koje nisu snosili ili ih nisu morali snositi postojeći konkurenti, a moraju ih podneti novi konkurenti. U pravu konkurencije, prepreke za ulazak činili bi svi oni troškovi koji odlažu ulazak, kojim se umanjuje društveno blagostanje. Po tom viđenju, pojam prepreka za ulazak u pravu konkurencije je širi od savremenog ekonomskog shvatanja i obuhvata ekonomije obima i nepovratne troškove.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, br. 4/1979, s. 945-947.

⁵⁰⁰ H. Demsetz, *Barriers to Entry*, American Economic Review, mart 1982. s. 47-57, 48.

⁵⁰¹ R.P. McAfee, H.M. Mialon, M.A. Williams, *What is a Barrier to Entry?*, American Economic Review, Papers and proceedings, 2004. s. 461-465. Dostupno na: www.service.emory.edu

Pojam ekonomije obima je prethodno objašnjen, tako da je potrebno još reći šta su nepovratni troškovi. To su troškovi koje novi konkurent mora da snosi kako bi stupio na određeno tržište, ali ne može da ih povratiti ukoliko odluči da ga napusti.⁵⁰² Primer nepovratnih troškova su, tako, licence za obavljanje određene delatnosti, ako organ koji ih izdaje ne dozvoljava njihovu preprodaju. Troškovi reklame za plasiranje novog proizvoda na tržište, takođe su jedan vid nepovratnih troškova. Nepovratni troškovi na dva načina ometaju ulazak novih konkurenata. Prvi je što preduzeća koja su već prisutna na tržištu (i podnela su te troškove) zanemaruju nepovratne troškove prilikom određivanja cene koju naplaćuju. To je za njih potrošen novac. Potencijalni konkurenti moraju da ukalkulišu nepovratne troškove prilikom formiranja cene svog proizvoda. Drugi je što veliki nepovratni troškovi uvećavaju rizičnost ulaska na tržište, pa je manja verovatnoća da će se potencijalni konkurenti odvažiti da uđu na tržište ako su nepovratni troškovi visoki.⁵⁰³

Navedeno viđenje u delu teorije se koriguje time što se apostrofira da se određeni faktori mogu smatrati preprekama za ulazak, samo ako ugrožavaju blagostanje potrošača kao cilj prava konkurencije. Prepreke za ulazak su troškovi koji odlažu ulazak na tržište, čime se umanjuje blagostanje potrošača.⁵⁰⁴ Ovom viđenju se, na određeni način, pridružuju i pripadnici Čikaške škole. Pozner ukazuje da za praksu nije toliko značajno da li neki činilac predstavlja prepreku za ulazak u Stiglerovom značenju, već koliko dugo odlaže novi ulazak.⁵⁰⁵ Zbog toga se u savremenoj teoriji čak napušta termin prepreka za ulazak i koristi neutralan pojam "uslovi za ulazak" (eng. *conditions to entry*).⁵⁰⁶ Prema trećem viđenju, koje odražava trenutno stanje zakonodavstva i sudske prakse u SAD-u i Evropi, prepreke ulasku se određuju gotovo identično Bejnovom konceptu. Sa pravom se ističe da prilikom utvrđivanja postojanja prepreka za ulazak nije bitno da li će pojedina prepreka dovesti do društveno nepoželjnih ekonomskih rezultata, već da li određeni faktor onemogućava pojavu konkurencije.⁵⁰⁷

Među činiocima koji mogu otežati ulazak na određeno tržište studija OECD, posvećena preprekama za ulazak, ubraja: nepovratne troškove, apsolutne troškovne prednosti, ekonomije obima, ekonomije opsega,⁵⁰⁸ visoke početne investicione troškove, proizvodnu diferencijaciju (proizvođačka reputacija, odnosno brend), mrežne efekte, administrativne barijere, vertikalnu integraciju, barijere izlaku sa tržišta i prednost prvog igrača na tržištu.⁵⁰⁹

⁵⁰² W. Baumol, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, American Economic Review, br. 1/1982, s. 1-15.

⁵⁰³ OECD Roundtables, *Barriers to Entry*, 2005. s. 27-28.

⁵⁰⁴ R. Schmalensee, *Sunk Costs and Barriers to Entry*, American Economic Review, Papers and Proceedings of the Hundred Sixteenth Annual Meeting of the American Economic Association San Diego, br. 2/2004, s. 471-475.

⁵⁰⁵ R. Posner, *Antitrust Law*, 2002. s. 74.

⁵⁰⁶ G. Werden, *Network Effects and Conditions to Entry: Lessons form Microsoft*, Antitrust Law Journal, br. 1/2001, s. 87-111.

⁵⁰⁷ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, St. Paul, Minn. 2005. s. 41.

⁵⁰⁸ Pojam ekonomije opsega odnosi se na efikasnost koja se postiže proizvodnjom i prodajom više komplementarnih proizvoda istovremeno.

⁵⁰⁹ OECD, *Barriers to Entry*, *op.cit.*, s. 28-34.

Sud pravde je više puta u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja dotakao pitanje prepreka ulasku. U slučaju *Junajted Brends* Sud je pošao od činjenice da je ta kompanija vertikalno integrisana. Ona je posedovala sopstvene plantaže banana, a takođe je uspostavila poslovne odnose sa nezavisnim plantažerima, kojima je preporučila sorte banana za gajenje. Plantaže kompanije bile su rasprostranjene u različitim geografskim oblastima, što joj je omogućilo da savlada nevolje sa lokalnim nepovoljnim vremenskim prilikama i da zadovoljava sve zahteve za isporukom. Na nivou pakovanja i distribucije, *Junajted Brends* je posedovao pogone, radnu snagu, mašine i materijal koji su joj omogućili nezavisnost u manipulaciji s robom. Ona je koristila sopstvena prevozna sredstva da preveze banane od plantaže do luke i bila je jedino preduzeće te vrste sposobno da dve trećine svog izvoza banana preveze sopstvenom flotom. Kompanija je prevozila banane redovno za Evropu i njena flota joj je omogućavala tri redovne isporuke u Evropi svake nedelje. Na polju tehničkog znanja, kompanija je stalno unapređivala produktivnost i prinose na svojim plantažama i usavršavala metode zrenja. Sud je ustanovio da njeni konkurenti nisu u stanju da realizuju istraživanja na odgovarajućem nivou, te da, stoga, nazaduju za kompanijom *Junajted Brends*. Kompanija je uspela da stvori robnu marku banana "Čikita", uz pomoć opsežnih i ponavljanih reklamnih kampanja. Uspela je da kod potrošača stvori preferencije za svoj brend, zbog kojih su oni spremni da plate veću cenu za premirane banane. Konačan rezultat njenih nastojanja bio je da distributeri banana nisu sebi mogli da dozvole da nemaju banane marke "Čikita" na lageru. Sud je još konstatovao da je kompanija *Junajted Brends* najveći svetski proizvođač banana, koji učestvuje sa 35% u ukupnom svetskom izvozu.

Na osnovu navedenih činjenica, Sud je izveo zaključak da se proizvođači i distributeri banana suočavaju sa višestrukim preprekama ulasku na tržište: izuzetno velike kapitalne investicije potrebne za formiranje i održavanje plantaža sa bananama, obezbeđenje alternativnih izvora snabdevanja kako bi se predupredili rizici oboljevanja voća i lošeg vremena, sistem logistike u distribuciji vrlo osetljivog voća, ekonomije obima, koje onemogućuju da novi konkurenti pokriju troškove ulaska, nepovratni troškovi koji nastaju formiranjem neophodne komercijalne mreže i lansiranjem neophodnih opsežnih reklamnih kampanja.⁵¹⁰ Sud primećuje da su konkurenti, iako načelno mogu da primene iste metode proizvodnje i distribucije kao i *Junajted Brends*, suočeni sa "gotovo nepremostivim praktičnim i finansijskim preprekama", te da je to "faktor koji je karakterističan za dominantnu poziciju".⁵¹¹

U slučaju *Hofman - La Roš*, Sud je ponovo istakao prepreke ulasku kao faktor od značaja za utvrđivanje činjenice tržišne dominacije, našavši da se, u konkretnom slučaju, prepreke sastoje u tehnološkom vođstvu kompanije *Hofman - La Roš* i veoma razdvojenoj prodajnoj mreži.⁵¹² U slučaju *Mišelin* istakao je ekonomije opsega kao prepreku ulasku. *Mišelin* je na tržištu nudio veoma široku lepezu guma. U pogledu pojedinih vrsta guma bio je jedini proizvođač koji ih je imao u ponudi. Ta činjenica uticala je na stvaranje jakih

⁵¹⁰ Par. 122 odluke *Junajted Brends*.

⁵¹¹ Par. 123-124 odluke.

⁵¹² Par. 48 odluke *Hofman-Laroš*.

preferencija kupaca za Mišelinove proizvode, pa distributeri nisu sebi mogli da dopuste da nemaju u ponudi Mišelinove gume.⁵¹³ Drugi faktor koji je Sud uočio u ovom slučaju je Mišelinova razvijena komercijalna mreža, koja mu je omogućavala direktan pristup svojim klijentima i standardan nivo usluge.⁵¹⁴

U slučajevima Hjugin, Tetrapak II i Hilti, Sud je potvrdio viđenje Komisije da prava intelektualne svojine mogu predstavljati prepreku ulasku. U slučaju Hjugin Sud je uzeo u obzir činjenicu da je dizajn rezervnih delova za Hjuginove kase zaštićen britanskim zakonom o autorskim pravima. U slučaju Tetrapak II ustanovljeno je da ulazak konkurenata na tržište mašina za aseptično pakovanje, a posledično i tržište kartona za aseptično pakovanje, nije bio moguć, jer je ova kompanija posedovala brojne patente za proizvodnju mašina za aseptično pakovanje.⁵¹⁵ Isti zaključak podržao je nalaz da kompanija Hilti ima dominantan položaj na tržištu heft-pištolja i municije za njih.⁵¹⁶

Regulatorne barijere u vidu zakonskog monopola, odnosno isključivog prava na obavljanje određene delatnosti na teritoriji države ili uže lokalne zajednice, Sud pravde izdvaja kao nepremostive prepreke za ulazak. U slučaju Korin Bodson,⁵¹⁷ postupak za zloupotrebu dominantnog položaja vodio se protiv francuskog preduzeća, koje je u pojedinim gradovima Francuske imao ekskluzivnu koncesiju za pružanje pogrebnih usluga. Sud pravde je u postupku po zahtevu francuskog suda za davanje preliminarnog mišljenja konstatovao da tuženo preduzeće ima koncesiju za pružanje pogrebnih usluga u 2.800 francuskih opština, od ukupno 5.000 koje su tu uslugu poverile na pružanje privatnom preduzeću. Sud pravde nije mogao sam da dâ ocenu da li tuženo preduzeće ima dominantan položaj na tržištu pogrebnih usluga, ali je ukazao francuskom sudu da se mora imati u vidu da Pompe Funebres ima zakonski monopol na pružanje pogrebnih usluga u opštinama koje naseljava jedna trećina francuske populacije, pri čemu broj stanovnika određuje broj pogrebnih usluga, koji je relevantan za utvrđivanje postojanja dominantne tržišne pozicije. Sud je takođe skrenuo pažnju da je potrebno ispitati kako zakonski monopol na tržištu pogrebnih usluga utiče na položaj tuženog preduzeća na povezanim tržištima koja su otvorena za konkurenciju, kao što je tržište nadgrobničkih spomenika. Odatle nedvosmisleno proizlazi da je Sud pravde smatrao da zakonski monopol, kao nepremostiva prepreka ulasku na tržište, određuje tržišnu poziciju tuženog preduzeća ne samo na tržištu pogrebnih usluga već i na tržištima sporednih usluga.

Navedeni stav ponovo je potvrđen u slučaju Makrotron. Štaviše, Sud pravde je u ovom slučaju zakonski monopol u okvirima nacionalnog tržišta smatrao jedinim relevantnim faktorom za utvrđivanje tržišne dominacije. Slučaj je imao za predmet zakonski monopol nemačkog zavoda za zapošljavanje, koji je doveden u pitanje pred nemačkim sudom od strane dvojice privatnih tužilaca, podugovarača zavoda u pružanju usluga posredovanja u

⁵¹³ Par. 56 odluke Mišelin.

⁵¹⁴ Par 58 odluke.

⁵¹⁵ Par. 110 odluke Suda prve instance u slučaju Tetrapak II.

⁵¹⁶ Par. 93 odluke Suda prva instance u slučaju Hilti.

⁵¹⁷ *Corine Bodson v. SA Pompes funèbres des régions libérées*, slučaj 30/87, 1988. ECR 2479.

zapošljavanju, zbog povrede odredbe čl. 86 i 90 (sadašnji 106 i 110 UFEU-a) Ugovora o osnivanju EU. Sud pravde je po zahtevu nemačkog suda dao preliminarno mišljenje da dominantna tržišna pozicija može nastati na osnovu isključivog prava na obavljanje određene delatnosti poverenog od strane države.⁵¹⁸

Evropska komisija prepreke ulasku razmatra prilikom procene verovatnoće ulaska potencijalnih konkurenata, odnosno mogućnosti ekspanzije postojećih konkurenata. Ulazak ili ekspanzija moraju biti verovatni, pravovremeni i dovoljni po obimu. Ulazak je verovatan samo ukoliko je profitabilan za potencijalnog konkurenta. Verovatnoća ulaska procenjuje se uzimanjem u obzir prepreka ulasku. Preprekama ulasku smatraju se: pravne barijere, u vidu carina ili uvoznih kvota i posebnih ili isključivih prava koje uživa dominantno preduzeće; troškovne prednosti koje uživa dominantno preduzeće u vidu ekonomija obima ili opsega, privilegovanog pristupa osnovnim inputima ili prirodnim resursima ili tehnologijama; izgrađena distributivna ili prodajna mreža; povećani troškovi i druge prepreke za kupce da se okrenu snabdevanju iz alternativnog izvora. Komisija ukazuje da kontinuirano visoki tržišni udeli ukazuju na postojanje barijera ulasku, odnosno ekspanziji.⁵¹⁹

11.3. Ekonomska snaga kupca

Ekonomska snaga suprotne strane u poslovnoj transakciji (snaga kupca ako je preduzeće čija se tržišna pozicija utvrđuje na strani prodavca) može biti od značaja prilikom utvrđivanja tržišne dominacije. Definicija dominantnog položaja Suda pravde u slučaju Hofman – La Roš upućuje na takav zaključak, određenjem da je (dominantno) preduzeće nezavisno od svojih kupaca. Ako je kupac ekonomski snažan, prodavac neće moći da iskoristi svoju tržišnu snagu, diktirajući cene i druge uslove poslovanja.

U evropskoj praksi u primeni člana 102 UFEU-a nisu zabeležni slučajevi da su Komisija i Sud pravde kriterijum snage kupca posebno isticali prilikom utvrđivanja tržišne dominacije, ali ga Komisija ubraja među relevantne faktore u Uputstvu o prioritetima.⁵²⁰ Ekonomska snaga ogleđa se u veličini nabavki, odnosno njihovom komercijalnom značaju za dominantno preduzeće, mogućnosti kupca da brzo promeni dobavljača ili da podstakne ulazak novog konkurenta na tržište ili mogućnosti da samostalno obezbedi neophodan proizvod putem vertikalne integracije. Snaga kupca može biti relevantan faktor samo ukoliko doprinosi da se tržište u celini zaštiti od eksploatacije dominantne pozicije, a ne i ukoliko kupac za sebe time obezbeđuje povoljnije uslove kupovine.

⁵¹⁸ *Klaus Höfner and Fritz Elsner v. Macrotron GmbH*, slučaj C-41/90, 1991. ECR I-1979, par. 28 i 29.

⁵¹⁹ *Guidance on Enforcement Priorities*, op. cit., par. 16 i 17.

⁵²⁰ Par. 18.

⁵²¹ *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet*, 1990., 32 CPR (3d) 1 (Comp. Trib.). Navedeno prema OECD Competition Roundtables, *Evidentiary Issues in Proving Dominance*, 2006., www.oecd.org/competition/abuse/41651328.pdf, s. 35

Navedeno dobro ilustruje kanadski slučaj Nutrasvit.⁵²¹ Kompanija Nutrasvit se branila da neće moći da iskoristi svoju super-dominantnu tržišnu poziciju zasnovanu na 90% tržišnog udela i pravima industrijske svojine u proizvodnji aspartama, sa argumentom da su njeni glavni kupci kompanije Koka-kola i Pepsi-kola, koje su dovoljno snažne i mogu da spreče svaki njen pokušaj da iskoristi svoju tržišnu dominaciju. Kanadski Sud za konkurenciju je odbio taj argument, jer je zaključio da te dve kompanije neće ići u sopstvenu proizvodnju aspartama, niti mogu da nađu alternativni izvor snabdevanja.

Faktor snage kupca u praksi dolazi do izražaja u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja u farmaceutskoj industriji, u kojima se kao kupac pojavljuje država, odnosno neka vladina agencija. U slučaju koji je rešavao španski Sud za konkurenciju, nađeno je da farmaceutske kompanije nisu dominantne, uprkos velikim tržišnim udelima, zbog značaja države kao glavnog kupca lekova i regulatornog okvira koji je ograničavao sposobnost tih kompanija da određuju cene lekova.⁵²²

11.4. Cene i profiti

Ekonomska teorija nas uči da preduzeće koje poseduje dominantan ili monopolski položaj na tržištu može da naplaćuje visoke cene i ostvaruje visok profit. Odatle proizlazi da bi dokazi o visokim cenama i profitima mogli istovremeno da budu dokazi posedovanja značajne tržišne snage. Načelno, ispravnost navedenog stava se ne dovodi u sumnju. Ipak, postoji više principijelnih i praktičnih razloga zbog kojih se ekonomske analize cena i profita ne mogu koristiti kao isključivo dokazno sredstvo postojanja dominantne pozicije.

Iskustvo pokazuje da dominantan, pa čak i monopolski položaj na tržištu nisu uvek praćeni visokim cenama i profitima. U državama u kojima postoje privredni sektori zatvoreni za konkurenciju, zahtevi za ukidanje zakonskih monopola često se obrazlažu upravo time da preduzeća zaštićena od konkurencije posluju sa gubicima. U stranoj sudskoj praksi mogu se naći primeri slučajeva da su preduzeća sa značajnom tržišnom snagom naplaćivala cene i profite koji su ocenjeni kao razumni. Tako je u čuvenom američkom slučaju protiv monopola kompanije Alcoa u proizvodnji aluminijuma, odbrana te kompanije kao glavni argument isticala da se čitavo vreme tokom postojanja te kompanije njen profit kretao oko razumnih 10%. Međutim, sudija Vrhovnog suda Hend, kome je spor bio poveren, primetio je u vezi sa tim da bi u uslovima konkurencije razuman profit od 10% verovatno bio ostvaren i sa nižom cenom aluminijuma.⁵²³ Sud pravde u slučaju Mišelin konstatuje da "privremeno odsustvo profita ili, čak, gubici nisu nesaglasni sa postojanjem dominantnog položaja. Isto tako, činjenica da cene koje odnosno preduzeće naplaćuje ne predstavljaju zloupotrebu i nisu posebno visoke ne opravdava zaključak da dominantna pozicija ne postoji."⁵²⁴

⁵²² OECD Competition Roundtables, *Evidentiary Issues in Proving Dominance*, s. 36.

⁵²³ Navedeno prema A.D. Neal, D.G. Goyder, *The Antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge, Mass. 1980. s. 106.

⁵²⁴ Par. 11 rezimea odluke u slučaju Mišelin.

Praktični problem ogleda se u nemogućnosti ili složenosti pribavljanja podataka koji su potrebni kako bi se izveli dokazi o cenama i profitima. Kada je reč o utvrđivanju razlike između cene koju naplaćuje preduzeće u dominantnom položaju i cene koja bi preovladavala na tržištu u uslovima efektivne konkurencije, nedostaje taj drugi parameter. Ne postoji metod na osnovu koga bi se mogla izračunati cena koja bi postojala u uslovima konkurencije, jer se ona određuje stihijski, u skladu sa aktuelnim odnosom ponude i tražnje. Problem se može prevazići tako što će se napraviti poređenja između cene koje naplaćuje dominantno preduzeće i cene koje vladaju na drugim tržištima uporedivih karakteristika. Primera radi, takva poređenja se mogu praviti za tržišta maloprodaje, koja su redovno lokalnog karaktera, pa se može napraviti poređenje između cene istog proizvoda na više različitih tržišta istovremeno.⁵²⁵

Jedan od načina da se utvrdi da preduzeće raspolaže značajnom tržišnom snagom jeste izračunavanje elastičnosti tražnje sa kojom se suočava. Ako je preduzeće nije izloženo efektivnoj konkurenciji, moći će da povećava cenu svog proizvoda, a da tražnja značajno ne opadne. Njegova tražnja je neelastična. Suprotno, preduzeće koje prodaje svoj proizvod u konkurenciji sa drugim proizvodima, suočava se sa visokom elastičnošću tražnje, jer i malo povećanje cene njegovog proizvoda izaziva veliko opadanje tražnje za njim. Međutim, ako se prisetimo slučaja Celofan, možemo izvesti zaključak da navedene zakonitosti ne važe u svim slučajevima. Dominantno preduzeće može da poveća cenu svog proizvoda i da ga veštački dovede u odnos supstitucije sa drugim proizvodima koji nisu adekvatna zamena za njega. U takvom slučaju, njegova elastičnost tražnje će biti visoka, iako preduzeće ima značajnu tržišnu moć i eksploatiše je. Drugo, izračunavanje elastičnosti tražnje podrazumeva posedovanje velikog broja podataka koji nisu uvek dostupni.⁵²⁶

Problem nedostupnosti podataka često onemogućava izračunavanje profitne stope dominantnog preduzeća. Računovodstveni podaci o visini profita najčešće se ne mogu koristiti za svrhe određivanja tržišne snage datog preduzeća, jer se profit izračunava za preduzeće u celini, dok se tržišna snaga određuje u odnosu na pojedini proizvod. Ukupna profitna stopa i stopa profita za određeni proizvod se mogu značajno razlikovati. Nadalje, visina profita može se značajno razlikovati, zavisno od primenjenih računovodstvenih standarda, neophodnih za adekvatnu kontrolu poslovanja preduzeća i prikupljanje statističkih podataka. Tako, na primer, stopa amortizacije za pojedine vrste osnovnih sredstava propisana je računovodstvenim standardima, dok je stvarni životni vek tih sredstava često mnogo duži. U takvom slučaju, visoke stope amortizacije doprineće da se troškovi preduzeća uvećaju, a time i smanji iznos profita. Za pojedine vrste ulaganja, kao što su ulaganja u istraživanja i razvoj, teško je odrediti procenat njihovog učešća u ukupnim troškovima proizvodnje pojedinog proizvoda.

Čak i ako se prevaziđu svi praktični problemi u prikupljanju i analizi podataka o cenama i profitima, ostaje problem određivanja mere. Koja je to razlika u ceni ili profitna stopa koja

⁵²⁵ OECD, *Evidentiary issues...*, op.cit., s. 42.

⁵²⁶ ABA, *Market Power Handbook*, op.cit., s. 143.

ukazuje da preduzeće raspolaže značajnom tržišnom snagom? Je li to 20, 30, 40 ili 50%? Pravo konkurencije nema pravila o tome, već je prepušteno organu koji utvrđuje postojanje dominacije da donese sud o tome da li su cena ili profit "razumni" ili nisu. Tako je Evropska komisija u slučaju Majkrosoft bila impresionirana činjenicom da je ta kompanija ostvarivala prosečnu profitnu stopu od preko 80% na tržištu.

Iskustva organa za zaštitu konkurencije u zemljama sa drugom tradicijom u toj oblasti ukazuju da je neophodno da analiza cena i profita obuhvati duži vremenski period, kako bi rezultati bili što uverljiviji. Ako preduzeće konstantno ostvaruje visoke profite i naplaćuje visoke cene, ti dokazi se mogu koristiti, ukoliko su podržani drugim dokazima koji ukazuju na postojanje tržišne dominacije.⁵²⁷

11.5. Kolektivna dominacija

Pojam kolektivne dominacije je karakterističan za pravo Evropske unije i prava država koje su svoje nacionalno zakonodavstvo o zaštiti konkurencije formulisale po uzoru na EU. U članu 102 UFEU-a propisuje se da zloupotrebu dominantnog položaja mogu učiniti "jedno ili više preduzeća". Odatle se jezičkim tumačenjem izvodi zaključak da dva ili nekolicina preduzeća mogu zajedno posedovati dominantan položaj. Međutim, u toj odredbi se ništa ne govori o uslovima koji moraju biti ispunjeni da bi se koncept kolektivne dominacije mogao primeniti u praksi.

11.5.1. Slučaj Italijansko ravno staklo

Sud pravde je prvi put razmatrao pitanje kolektivne dominacije u slučaju Italijansko ravno staklo.⁵²⁸ Komisija je 1981. ustanovila da je italijansko udruženje proizvođača stakla donelo odluke koje su se ticale obaveznih cena u prodaji stakla, zabrane uvoza i zabrane kupovine izvan udruženja, kao i da su članice udruženja među sobom zaključivale sporazume o prodajnim kvotama, odobravanju posebnih rabata i nadzoru nad poslovanjem članica udruženja. Komisija je donela odluku da su članice udruženja prekršile član 85 (sadašnji 101) Rimskog ugovora. Nekoliko godina nakon toga, italijanski veletrgovac staklom Kobeli (ital. *Cobelli*) optužio je članice udruženja da su njegovu kompaniju finansijski uništile svojom praksom da primenjuju jedinstvene cene na tržištu na osnovu prećutnog sporazuma, i da to predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Distributer je obavestio Komisiju o ponašanju članica udruženja, optužujući ih da na osnovu sporazuma koji dugo postoji među njima, ograničavaju konkurenciju na tržištu stakla, primenom jedinstvenih cenovnika za različite vrste stakla i razvrstavanjem kupaca u različite kategorije prema komercijalnom značaju, na osnovu čega su primenjivale različite procenete rabata. Proizvođači stakla su redovno održavali sastanke sa veletgrovcima, na kojima su nastupali potpuno usaglašeno, nudeći potpuno identične liste proizvoda. Kada bi distributeri pokušali da pregovaraju oko povoljnijih uslova poslovanja, sva tri

⁵²⁷ Office for Fair Trading, *Assessment of Market Power*, Competition Law Guideline, 2004. tač. 6.6.

⁵²⁸ *Società Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana SpA nad PPG Vernante Pennitalia SpA v. Commission*, sjedinjeni slučajevi T-68/69, T-77/89 i T-78/89, 1992. ECR II-1403.

proizvođača bi zauzimali jedinstven front i odbijali svaki razgovor na tu temu. Proizvođači su zatim jednovremeno ispostavljali distributerima račune sa apsolutno identičnim cenama za identične proizvode. Komisija je, osim toga, ustanovila da su tri proizvođača između sebe sistematski razmenjivali proizvode, kako bi održali dogovorene kvote u prodaji i kako bi svaki od njih imao u ponudi identičnu lepezu proizvoda. Ona je zaključila da sistematska uzajamna trgovina između proizvođača posredno potvrđuje da su oni sprovodili zajedničku poslovnu politiku.

Komisija je donela odluku da su italijanski proizvođači stakla u isto vreme povredili članove 85 i 86 (sadašnji 101 i 102) Rimskog ugovora. Povreda člana 85 učinjena je zaključenjem spornih ugovora o uzajamnoj kupovini i usaglašavanjem ponašanja prema distributerima, što je bilo evidentno iz njihovog zajedničkog nastupa na sastancima i primene identičnih cenovnika. U isto vreme, proizvođači stakla su uživali kolektivan dominantan položaj. Tri proizvođača činila su uzak oligopol, koji je kontrolisao tržište stakla sa zajedničkim tržišnim udelom od 79-95%. Oni su neposredno kontrolisali domaće tržište i indirektno, tržište uvoznog stakla, što im je omogućilo da sprovedu svoju poslovnu politiku nezavisno od uslova konkurencije i tržišnih trendova. Komisija je istakla da se tri proizvođača zajedno predstavljaju kao jedinstven privredni entitet, da poslovne odluke koje donose ukazuju da među njima postoji stanovit stepen međuzavisnosti u pogledu cena i ostalih uslova prodaje, da među njima postoje strukturalne veze, kao i da zajednički održavaju specijalne veze sa veletrgovcima, inicirajući sastanke i radeći sve što je neophodno da veletrgovci prihvate promene cena. Uprkos svojim nastojanjima, veletrgovci nisu uspeli da oslabe poziciju proizvođača na italijanskom tržištu. Takvim ponašanjem proizvođači stakla su ograničili tržište na štetu distributera stakla i na štetu proizvođača stakla iz ostalih delova Zajednice.⁵²⁹

Sud prve instance nije prihvatio nalaze Komisije, iako je načelno potvrdio da se član 86 (sadašnji 102) može primeniti na dva ili više preduzeća koja su ekonomski nezavisna, ali koja su na određenom tržištu "tako povezana ekonomskim vezama" da zajedno, na osnovu te činjenice, uživaju dominantan položaj u odnosu prema drugim učesnicima na tržištu. Sud, zatim, navodi kao primer situaciju kada dva ili više preduzeća imaju, na osnovu ugovora ili licenci, tehnološko vođstvo koje im omogućava da se u značajnoj meri ponašaju nezavisno u odnosu na konkurente, kupce i, u kranjoj liniji, na potrošače.⁵³⁰ Međutim, Komisija nije dokazala postojanje kolektivne dominacije. Sud je zamerio Komisiji što je "reciklirala" dokaze o postojanju sporazuma suprotnog članu 85 (sadašnji 101), kako bi izvela zaključak da stranke u sporazumu ili koje zajednički upražnjavaju nezakonito ponašanje zajedno drže značajan udeo na tržištu.⁵³¹

Odlukom u slučaju Italijansko ravno staklo Sud pravde je pojasnio da se pojam "više preduzeća" ne odnosi na privredna društva koja pripadaju jednoj grupi društava. U tom slučaju oni se smatraju jednim ekonomskim entitetom, odnosno jednim

⁵²⁹ Par. 30 i 31 odluke.

⁵³⁰ Par. 358 odluke Suda.

⁵³¹ Par. 360 odluke Suda.

preduzećem u smislu članova 101 i 102.⁵³² Takođe, Sud je dao određene indicije u pogledu činjenica koje moraju biti ispunjene da bi se mogao izvesti zaključak o postojanju kolektivne dominacije:

- 1) Odnosna preduzeća moraju na tržištu biti povezana ekonomskim vezama, pri čemu nije objašnjeno o kakvim je ekonomskim vezama reč;
- 2) To moraju biti veze koje im omogućavaju da se u značajnoj meri nezavisno ponašaju u odnosu na konkurente, kupce i potrošače. Sud je naveo samo jedan primer takvih ekonomskih veza: sporazumi ili licence koje daju tehnološka preimućstva u odnosu na ostale konkurente. Iz navedenog primera dâ se naslutiti da je Sud imao u vidu ugovorne odnose i, eventualno, druge ekonomske odnose, koji ne stvaraju taj stepen međuzavisnosti među preduzećima, da bi ona činila grupu društava pod jedinstvenim upravljanjem (holding ili koncern), ali ipak stvaraju određene veze zbog kojih u odnosu na druge učesnike na tržištu istupaju kao celina, ispoljavajući značajnu nezavisnost u odnosu na uslove konkurencije.

11.5.2. Slučaj Brodarske konferencije

Stav Suda pojašnjen je nešto kasnije, u slučaju brodarskih konferencija, izuzetih od člana 101 UFEU-a na osnovu Uredbe o utvrđivanju načina primene članova 85 i 86 Ugovora na pomorski prevoz.⁵³³ Brodarske konferencije su sporazumi kojim brodari dele pomorske rute. Komisija nije mogla, s obzirom na pomenutu uredbu, da sankcioniše sporazum na osnovu koga su četiri brodarske kompanije primenjivale prakse zaključenja ugovora o prevozu sa krcateljima, ugovarajući klauzulu apsolutne lojalnosti i sankcionišući krcatelje koji ne poštuju zabranu zaključenja ugovora sa drugim prevoziocima.⁵³⁴ Komisija je, stoga, našla da četiri kompanije uživaju položaj kolektivne dominacije, jer im sporazum o brodarskoj konferenciji omogućava da na tržištu u odnosu prema svojim klijentima istupaju na jedinstveni način. Sud prve instance je dao za pravo Komisiji.

11.5.3. Slučaj Ajriš Šugar

Nalaz Komisije o postojanju kolektivne tržišne dominacije potvrđen je od strane Suda prve instance i Suda pravde u slučaju irskog proizvođača šećera i njegovog distributera.⁵³⁵ Komisija je ustanovila da je kompanija Ajriš Šugar imala 51% učešća u kapitalu distributera, ali da je distributer, uprkos tome, vodio samostalnu poslovnu politiku. Zbog toga je odnos dve kompanije podvela pod pojam kolektivne dominacije, smatrajući da učešće u kapitalu predstavlja neophodnu ekonomsku vezu koja omogućuje jedinstveno ponašanje na tržištu. Sud prve instance je prihvatio nalaz Komisije, odbivši argument kompanije da je reč o jedinstvenom privrednom entitetu i da se pojam kolektivne dominacije ne odnosi na

⁵³² Par. 357 odluke Suda.

⁵³³ *Regulation 4056/86 on the determination of modalities for the application of Article 85 and 86 of the EEC Treaty to Maritime Transports*, Službeni list EEZ L 378, 1986.

⁵³⁴ *Compagnie Maritime Belge NV, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH&Co and Nedlloyd Lijnen BV. Commission*, sjedinjeni slučajevi T-24/93, T-25/93, T-26/93 i T-28/93, 1996. ECR II-1019.

⁵³⁵ *Irish Sugar plc v. Commission*, T-228/97, 1999. ECR II-2969; odluka Suda pravde po žalbi C-497/99R, 2001. ECR I-5332

vertikalno integrisana preduzeća.⁵³⁶ Sud je pružio objašnjenje da zloupotreba položaja kolektivne dominacije postoji i kada samo jedna od strana u odnosu kolektivne dominacije primenjuje radnje zloupotrebe. Dovoljno je da odnosnom radnjom manifestuje položaj kolektivne dominacije.⁵³⁷

11.5.4. Zaključak o pojmu kolektivne dominacije

Opisani slučajevi ukazuju da se Komisija oslanjala na pojam kolektivne dominacije kada nije mogla da primeni član 101 UFEU-a, bilo zbog toga što nije raspolagala dovoljnim dokazima o postojanju sporazuma među preduzećima koja upražnjavaju identično ponašanje, bilo zbog tog što su sektorski propisi predviđali izuzeće odnosnog sporazuma. Sa tog aspekta posmatrano, pojam kolektivne dominacije ima funkciju pomoćnog sredstva, a ne samostalnog pravnog (i ekonomskog) pojma. Pojam kolektivne dominacije nije na zadovoljavajući način objašnjen u praksi organa EU, zbog čega on i dalje izaziva kontroverze.⁵³⁸ Posebno je po našem mišljenju diskutabilna odluka u slučaju irskog proizvođača šećera, jer Komisija i Sud, najpre, odriču irskom proizvođaču da je imao uticaj na poslovnu politiku vertikalno integrisanog distributera, a zatim ga proglašavaju odgovornim za individualne radnje distributera. Štaviše, irski proizvođač uopšte nije poslovao na tržištu na kom se ispoljavala radnja zloupotrebe.⁵³⁹

U svim navedenim slučajevima evropski organi su podvukli značaj strukturalnih veza među preduzećima u kolektivnoj dominaciji, koje stvaraju osnov za trajniju međusobnu uslovljenost ponašanja i sprovođenje jedinstvene poslovne strategije, pri čemu ne moraju da vode računa o reakcijama konkurenata i kupaca. Strukturalne veze mogu biti ugovorne prirode, značajno učešće u kapitalu, uzajamno učešće u kapitalu i personalna povezanost organa društva.⁵⁴⁰

Paralelno sa pragmatičnim stavom organa EU, u teoriji je istaknut stav da se pojam kolektivne dominacije može primeniti na oligopolska tržišta, koja funkcionišu po principima teorije igara. Kako je napred ukazano, na oligopolskim tržištima često se primećuje pojava ujednačnih cena i drugih uslova poslovanja, koja se može objasniti postojanjem tajnog sporazuma među članovima oligopola ili njihovim samostalnim reakcijama na tržišne uslove. Takva ponašanja izmiču sankcionisanju u pravu konkurencije, jer se, sa jedne strane, ne mogu pronaći dokazi o postojanju sporazuma, a, sa druge strane, nijedan od članova oligopola samostalno ne ispunjava pretpostavke za

⁵³⁶ Par. 63 odluke Suda prve instance.

⁵³⁷ Par. 66 odluke Suda prve instance.

⁵³⁸ Mestmäcker, Schweitzer, *op.cit.*, s. 406.

⁵³⁹ Komisija i Sud su našli da irski proizvođač istovremeno uživa položaj individualne dominacije na tržištu proizvodnje šećera, pa je mogao biti sankcionisan samo po tom osnovu. U tom smislu, stavovi Suda u pogledu kolektivne dominacije nisu bili od značaja za konačan ishod slučaja. Korah, *EC Competition Law and Practice*, *op.cit.*, s. 113.

⁵⁴⁰ *Compagnie Maritime Belge NV and Dafra-Lines v. Commission*, sjedinjeni slučajevi C-395/96P i C-396/96P, 2000. ECR I-1365,; mišljenje generalnog advokata Fenelija.

tržišnu dominaciju da bi se primenilo pravilo o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja (ili drugo odgovarajuće pravilo, zavisno od jurisdikcije). Ako bi se pojam kolektivne dominacije tumačio tako da obuhvata oligopolske situacije, tada bi članovi oligopola bili podložni sankcionisanju po osnovu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja.

Evropski organi razmatrali su ovo pitanje samo u kontekstu kontrole koncentracija, prilikom analize mogućnosti primene Uredbe o kontroli koncentracija i na slučajeve kolektivne dominacije.⁵⁴¹ Sud prve instance je dao tumačenje da ništa ne stoji na putu da se pojam ekonomskih veza razume kao odnos međuzavisnosti učesnika uskog oligopola, koji su u poziciji da predvide ponašanje drugih učesnika, imajući u vidu karakteristike odnosnog tržišta kao što su stepen tržišne koncentracije, transparentnost tržišta i homogenost proizvoda, zbog toga da bi prilagodili svoje ponašanje, na način da maksimalno uvećaju svoj profit, smanjenjem obima ponude i povećanjem cena.⁵⁴² Navedenim tumačenjem, Sud prve instance je znatno proširio svoje prvobitno shvatanje pojma ekonomskih veza. Smatramo da je domašaj tog shvatanja ipak ograničenog značaja,⁵⁴³ jer ga je Sud dao u kontekstu primene pravila EU o kontroli koncentracija, koja, kako upravo Sud ističe, imaju za cilj da spreče svako ograničavanje konkurencije na značajnom delu tržišta EU putem koncentracija, bilo da do toga dolazi stvaranjem ili ojačavanjem dominantne tržišne pozicije ili na drugi način. Štaviše, Sud ukazuje da je opseg primene pravila o kontroli koncentracija u tom pogledu širi od polja primene članova 85 i 86 (sadašnji 101 i 102).⁵⁴⁴

⁵⁴¹ *Gencor Ltd v. Commission*, slučaj T-209/96, 1999. Potrebno je imati u vidu da je slučaj rešavan na osnovu Uredbe 4064/89, koja je kao jedini kriterijum za procenu kompatibilnosti koncentracije sa zajedničkim tržištem propisivala kriterijum stvaranja, odnosno jačanja dominantnog položaja. U konkretnom slučaju postavilo se pitanje može li se pojam dominantan položaj tumačiti tako da obuhvati i slučajeve kolektivne dominacije, kako bi se domašaj Uredbe proširio i na oligopolska tržišta.

⁵⁴² Par. 276 odluke *Gencor*.

⁵⁴³ Suprotno, Fall, Nickpay, *op.cit.*, s. 141-142.

⁵⁴⁴ Par. 5 odluke *Gencor*.

12. Zloupotreba dominantnog položaja

Pojam zloupotrebe dominantnog položaja je definisan u članu 102 UFEU-a propisivanjem generalne klauzule i nabrojanjem, *exempli causa*, karakterističnih oblika zloupotrebe:

“Svaka zloupotreba dominantnog položaja jednog ili više preduzeća na zajedničkom tržištu ili na njegovom značajnom delu biće zabranjena kao inkompatibilna sa zajedničkim tržištem ukoliko može da ugrozi promet između država – članica. Ta zloupotreba se, naročito, može sastojati u:

- a) neposrednom i posrednom nametanju nepravičnih kupovnih ili prodajnih cena ili drugih nepravičnih uslova poslovanja;
- b) ograničavanju proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača;
- c) primeni različitih uslova poslovanja na jednake transakcije sa drugim poslovnim partnerima, dovodeći ih time u lošiji položaj u konkurenciji;
- d) uslovljavanje zaključenja ugovora prihvatanjem dodatnih obaveza od druge strane, koje po svojoj prirodi ili u skladu sa trgovačkim običajima, nisu u vezi sa predmetom tih ugovora.”

Kako se može videti iz sadržine citirane odredbe, generalna klauzula ne daje bliže određenje materijalnopravnog pojma zloupotrebe dominantnog položaja. U generalnoj klauzuli navedene su samo pretpostavke sankcionisanja za učinjenu radnju zloupotrebe. Potrebno je da je radnja zloupotrebe učinjena: 1) od strane jednog ili više preduzeća; 2) koja imaju dominantan položaj; 3) na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu; 4) pod uslovom da postoji mogućnost ugrožavanja trgovine između država – članica EU. Pojmovi preduzeća i dominantnog položaja su već prethodno objašnjeni. Uslovi da se radnja zloupotrebe odnosi na zajedničko tržište ili njegov značajni deo i da može da ugrozi promet između država – članica od značaja su, prevashodno, za razgraničenje nadležnosti u primeni prava konkurencije između organa EU i organa država – članica, o čemu je takođe prethodno bilo reči. Stoga ćemo se nadalje pozabaviti sadržinom pojma zloupotrebe, jer je to od značaja ne samo za razumevanje i primenu pravila o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja, već i za razgraničenje od drugih oblika povreda konkurencije, kao i za razgraničenje u odnosu na slične protivpravne radnje, a posebno u odnosu na radnje nelojalne konkurencije.

Primeri radnje zloupotrebe navedeni u članu 102 UFEU-a samo su od ograničene koristi za stvaranje predstave o tome koje radnje preduzeća na tržištu mogu biti sankcionisane kao zloupotreba dominantnog položaja. Ovo je stoga što je shvatanje domašaja člana 102 evoluiralo u praksi Komisije i Suda pravde, kao i u teoriji, saglasno razvoju shvatanja o ciljevima koji treba da budu ostvareni u primeni prava konkurencije Evropske unije. Jezička formulacija pojedinih oblika radnje zloupotrebe, odslikava ideje osnivača evropske integracije u mestu i ulozi pravila konkurencije u strukturi osnivačkih ugovora, koje su u međuvremenu prevaziđene. Dalje, formulacija pojedinih primera nije dovoljno precizna i ostavlja prostora za različita tumačenja. Ta elastičnost formulacija je omogućila da član 102 preživi u neizmenjenom obliku brojne izmene osnivačkih ugovora od 1957. godine do danas. Stoga se stvarna sadržina pojma zloupotrebe dominantnog položaja

može utvrditi samo analizom odluka Suda pravde i Komisije. Slučajevi o kojima su Komisija i Sud pravde odlučivali primenjujući član 102, predmet su brojnih analiza u naučnoj i stručnoj literaturi. Pored toga, Komisija je svoje najnovije viđenje sadržine člana 102 dala u Uputstvu o prioritetima.⁵⁴⁵ Naučni i stručni komentari imaju interpretativan značaj, dok je Uputstvo o prioritetima relevantno utoliko što ukazuje na faktore na koje bi se u budućnosti Komisija trebalo da fokusira. Najzad, stvarni domašaj člana 102 ne može se sagledati bez njegovog stavljanja u kontekst ciljeva prava konkurencije, te stoga upućujemo čitaoca na prethodna izlaganja u vezi sa tim i posebna izlaganja o zaštitnom objektu člana 102, koja će uslediti nešto niže.

12.1. Zloupotreba – objektivni pojam?

Neadekvatan izbor termina,⁵⁴⁶ koji bi trebalo da ukaže na suštinu te vrste povrede konkurencije, po analogiji sa krivičnim pravom, sam po sebi doprinosi maglovitosti njene koncepcije. Sud pravde je u slučaju Hofman - La Roš ukazao da odgovornost za zloupotrebu dominantnog položaja nije subjektivne prirode: "Pojam zloupotrebe je objektivni pojam koji se odnosi na ponašanje preduzeća u dominantnoj poziciji, koje je takvo da utiče na strukturu tržišta, na kome je, kao rezultat prisustva odnosnog preduzeća, konkurencija već oslabljena i koje, pribegavanjem metodama različitim od onih koje uslovljava normalna konkurencija u robi i uslugama na bazi preduzetničkih transakcija, ima za posledicu sprečavanje održavanja nivoa konkurencije koji već postoji na tržištu ili jačanje te konkurencije."⁵⁴⁷ U odluci u slučaju Kontinental Ken, Sud takođe podvlači da krivica dominantnog preduzeća nije pretpostavka odgovornosti: "Ako se može, nezavisno od svake krivice, smatrati zloupotrebom kada preduzeće zauzima tako dominantnu poziciju da su ciljevi Ugovora zaobiđeni izmenom strukture ponude, čime se ozbiljno dovodi u opasnost sloboda izbora potrošača, takav slučaj nužno postoji ako je praktično sva konkurencija eliminisana."⁵⁴⁸ U skladu sa tim, odgovornost za zloupotrebu dominantnog položaja u pravu konkurencije EU ne pretpostavlja utvrđivanje krivice na strani preduzeća kao subjekta odgovornosti, već odgovornost neposredno proizlazi iz kauzalne veze između radnje dominantnog preduzeća i nastupanja štetne posledice. Sud pravde, u vezi sa tim, ističe da preduzeća koja uživaju dominantan položaj imaju posebnu odgovornost: "Nalaz da je preduzeće u dominantnoj poziciji nije samo po sebi inkriminacija, već jednostavno znači da, nezavisno od razloga zbog kojih ima tu poziciju, to preduzeće ima posebnu odgovornost da ne dozvoli da njegovo ponašanje ugrozi nepatvorenu nenarušenu konkurenciju na zajedničkom tržištu."⁵⁴⁹

Potrebno je, ipak, ukazati da krivica na strani dominantnog preduzeća igra ulogu prilikom dokazivanja pojedinih oblika zloupotrebe, kao što je predatorska praksa. Takođe, postojanje namere od značaja je prilikom odmeravanja visine kazne.

⁵⁴⁵ *Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conducts by dominant undertakings*, Službeni list EU C 45, 2009.

⁵⁴⁶ U engleskoj verziji teksta UFEU koristi se izraz *abuse*, u francuskoj *façone abusive*, u nemačkoj *Missbrauch*, u italijanskoj *sfruttamento abusivo*.

⁵⁴⁷ Par. 6 rezimea odluke u slučaju Hofman-La Roš.

⁵⁴⁸ Par. 12 odluke u slučaju Kontinental Ken.

⁵⁴⁹ Par. 10 rezimea odluke u slučaju Mišelin

Odgovornost preduzeća u dominantnoj poziciji može se uporediti sa odgovornošću lica koje obavlja opasnu delatnost u građanskom pravu. Svako ponašanje dominantnog preduzeća može da izazove štetne posledice u pogledu stanja konkurencije. Pošto ostali učesnici tržišne utakmice ne mogu da spreče nastupanje štete svojim ponašanjem u konkurenciji, ponašanje preduzeća u dominantnoj poziciji mora se procenjivati u skladu sa strožijim standardima nego ponašanje ostalih preduzeća.⁵⁵⁰ Član 102 nameće obavezu pojačane pažnje dominantnog preduzeća u svojim odnosima sa konkurentima, poslovnim partnerima i potrošačima. Tu obavezu nemaju preduzeća koja nisu dominantna. Zbog toga jedno isto ponašanje, koje je potpuno legalno kada ga upražnjava "običan" učesnik na tržištu, može biti protivpravno ako ga upražnjava dominantno preduzeće.

12.2. Štetna posledica – ugrožavanje kompetitivne strukture tržišta i/ili nanošenje štete potrošačima?

Odredbom člana 102 generalno se ne određuje zaštitni objekat, dok tačke b) i d) ističu ciljeve zaštite potrošača, odnosno očuvanja ravnopravnosti preduzeća u tržišnoj utakmici. To je otvorilo prostor za različita viđenja neposrednog zaštitnog objekta člana 102.

U vreme zaključenja Rimskog ugovora i prvoj deceniji njegove primene, prevladavalo je mišljenje da sankcionisanje zloupotrebe dominantnog položaja treba da spreči eksploataciju tržišne snage dominantnog preduzeća na uštrb potrošača ili njegovih poslovnih partnera. Grupa profesora koju je imenovala Komisija, sa zadatkom da analizira probleme u primeni članova 85 i 86 na koncentracije preduzeća 1965. godine, dala je svoje viđenje zaštitnog objekta člana 86. U skladu sa definicijom koju su oni predložili, zloupotreba dominantnog položaja predstavlja iskorišćavanje tržišne dominacije da bi se pribavile prednosti koje ne bi bile moguće u uslovima efektivne konkurencije, odnosno kada dominantno preduzeće veštački i nepravilno ograničava ponudu, ne zadovoljava tražnju, ili ne dozvoljava potrošačima pravično učešće u ostvarenoj dobiti.⁵⁵¹ Prema tom viđenju, radnje zloupotrebe su prvenstveno one radnje kojima se neposredno nanosi šteta potrošačima. Tome su se usprotivili tadašnji člani ljudi Komisije. Direktor generalnog direktorata za konkurenciju oslonio se na jezičko tumačenje člana 86, u skladu sa kojim su zabranjene zloupotrebe kojima dominantno preduzeće dovodi u neravnotežan položaj svoje poslovne partnere ili potrošače. Zloupotreba dominantnog položaja, po njegovom viđenju, postojala bi i ako dominantno preduzeće primenjuje određena ponašanja koja imaju za posledicu ograničavanje slobode izbora potrošača, čime se, posredno, takođe nanosi šteta ovoj kategoriji učesnika na tržištu.⁵⁵² Prema tom ranom viđenju zaštitnog cilja člana 102, zabrana zloupotrebe dominantnog položaja trebalo je da spreči eksploataciju tržišne snage od strane dominantnog preduzeća, a na štetu druge strane u njegovim poslovnim odnosima, bilo da su to njegovi poslovni partneri, bilo potrošači.

Sud pravde je ponudio drugačije viđenje zaštitnog objekta člana 102 u odluci povodom slučaja *Kontinental Ken*. Potrebno je podsetiti da je odluka doneta u vreme kada je

⁵⁵⁰ Komesar za konkurenciju Fon Greben u primedbama dostavljenim Komisiji povodom nalaza u Studiji o primeni čl. 85 i 86 na koncentracije iz 1965. Navedeno prema Akman, *op.cit.*, s. 94.

⁵⁵¹ Joliet, *op.cit.*, s. 231-232 i 241.

⁵⁵² Akman, *op.cit.*, s. 94.

Komisija pokušavala da dobije bitku za uvođenje procedure kontrole koncentracija u komunitarno pravo. U međuvremenu, stavila je na probu članove 85 i 86 Rimskog ugovora (sadašnji 101 i 102), primenivši ih na koncentracije preduzeća. U slučaju Kontinental Ken, Komisija je radnju američke kompanije sticanja stopostotnog učešća u kapitalu nemačke kompanije Šmalbah, čime je stekla kontrolu nad procesom donošenja poslovnih odluka u njoj i ojačala svoj dominantan položaj na tržištu metalnih konzervi, kvalifikovala kao zloupotrebu dominantnog položaja. Sud je dao za pravo Komisiji u pogledu domašaja člana 86: "Nabranje zloupotreba navedenih u članu 86 nije taksativno. Član 86 nema za cilj samo prakse kojima se može naneti šteta potrošačima neposredno, već i one koje su za njih štetne zbog uticaja na strukturu efektivne konkurencije, kao što je navedeno u članu 3 (f) Ugovora. Zloupotreba se, stoga, može dogoditi ako preduzeće u dominantnoj poziciji jača svoju poziciju na takav način da stepen dostignute dominacije značajno 'okiva' konkurenciju, tj. ako na tržištu ostanu jedino preduzeća čije ponašanje je zavisno od dominantnog preduzeća." Sud pravde je citiranom odlukom uveo u igru još jedan neposredan zaštitni cilj, a to je očuvanje konkurencije. Taj cilj, bar kako je tu definisan, nema sam sebi svrhu, već je on u funkciji prvog cilja, očuvanja blagostanja potrošača.

12.3. Eksploativne i eliminatorne zloupotrebe

Odlukom u slučaju Kontinental Ken otvorena su vrata Komisiji da sankcioniše i ponašanja dominantnog preduzeća koja imaju za posledicu eliminaciju konkurenata. U skladu sa tim, u teoriji se uobičajeno vrši klasifikacija pojedinih oblika zloupotrebe dominantnog položaja na eksploativne zloupotrebe (eng. *exploitative abuses*) i eliminatorne zloupotrebe (eng. *exclusionary abuses*). Eksploativne zloupotrebe su radnje dominantnog preduzeća kojima ono za sebe izvlači pogodnosti u odnosima sa svojim trgovačkim partnerima, bilo da su to krajnji potrošači ili kupci, odnosno prodavci robe i usluga koji su posrednici u njegovom odnosu sa krajnjim potrošačima. Eliminatorne zloupotrebe, kako je rečeno, jesu radnje eliminacije konkurenata kojima se, u isto vreme, ugrožava konkurencija kao proces, slabljenjem intenziteta konkurencije ili sprečavanjem njenog jačanja. Ova podela je donekle prevaziđena, jer dugoročno i eliminatorne zloupotrebe imaju za rezultat umanjene koristi za ukupno društveno blagostanje ili blagostanje potrošača. Tačnije, prema novom shvatanju eliminatorne zloupotrebe su samo one radnje eliminacije konkurenata koje ne donose koristi potrošačima. Sa tim u vezi američka profesorka Elinor Foks primećuje da se razlika između eksploativnih i eliminatornih zloupotreba na praktičnom nivou oglada u kvalitetu dokaza koji su potrebni da bi se utvrdilo postojanje zloupotrebe.⁵⁵³ U praksi, takođe, određeno ponašanje može u sebi kumulirati elemente eksploativne i eliminatorne zloupotrebe. Na primer, ako dominantno preduzeće naplaćuje različite cene za istu robu različitim kategorijama

⁵⁵³ "Debata o konceptu štete za konkurenciju može se maskirati debatom o dokazima. Sudsko prebacivanje tereta dokaza na tuženog često izgleda kao da odslikava shvatanje suda da je oštećeni dokazao da je ponašanje suprotno konkurenciji, pre nego funkcionalnu podelu zadataka na sudu u pogledu dokazivanja ograničenja obima ponude. Ukoliko se, na osnovu *prima facie* dokaza koje oštećeni treba da iznese da bi dobio slučaj, može izvesti razumna verovatnoća da će ponuda biti ograničena, bilo na osnovu činjenica konkretnog slučaja, bilo na osnovu ekonomskih saznanja o drugim sličnim slučajevima, tada je problem u dokazivanju. Ali, ako oštećeni može *prima facie* dobiti slučaj na osnovu činjenica koje ne podržavaju takav zaključak, onda je problem u poimanju." Fox, *What is the Harm to Competition*, op. cit., s. 373-374.

kupaca, takvo ponašanje je eksploativno u odnosu na onu kategoriju kupaca koja je prinuđena da plaća višu cenu. To ponašanje može u isto vreme biti i eliminatorno, ako je diskriminacija cenama deo strategije da se spreči konkurencija drugih prodavaca.⁵⁵⁴

Sud pravde je elemente definicije eliminatorne zloupotrebe dominantnog položaja dao i u narednim odlukama u slučajevima Hofman - La Roš i Mišelin. U slučaju Hofman - La Roš, Sud pravde je ukazao da se pojam zloupotreba dominantnog položaja "... odnosi na ponašanje preduzeća u dominantnoj poziciji koje je takvo da utiče na strukturu tržišta, na kome je, kao rezultat njegovog prisustva, stepen konkurencije već ugrožen i koje, posezanjem za metodama različitim od onih koji bi preovladavali u uslovima normalne konkurencije robom i uslugama na bazi transakcija trgovačkih operatora, ima efekat sprečavanja održavanja stepena konkurencije koji još uvek postoji na tržištu ili jačanje te konkurencije."⁵⁵⁵ Navedena definicija ponovljena je i u slučaju Mišelin, sa tim što je Sud pojasnio šta je kriterijum razlikovanja metoda 'normalne' konkurencije i ponašanja koja predstavljaju zloupotrebu dominantnog položaja. Metode normalne konkurencije zasnivaju se na većoj efikasnosti preduzeća koje ih upražnjava,⁵⁵⁶ što znači manjim troškovima u proizvodnji ili distribuciji robe ili pružanju usluga i boljim performansama robe i usluga.

Komisija se, kako ćemo kasnije detaljnije pokazati, u svojoj praksi pretežno fokusirala na eliminatorne zloupotrebe. Međutim, analitičari njene prakse u oblasti prava konkurencije zamerali su joj da je sadržinu radnje eliminatorne zloupotrebe shvatila formalno – to je svaka radnja koja ima za posledicu eliminaciju konkurenta, nezavisno od toga da li se tom radnjom posredno nanosi i šteta potrošačima ili ne.⁵⁵⁷ Drugim rečima, Komisija je stavljala akcenat na formu radnje, umesto na njene posledice. Uprkos navedenim kritikama, Komisija je u velikom broju slučajeva dobila podršku Suda pravde.

Vrhunac opisanog pristupa je odluka u slučaju Komeršal Solvents. Slučaj je imao za predmet prekid poslovne saradnje od strane američke kompanije, jedinog svetskog proizvođača aminobutanola, sirovine za proizvodnju jednog od lekova protiv tuberkuloze, etambutola. Komeršal Solvents je neophodnom sirovinom snabdevao italijanskog proizvođača etambutola Zoju. Komeršal Solvents je stekao većinsko učešće u drugom italijanskom proizvođaču lekova, Istituto Hemioterapiko Italijano, kako bi započeo sopstvenu proizvodnju istog leka i nakon toga je odbio da dalje snabdeva Zoju potrebnom sirovinom. Američka kompanija je u svoju odbranu isticala da ju je Zoja prethodno već obavestila o tome da neće više nabavljati tako velike količine pomenute sirovine, da je ona u međuvremenu promenila svoju poslovnu politiku i odlučila da sama počne proizvodnju

⁵⁵⁴ Vidi niže primere slučajeva Junajted Brendsi Ajriš Šugar.

⁵⁵⁵ Par. 6 rezimea odluke u slučaju Hofman-La Roš.

⁵⁵⁶ Par. 12 rezimea odluke u slučaju Mišelin.

⁵⁵⁷ E. Szyszczak, *Controlling Dominance in European Markets*, Fordham International Law Journal, br. 6/2011, s. 1738-1775, na s. 1753.

istoimenog leka i da se na tržištu mogu naći druge sirovine, koje predstavljaju adekvatnu zamenu za aminobutanol. Uprkos tome, Sud pravde je potvrdio odluku Komisije da postoji zloupotreba dominantnog položaja: "Preduzeće koje ima dominantan položaj na tržištu sirovina i koje, sa ciljem da rezerviše kompletne sirovine za proizvodnju sopstvenog derivata, odbije da snabdeva kupca, koji je i sam proizvođač derivata, i time rizikuje da eliminiše svu konkurenciju na strani kupca, čini zloupotrebu dominantnog položaja u smislu člana 86."⁵⁵⁸ Ne ulazeći ovde u pitanje da li su dokazi koje je Komeršal Solvents bili dovoljni da opravdaju njegovo ponašanje, jer je to stvar slobodne ocene Suda, može se primetiti da je Sud obavezao tuženo preduzeće da interes svoga konkurenta stavi ispred svojih legitimnih poslovnih interesa, zarad očuvanja konkurencije na tržištu lekova protiv tuberkuloze. Iz sadržine odluke ne može se sa sigurnošću utvrditi da li je tužena kompanija mogla istovremeno da zadovolji svoje potrebe i potrebe tužioca u pogledu količina sirovine. Američka kompanija je izjavila da je prekinula poslovne odnose i sa drugim kupcima, što ukazuje da možda njeni proizvodni kapaciteti nisu bili dovoljni za zadovoljavanje potreba više proizvođača lekova. Takođe se nameće pitanje, na koje Sud nije tražio odgovor, da li je Zoja mogla da organizuje sopstvenu proizvodnju potrebne sirovinske baze, na isti način kao što je američka kompanija investirala u proizvodnju derivata. Sa druge strane, čini se da je Sud zanemario činjenicu da će se italijanski proizvođač lekova naći u odnosu ekonomske zavisnosti prema američkoj kompaniji, jer je njegovo poslovanje u potpunosti uslovljeno isporukama sirovina od jedinog proizvođača. Opstanak Zoje na tržištu lekova protiv tuberkuloze ne bi mnogo doprineo jačanju konkurencije, jer bi američki proizvođač mogao odnos zavisnosti iskoristiti da utiče na poslovne odluke Zoje. Konačno, sa stanovišta interesa potrošača neophodno je bilo analizirati stanje na tržištu lekova protiv tuberkuloze. Iz sadržine odluke vidljivo je da je aminobutanol neophodan za proizvodnju etambutola, ali se postavlja pitanje da li su na tržištu dostupne druge vrste lekova, koje se proizvode od drugih sirovina. Ako je odgovor potvrđan, onda bi američki proizvođač lekova stupio na mesto Zoje u konkurenciji sa drugim proizvođačima lekova, pa stanje konkurencije ne bi bilo oštećeno, a time ni interes potrošača.

12.4. Razlikovanje 'normalne' konkurencije od eliminatornih zloupotreba

Još je Adam Smit ukazao da konkurencija surovo kažnjava učesnike koji nisu sposobni da pariraju svojim konkurentima. Kazna se sastoji u njihovoj eliminaciji sa tržišta. Eliminacija konkurenata je nužna posledica zdrave konkurencije, jer se samo tako obezbeđuje privredni progres. Shodno tome, ponašanja koja su sastavni deo zdrave konkurentске borbe ne treba sankcionisati. Potrebno je, stoga, u pravu konkurencije napraviti razgraničenje između legalnih konkurentskih ponašanja i onih koja to nisu, te su stoga podložna sankcionisanju. Opisani slučaj Komeršal Solvents vrlo dobro ilustruje da je u praksi teško postaviti jasnu granicu između te dve vrste ponašanja. Kao prvo, interesu

⁵⁵⁸ Par. 3 odluke u slučaju Komeršal Solvents

očuvanja konkurencije vrlo često se suprotstavlja legitiman poslovni interes dominantnog preduzeća, koji je podržan osnovnim principima na kojima počiva slobodno tržišno privređivanje - zaštiti privatne svojine i slobodi ugovaranja. Drugo, ako se prihvati kao ispravan stav da pravo konkurencije ne treba da štiti nedovoljno efikasna preduzeća, postavlja se pitanje kako prepoznati u konkretnom slučaju da li preduzeće 'ispada iz igre' upravo iz razloga sopstvene manje efikasnosti? Treće, da li postoje razlozi koji opravdavaju i zaštitu opstanaka manje efikasnih?

Navedeno je podstaklo teoriju i praksu da ponude različite kriterijume na osnovu kojih bi se razlikovala ponašanja koja su sastavni deo zdrave konkurencije i eliminatorne zloupotrebe.⁵⁵⁹ Prvi je kriterijum 'žrtvovanja profita'. Ponašanja zbog kojih dominantno preduzeće mora da žrtvuje svoj profit, a koja se ne mogu objasniti nikakvim drugim razlozima do razlogom eliminacije konkurenta, jesu eliminatorna. Ovaj kriterijum se često koristi da bi se razlikovala predatorska praksa, od legalne konkurentske borbe snižavanjem cena. Njegov je nedostatak što eliminatorno ponašanje ne mora uvek biti praćeno padom profita, ili čak gubicima dominantnog preduzeća. Drugo, određena ponašanja, čak i ako ne donose profit kratkoročno, poželjna su sa stanovišta opštih društvenih interesa, ili interesa potrošača. Karakterističan primer su investicije u istraživanje i razvoj novog proizvoda, što može dovesti do eliminacije konkurenata, ali je nesporno da predstavljaju poželjno ponašanje. Treće, napred je ukazano da postoje praktične poteškoće oko načina izračunavanja profita. Sličan kriterijumu žrtvovanja profita je kriterijum (ne)postojanja ekonomskog opravdanja, koji eliminiše nedostatak prethodnog, što otvara mogućnost da se za ponašanje koje ne donosi profit ipak ponudi prihvatljivo obrazloženje. Kriterijum ekonomskog opravdanja opravdava eliminatorno ponašanje ako je ono nužno da bi dominantno preduzeće postiglo ekonomske koristi (koje se ne moraju ogledati u povećanju profita). Njegova primena zahteva poređenje između štete izazvane slabljenjem konkurencije i koristi dobijene takvim ponašanjem. Primedbe koje se iznose u pogledu ovog testa sastoje se u tome da je teško razlučiti da li je ekonomska korist rezultat eliminacije konkurencije ili drugih činilica do kojih dovodi odnosno ponašanje.⁵⁶⁰

Kriterijum 'jednako efikasnog konkurenta' sastoji se u proceni efekta ponašanja dominantnog preduzeća na opstanak na tržištu konkurenta čija je proizvodna efikasnost jednaka njegovoj sopstvenoj. Ukoliko bi njegovo ponašanje oteralo sa tržišta i podjednako efikasnog konkurenta, ono je nezakonito. Kritičari primene ovog kriterijuma ukazuju da se njime daje prednost proizvodnoj efikasnosti na uštrb alokativne, budući da opstanak na tržištu manje efikasnih konkurenata može dovesti da pada cena. Navedenom se suprotstavlja niz argumenata, kao npr. da opstanak na tržištu nedovoljno efikasnih onemogućava ulazak efikasnijih konkurenata, da se kratkoročno poželjan cilj snižavanja cena suprotstavlja dugoročno poželjnom cilju unapređenja proizvodnje.

⁵⁵⁹ Detaljnije: OECD Policy Roundtables, *Competition on the Merits*, 2005., dostupno na sajtu: www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf

⁵⁶⁰ G. Werden, 'No Economic Sense' for Exclusionary Conduct, *Journal of Corporation Law*, 2006, 294-305.

Posebno se ukazuje da se zaštitom neefikasnih konkurenata šalje loša poruka preduzećima koja nastoje da osvoje dominantnu poziciju većom produktivnošću i inovativnošću. Sa druge strane, opravdano se primećuje da konkurenti koji tek stupaju na tržište i imaju manji obim prodaje privremeno jesu manje produktivni, ali da na duži rok teže da povećaju svoju produktivnost.⁵⁶¹ Ovaj kriterijum zanemaruje činjenicu da ponašanje koje ima za posledicu eliminaciju podjednako efikasnog konkurenta može doneti koristi potrošačima.⁵⁶²

Kriterijum blagostanja potrošača odobrava eliminatorno ponašanje koje doprinosi uvećanju blagostanja potrošača. Primena ovog kriterijuma izaziva problem ako određeno ponašanje uvećava produktivnost dominantnog preduzeća, a u isto vreme umanjuje blagostanje potrošača. U takvom slučaju na delu imamo sukob između ciljeva prava konkurencije, jer je potrebno da se unapred jasno zna kojem cilju se daje prednost. Sa praktičnog aspekta, ukazuje se na probleme u preciznom odmeravanju koristi ili štete koje određeno ponašanje donosi blagostanju potrošača i uvećanju produktivnosti. Nadležni organi tada mogu samo da prave grube procene, koje umanjuju vrednost ovog standarda.⁵⁶³ Drugo, primećuje se da u praksi nadležni organi nisu preterano spremni da se upuste u zahtevne empirijske analize na osnovu kojih bi, zatim, trebalo da odmere i uporede koristi za potrošače i uvećanje produktivnosti.⁵⁶⁴

Sud pravde u slučaju Hofman - La Roš odredio je činioce na osnovu kojih se u pravu konkurencije EU procenjuje da li eliminatorno ponašanje dominantnog preduzeća predstavlja zloupotrebu. Potrebno je utvrditi da eliminatorno ponašanje: 1) odstupa od metoda normalne konkurencije i 2) izaziva štetne posledice koje se ogledaju u sprečavanju održavanja postojećeg nivoa ili jačanja konkurencije.

12.4.1. Odstupanje od metoda normalne konkurencije

Kada je reč o prvom činiocu, njegova primena svodi se na utvrđivanje da li postoji ekonomsko ili neko drugo objektivno opravdanje za određeno ponašanje dominantnog preduzeća. Ako takvo opravdanje postoji, ponašanje će biti legalno, iako ima za posledicu eliminaciju konkurenta.⁵⁶⁵ Organi EU nisu u svojoj praksi dali principijelno objašnjenje koji razlozi mogu biti prihvatljivi kao objektivno opravdanje eliminatornog ponašanja. U tom pogledu relevantni su stavovi Komisije i Suda pravde u slučajevima koji su se odnosili na prakse odobravanja rabata za lojalnost, pa će o njima biti reči nešto niže, prilikom izlaganja o tom obliku zloupotrebe. Načelno, ako određeno ponašanje doprinosi smanjenju troškova dominantnog preduzeća, ponašanje je ekonomski opravdano. Na primer, ako preduzeće daje popust kupcu srazmerno količini kupljene robe, to može biti opravdano uštedom u troškovima pakovanja, manipulacije, otpreme i drugim troškovima

⁵⁶¹ A. Gavil, *Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance*, *Antitrust Law Journal*, br. 1/2004, s. 3-81.

⁵⁶² Posner, *Antitrust Law, op.cit.*, s. 194-195.

⁵⁶³ O'Donoghue, Padilla, *op.cit.*, s. 194.

⁵⁶⁴ Gavil, *op.cit.*, s. 72.

⁵⁶⁵ Fall, Nikpay, *The EC Law on Competition, op.cit.*, s. 148.

koji se smanjuju srazmerno povećanju količine kupljene robe. U opisanom slučaju Komeršal Solvents, opravdano se može pretpostaviti da bi vertikalna integracija američke kompanije doprinela uštedi u troškovima proizvodnje leka protiv tuberkuloze. Nadalje, ponašanje je ekonomski opravdano ako dominantno preduzeće štiti na taj način svoje legitimne poslovne interese. Na primer, u slučajevima predatorske prakse, dominantno preduzeće može opravdati snižavanje cena proizvoda ukoliko pokaže da time uzvraća na odgovarajući napad konkurenta. Ovde se postavlja pitanje određivanja mere između prava dominantnog preduzeća da štiti svoje legitimne poslovne interese i javnog interesa očuvanja ili jačanja intenziteta konkurencije. Kao što je napred ukazano, dominantna preduzeća imaju posebnu odgovornost da ne dozvole da njihovo ponašanje ugrozi odvijanje konkurencije na zajedničkom tržištu. U odluci u slučaju Junajted Brends, Sud pravde uvodi u igru princip srazmernosti:⁵⁶⁶ "Iako je istina, kao što žalilac ističe, da činjenica da preduzeće ima dominantan položaj njega ne razvlašćuje prava da štiti svoje sopstvene komercijalne interese kada su napadnuti i da takvom preduzeću mora biti dato pravo da preduzme razumne korake koje smatra odgovarajućim da zaštiti rečene interese, takvo ponašanje ne može biti tolerisano ako je njegova stvarna svrha da ojača tu dominantnu poziciju i zloupotrebi je. Čak i ako je mogućnost protivnapada prihvatljiva, taj napad mora još uvek biti srazmeran opasnosti, uzimajući u obzir ekonomsku snagu preduzeća koja se konfrontiraju jedno drugom."⁵⁶⁷

Osim ekonomskog opravdanja, dominantno preduzeće može ponuditi obrazloženje koje ulazi u sferu zaštite drugih društvenih vrednosti, kao na primer, zaštita javnog zdravlja, morala, javne bezbednosti i dr. Na primer, dominantno preduzeće, vlasnik kablovske telekomunikacione infrastrukture, mogao bi da uskrati pravo na korišćenje kablovskom operateru ukoliko ustanovi da u svom poslovanju vređa pravila o privatnosti korisnika. Ovde je potrebno imati u vidu da je zaštita navedenih javnih interesa po pravilu u nadležnosti pojedinih državnih organa ili društvenih organizacija. U takvom slučaju dominantno preduzeće ne može samoinicijativno uzeti pravo da štiti javne interese.

12.4.2. Ugrožavanje konkurencije

Primena drugog činioca sastoji se u proceni stvarnog ili očekivanog stanja konkurencije na tržištu na kome se ispoljavaju efekti eliminatornog ponašanja. Drugim rečima, nije neophodno da su štetni efekti ponašanja već nastupili, u vidu slabljenja intenziteta konkurencije prouzrokovanog napuštanjem tržišta pojedinih konkurenata ili sprečavanja jačanja konkurencije, onemogućavanjem ulaska novih konkurenata. Dovoljno je dokazati verovatnoću nastupanja tih posledica. Kao što je Sud pravde konstatovao, na tržištu na kome je prisutno dominantno preduzeće, konkurencija je već oslabljena. Stoga je potrebno preduzeti mere da se spreči njeno dalje slabljenje. Napred opisana praksa Suda pravde pokazuje da je standard dokaza koji se zahteva u pogledu verovatnoće nastupanja štetnih posledica na relativno niskom nivou. U slučaju Komeršal Solvents, tržište lekova bi

⁵⁶⁶ Načelo srazmernosti je prihvaćeno kao generalni princip u pravu Evropske unije i primenjuje se prilikom ocene usklađenosti mera koje uvode organi EU ili države članice sa ciljevima EU.

⁵⁶⁷ Par. 189 i 190 odluke u slučaju Junajted Brends

napustio jedan proizvođač, ali konkurencija ne bi bila oslabljena, jer bi na njegovo mesto stupio drugi konkurent. U slučaju Junajted Brends, mogućnost eliminacije konkurenata uopšte nije bila relevantna za utvrđivanje postojanje zloupotrebe.⁵⁶⁸

12.5. Efektivni pristup

Suočena sa kritikama da pod plaštom zaštite konkurencije zapravo štiti nedovoljno efikasne konkurente, koji bi inače bili prinuđeni da napuste tržište u surovom procesu slobodne tržišne utakmice,⁵⁶⁹ u prvoj deceniji 21. veka Komisija je najavila zaokret u primeni člana 102. U njenom fokusu bi ubuduće trebalo da budu eliminatorna ponašanja kojima se ugrožava efektivna tržišna konkurencija, a ne zaštita neefikasnih konkurenata. Komisija je u Uputstvu o prioritetima konstatovala da su suprotna članu 102 ponašanja koja imaju za posledicu zatvaranje tržišta za stvarne ili potencijalne konkurente dominantnog preduzeća i koja imaju štetan efekat na blagostanje potrošača. Štetne posledice mogu da se ogledaju u višim cenama, ograničavanju ponude ili smanjenju mogućnosti izbora za kupce i potrošače.⁵⁷⁰ U praksi, to bi trebalo da znači da Komisija mora dokazima potkrepiti verovatnoću nastupanja štetnih posledica za blagostanje potrošača, ali ne i da su štetne posledice zaista nastupile.⁵⁷¹ Ovde je potrebno podsetiti na praktična ograničenja u sprovođenju ekonomskih analiza koje, zbog toga, ne mogu uvek (pa čak ni često) da daju dovoljno pouzdane rezultate. Zbog toga se u literaturi upozorava na neophodnost postojanja određene doze pravne sigurnosti, koja se postiže propisivanjem barem minimalnog broja pravila u pogledu ponašanja koja su zakonita.⁵⁷² Komisija ukazuje da izvođenje te vrste dokaza neće biti potrebno u slučajevima kada eliminatorno ponašanje očigledno nanosi štetu potrošačima, na primer, kada dominantno preduzeće plaća naknadu trgovcu da odloži ponudu konkurentskog proizvoda ili kada brani svojim kupcima da testiraju konkurentske proizvode.⁵⁷³

Treba imati u vidu da stav Komisije izražen u aktu neobavezujućeg karaktera ne predstavlja pozitivno pravo.⁵⁷⁴ Na primer, Sud pravde se u kontekstu pojedinih slučajeva različito izjašnjavao u pogledu toga da li je potrebno dokazivati efekte eliminatornog ponašanja. Njegov stav je, kao prvo, da ako ponašanje ima za cilj ograničavanje konkurencije,

⁵⁶⁸ Slučaj Junajted Brends je specifičan, jer je Sud pravde ustao u odbranu cilja integracije evropskog tržišta u vreme kada jedinstveno tržište još nije bilo uspostavljeno. Stoga je bilo dovoljno pokazati da praksa kompanije Junajted Brends vodi održavanju postojećih nacionalnih granica tržišta.

⁵⁶⁹ E. Fox, "We Protect Competition, You Protect Competitors", *World Competition*, 2003. s. 149 i dalje.

⁵⁷⁰ *Guidance on Enforcement Priorities*, par. 19.

⁵⁷¹ P. Akman, *op.cit.*, s. 131.

⁵⁷² G. Werden, *Competition Policy on Exclusionary Conduct: Towards an Effects-Based Analysis?*, *European Competition Journal*, 2006. posebno izdanje, s. 53-67, na s. 61.

⁵⁷³ *Guidance on Enforcement Priorities*, par. 22.

⁵⁷⁴ S tim u vezi generalni advokat je u svom pravnom mišljenju u slučaju Britiš Ervejz istakao: „Nije od značaja kako Komisija namerava da definiše svoju politiku konkurencije u budućnosti... Svaka reorijentacija u primeni člana 82 može biti relevantna samo za buduće odluke Komisije, a ne za pravnu procenu odluka koje su već donete. Šta više, čak i ako se administrativna praksa bude promenila, Komisija će i dalje morati da se kreće u okvirima propisanim članom 82, kako je interpretiran od strane Suda pravde.“ Navedeno prema Jones, Surfin, *op.cit.*, s. 297.

dokazivanje štetnih efekata za blagostanje potrošača nije potrebno.⁵⁷⁵ Drugo, sam naziv akta ukazuje da je reč o prioritetima Komisije prilikom odabira slučajeva koje će pokretati, što ne isključuje mogućnost vođenja postupaka i izricanja sankcija za zloupotrebu dominantnog položaja i u slučajevima kada šteta za blagostanje potrošača nije tako očigledna ili se ne može dokazati. Treće, stavovi Komisije nisu izraženi dovoljno konzistentno, budući da Komisija u jednom stavu ističe da je njen fokus na ponašanjima koja nanose najviše štete potrošačima, dok već u sledećem da će naglasak u njenim aktivnostima biti na očuvanju procesa konkurencije i obezbeđenju da dominantna preduzeća ne eliminišu konkurente koji se meritorno takmiče svojom robom i uslugama, jer za nju jedini pravi smisao ima očuvanje efektivne konkurencije, a ne prosto zaštita konkurenata.⁵⁷⁶ Odatle proizlazi da Komisija i dalje stavlja znak jednakosti između cilja očuvanja konkurencije i cilja blagostanja potrošača, što je u skladu sa stavovima Suda pravde.⁵⁷⁷ Komentatori prakse Komisije primećuju da novo viđenje eliminatornih oblika zloupotrebe dominantnog položaja još uvek nije dobilo potvrdu u slučajevima koje vodi.⁵⁷⁸ Konačno, Uputstvo se ne odnosi na eksploativne zloupotrebe i na zloupotrebe kojima se ugrožavaju drugi ciljevi Unije, kao što je cilj integracije evropskog tržišta.

12.6. Štetna posledica – integracija tržišta

Integracija evropskog tržišta ostvaruje se uklanjanjem prepreka prometu robe i usluga između država – članica, što je specifičan cilj prava konkurencije Evropske unije. Komisija i Sud pravde su više puta osudili određena ponašanja dominantnog preduzeća zbog toga što je, u prvom redu, ono imalo za posledicu podelu unutrašnjeg tržišta po nacionalnim granicama. Kompanija Junajted Brends kažnjena je zbog toga što je naplaćivala različitu cenu banana distributerima na tržištima pojedinih država – članica, iako su njeni transportni troškovi bili apsolutno identični (svim distributerima je isporučivala banane FOB luke Roterdam i Bremen, a distributeri su na sebe preuzimali troškove daljeg prevoza i carine). Prodaja banana je ugovarana dok su brodovi natovareni bananama još uvek putovali prema luci iskrcaja. Pored toga, kompanija je sa distributerima ugovarala “klauzulu zelenih banana”, kojom je onemogućavana prodaja banana dok su zelene, tako da bi sprečila njihov izvoz sa teritorija gde je naplaćivala nižu cenu na teritorije država gde je naplaćivala veću cenu. Kompanija se branila time da su dešavanja i poremećaji na tržištima država – članica, kao što su ponuda ostalog voća, odmori, štrajkovi, državne mere i promene kursa valute, uticali na različite cene koje je naplaćivala distributerima. Evropski organi su, naprotiv, bili mišljenja da su distributeri i lokalni trgovci ti koji snose rizike povezane sa lokalnim tržištima, te da kompanija nema pravo da na osnovu toga zaračunava različite cene banana. Sud pravde je konstatovao da je klauzula zelenih banana po svom efektu izjednačena sa apsolutnom zabranom izvoza i da stoga predstavlja povredu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja, jer ograničava tržište na štetu potrošača i

⁵⁷⁵ Akmar, *op.cit.*, s. 131.

⁵⁷⁶ *Guidance on Enforcement Priorities, op.cit.*, par. 5 i 6.

⁵⁷⁷ Vid. Akmar, *op.cit.*, s. 134-143.

⁵⁷⁸ Szyszczak, *op.cit.*, s. 1774.

⁵⁷⁹ Par. 159 odluke u slučaju Junajted Brends.

ugrožava trgovinu između država – članica, podelom tržišta po nacionalnim granicama.⁵⁷⁹

Podela tržišta po nacionalnim granicama sankcionisana je i u slučaju Ajriš Šugar. Irski proizvođač šećera je odobravao posebne rabate svojim kupcima raspoređenim duž nacionalne granice, kako bi im omogućio bolju konkurentsku poziciju u odnosu na distributere locirane na susednom nacionalnom tržištu. Sud je našao da je takva praksa suprotna zabrani zloupotrebe dominantnog položaja: “Uticaj cenovne politike operatora aktivnih na nacionalnom tržištu na operatore aktivne na susednom nacionalnom tržištu je suština zajedničkog tržišta. Sve što ograničava taj uticaj mora se, stoga, smatrati preprekom uspostavljanju zajedničkog tržišta i štetnim za ishod efektivne i neometane konkurencije, posebno imajući u vidu interes potrošača. U skladu sa tim, kada takve prepreke izaziva preduzeće koje poseduje dominantan položaj, može se u principu zaključiti da je reč o zloupotrebi inkompatibilnoj sa članom 86 Ugovora.”⁵⁸⁰

12.7. Kauzalna veza između tržišne dominacije i štetne posledice

Štetne posledice ne moraju nastupiti na tržištu na kome preduzeće poseduje dominantan položaj. Dominaciju na jednom tržištu preduzeće može da iskoristi kao odskočnu dasku za jačanje pozicije na drugim tržištima. Slučajevi Hjugin, Hilti i Tetrapak II pružaju u tom pogledu dobar primer. Navedenim slučajevima zajedničko je to što je proizvođač iskoristio dominaciju na tržištu glavnog proizvoda da eliminiše konkurenciju na tržištu sporednog proizvoda. U slučaju Hjugin, proizvođač registar-kasa odbio je da snabdeva nezavisnog servisera rezervnim delovima, kako bi posao servisiranja kasa zadržao za sebe. U slučaju Hilti, proizvođač heft-pištolja obavezivao je svoje kupce da zajedno kupuju i šaržere i municiju njegove proizvodnje, iako je na tržištu mogla da se kupi kompatibilna municija nezavisnih proizvođača. Na isti način, u slučaju Tetrapak II, proizvođač aseptičnih mašina za pakovanje obavezivao je kupce da kupuju njegove kartone za pakovanje, iako su u ponudi bili i kartoni drugih proizvođača.

Navedeni slučajevi pokazuju da se štetni efekti radnje zloupotrebe ne moraju ispoljiti na tržištu na kome preduzeće uživa dominantan položaj. Sporno je, ipak, da li mora postojati izvesna veza između tržišta na kome postoji dominacija i tržišta na kome se ispoljavaju štetne posledice. U slučaju Kontinental Ken Sud pravde odriče potrebu utvrđivanja uzočno-posledične veze između dominantne pozicije i radnje zloupotrebe: “Pitanje kauzalne veze između dominantne pozicije i zloupotrebe nema nikakvog uticaja, jer jačanje pozicije preduzeća može biti zloupotreba i zabranjeno po osnovu člana 86 Ugovora, nezavisno od načina i sredstava pomoću kojih je postignuto, ako ima za posledicu značajno ograničavanje konkurencije.”⁵⁸¹ Navedeni stav se u literaturi tumači tako da nije neophodno da preduzeće koristi svoju tržišnu snagu da bi izvršilo radnju zloupotrebe.⁵⁸² Činjenični sklop u slučaju Kontinental Ken u velikoj meri odstupa od gore navedenih slučajeva. Potrebno je imati u vidu specifične okolnosti u kojima je Komisija odlučila da

⁵⁸⁰ Akmar, *op.cit.*, s. 131.

⁵⁸¹ Par. 13 rezimea odluke u slučaju Kontinental Ken.

⁵⁸² Jones, Surfin, *op.cit.*, s. 322.

sticanje kontrolnog učešća u kapitalu drugog preduzeća podvede pod zloupotrebu dominantnog položaja, o čemu je prethodno bilo reči. Može se pretpostaviti da je Sud pravde dao za pravo Komisiji, ne zato što se stav Komisije poklapao sa njegovim uobičajenim viđenjem sadržine pravila o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja, već zato što je bilo neophodno dati joj podršku u njenim nastojanjima da se omogući kontrola koncentracija preduzeća na evropskom nivou.⁵⁸³ Nezavisno od razloga zbog kojih je Sud tako postupio, on ipak nije izašao iz okvira jezičkog značenja norme sadržane u članu 102 UFEU-a. Sintaksa 'zloupotreba dominantnog položaja' ne mora se tumačiti tako da mora postojati neposredna kauzalna veza između dominacije i radnje zloupotrebe. Tim više što se u prvoj rečenici člana 102 zabranjuje 'svaka zloupotreba dominantnog položaja'.

⁵⁸³ O'Donoghue, Padilla, *op.cit.*, s. 217.

13. Nametanje nepravičnih cena i drugih uslova poslovanja

Nametanje nepravičnih cena i drugih uslova poslovanja predstavlja u prvom redu eksploativnu vrstu zloupotrebe dominantnog položaja. Dominantno preduzeće koje naplaćuje nepravične cene i ugovara nepravične uslove poslovanja iskorišćava svoju tržišnu poziciju da bi za sebe ostvarilo pogodnosti u vidu visokih profita ili nenovčanih pogodnosti, na štetu svojih kupaca (ili prodavaca, ako se dominantno preduzeće nalazi u ulozi kupca).

13.1. Nepravične cene

Kada je reč o naplaćivanju previsokih (prekomernih, monopolskih) cena, napred je pokazano da je takvo ponašanje društveno štetno, jer umanjuje alokativnu efikasnost. Sa tog stanovišta nema dileme da bi trebalo da bude sankcionisano. Sa druge strane, ako se takav način razmišljanja dosledno primeni, dominantno preduzeće bi stalno bilo pod pretnjom sankcija za zloupotrebu dominantnog položaja, jer svaka cena koju naplaćuje jeste cena koju ono samo diktira, a ne cena koju tržište određuje. Ilustrativna je u vezi sa tim konstatacija uvaženog američkog sudije Henda u slučaju Alkoa: "Monopolista ne može da izbegne da se ponaša kao monopolista. Čim stupi na tržište, jedina cena koju može da naplati je monopolska cena." Jasno je da se pravno-politički ne može opravdati sankcionisanje svake cene koju ugovori ili naplati dominantno preduzeće, jer bi se tada došlo u situaciju da se, suštinski, sankcioniše samo posedovanje dominantne pozicije, što, kako je napred pokazano, u pravu Evropske unije nije protivpravno. Osim toga, dominantna pozicija može biti rezultat pobeđe u konkurentskoj borbi izvojevanoj legalnim metodama konkurencije ili rezultat zakonom propisanih izuzetaka od pravila o neograničenoj slobodnoj konkurenciji, kao što su, na primer, zakonski monopoli titulara prava intelektualne svojine. U takvim slučajevima, sankcionisati dominantno preduzeće zbog toga što naplaćuje monopolske cene, značilo bi kazniti ga zbog pobeđe u konkurentskoj borbi.⁵⁸⁴

Članom 102 tačkom a) UFEU-a propisano je, stoga, da zloupotreba postoji samo kada dominantno preduzeće naplaćuje *nepravične* cene. Pojam nepravične cene je pravni standard, čija se sadržina određuje u skladu sa okolnostima slučaja, pri čemu njegova primena podrazumeva donošenje vrednosnog suda od strane organa koji utvrđuje zloupotrebu. Jedino se na taj način može odrediti šta je pravična, a šta nepravična cena.

Napred je već ukazano na problem koji u praksi izaziva analiza cena i profita preduzeća. Navedeni problemi stvaraju poteškoće i prilikom utvrđivanja da li je cena koju naplaćuje dominantno preduzeće pravična ili nije. Podsećamo, ukratko, da se problem sastoji u nemogućnosti egzaktnog određivanja troškova kojima je izloženo dominantno preduzeće u proizvodnji ili distribuciji određenog proizvoda i u nemogućnosti određivanja parametra cene koja bi preovladavala u uslovima efektivne konkurencije.

⁵⁸⁴ Pomenuti sudija Hend imao je šta da kaže i tim povodom: "Uspešan takmičar ne može biti kažnjen onda kada pobeđi."

Iz svih navedenih razloga, evropski organi su samo sporadično sankcionisali ovaj vid zloupotrebe. Standarde za utvrđivanje nepravilne cene propisao je Sud pravde u slučaju *Junajted Brends*. Sud je ukazao da je cena prekomerna ako nije u razumnoj srazmeri sa ekonomskom vrednošću proizvoda, te da u takvom slučaju postoji zloupotreba dominantnog položaja. U procesu utvrđivanja bi primarno trebalo poći putem određivanja troškova proizvodnje i/ili distribucije i njihovim poređenjem sa cenom koju dominantno preduzeće naplaćuje. Razlika između cene i troškova ukazuje na profitnu marginu, a onda je na Komisiji da oceni da li je cena previsoka, bilo sama po sebi, bilo poređenjem sa cenama konkurentskih proizvoda. Ako taj postupak nije moguće sprovesti, zbog poteškoća u utvrđivanju troškova sa kojima se dominantno preduzeće suočava, moguće je pribеći drugim ekonomskim metodama, za koje Sud konstatuje da postoje, ali ne navodi koje druge metode ima u vidu. Komisija je u konkretnom slučaju izvršila poređenje između cene banana marke Čikita i banana drugih proizvođača i utvrdila da je razlika u ceni 7%. Sud je konstatovao da taj procenat ne ukazuje na prekomernu cenu. Komisija je takođe napravila poređenje između cene koje su naplaćivane distributerima u Irskoj, gde je cena bila najniža, i cene u ostalim državama – članicama. Ustanovila je da je razlika u pojedinim slučajevima iznosila i do 100% u korist kompanije *Junajted Brends*. Međutim, kompanija je u svoju odbranu istakla da poslednjih pet godina uopšte nije ostvarivala nikakvu zaradu. Iako Sud nije bio sklon da poveruje tim argumentima, smatrao je da je Komisija morala da učini napor da utvrdi troškove proizvodnje i dopremanja banana do evropskih luka, kako bi se tačno ustanovilo kolika je profitna margina kompanije. Sud je našao da analiza troškova jeste obiman i složen posao, ali nije nesavladiv.⁵⁸⁵

Iz navedenog proizlazi da je nepravilna cena ona koja je nesrazmerna troškovima proizvodnje ili nesrazmerna ceni konkurentskih proizvoda. Pojam nepravilne cene počiva na objektivnim i subjektivnim elementima. Objektivni elementi su visina troškova proizvodnje i distribucije, cene konkurentskih proizvoda, razlika u ceni koju naplaćuje dominantno preduzeće i njegovih troškova (profitna margina), tj. razlika u odnosu na cenu koju naplaćuju konkurenti, kao i činioci koji eventualno opravdavaju tu razliku. Subjektivni element sastoji se u oceni Komisije da li je razlika, koja nije opravdana objektivnim činiocima, prekomerna.

Pošto u velikom broju slučajeva nije moguće utvrditi proizvodne troškove, Sud se oslanja na drugi pomenuti metod – poređenje cene dominantnog preduzeća sa cenom konkurentskih proizvoda. Pojam 'konkurentski proizvod' u ovom kontekstu ne treba shvatiti tako da uključuje samo proizvode koji pripadaju istom relevantnom tržištu. Kao prvo, to u slučajevima apsolutnog monopola objektivno ne bi bilo ni moguće, kao što je konstatovala Komisija u slučaju *Dojče Post*.⁵⁸⁶ Drugo, i u situaciji kada postoje konkurentski proizvodi u okviru istog relevantnog tržišta, poređenje sa njihovim cenama ne bi bilo ispravno, jer je vrlo moguće da dominantno preduzeće diktira cene na tom tržištu, koje ostali konkurenti slede, koristeći se cenom dominantnog preduzeća kao kišobranom.

⁵⁸⁵ Par. 250-264 odluke u slučaju *Junajted Brends*.

⁵⁸⁶ *Deutsche Post – Interception of cross-border mail*, COMP/C-1/36.915, Službeni list EU L 331, 2001.

Slučaj Junajted Brends upravo odslikava takvu situaciju. Cena banana konkurentskih proizvođača bila je nešto niža, jer je američka kompanija brendiranjem svojih banana (marka Čikita) uspjela da kod kupaca izazove potrebu da kupuju premirani proizvod. Razlika u ceni ipak nije bila velika, što pokazuje da su i konkurentski proizvođači verovatno uzeli svoj deo kolača. Zbog toga se u praksi vrši poređenje cena dominantnog preduzeća sa cenama proizvoda koji se prodaju na drugim, uporedivim tržištima.⁵⁸⁷ Mogu se porediti cene proizvoda istog proizvođača na različitim geografskim tržištima, kao što je to učinila Komisija u slučaju Junajted Brends, ili cene proizvoda različitih proizvođača. U ovom drugom slučaju može se naići na niz problema izazvanih različitim strukturalnim karakteristikama proizvođača i tržišta između kojih se vrši poređenje.

Organi EU-a su uglavnom pribegavali poređenju cena konkurentskih proizvoda na drugim uporedivim tržištima. U slučaju Bodson, koji je imao za predmet monopolske cene pogrebnih usluga u pojedinim francuskim komunama, Sud pravde je dao uputstvo francuskom sudu da je moguće izvršiti poređenje između cena u komunama u kojima su koncesiona preduzeća imala monopol na navedene usluge sa cenama tih usluga u komunama u kojima je tržište bilo otvoreno za konkurenciju. U slučaju Dojče Gramofon,⁵⁸⁸ ukazao je da razlika u ceni proizvoda istog proizvođača na različitim nacionalnim tržištima ne mora predstavljati zloupotrebu, ali da je potrebno utvrditi postojanje objektivnih razloga koji opravdavaju razliku u ceni.

Komisija je sistematizovala svoju praksu i praksu Suda pravde u ovoj oblasti, kada je rešavala slučaj tarifa za korišćenje lučkih usluga u švedskoj luci Helsingborgu.⁵⁸⁹ Ona je detaljno objasnila metodološki postupak koji je zacrtao Sud pravde u slučaju Junajted Brends. Potrebno je najpre utvrditi profitnu marginu za odnosni proizvod. Ako se pokaže da je cena prekomerna, sprovodi se druga faza postupka koja ima za cilj da utvrdi da li je cena nepravična. Prema shvatanju Komisije, prekomerna (eng. *excessive*) cena ne mora biti i nepravična (eng. *unfair*), te dokazi o velikoj razlici između troškova i cene koja se naplaćuje u konkretnom slučaju nisu dovoljni da se ustanovi zloupotreba dominantnog položaja. Nepravičnost cene utvrđuje se njenim poređenjem sa cenama dominantnog preduzeća koje naplaćuje za isti proizvod na drugim tržištima ili poređenjem cena koje naplaćuju druga preduzeća za sličan proizvod na drugim tržištima. Komisija konstatuje da Sud pravde u svojim odlukama nije dao dovoljno elemenata u pogledu načina na koji se vrši poređenje cena dominantnog preduzeća i cena na uporedivim tržištima.⁵⁹⁰ U konkretnom slučaju, Komisija nije utvrdila postojanje zloupotrebe dominantnog položaja, jer raspoloživi podaci nisu bili dovoljni da se izvede analiza na koju je obavezao Sud pravde.

Imajući u vidu konceptualne i praktične probleme u utvrđivanju zloupotrebe dominantnog položaja u vidu naplate nepravične cene, nije iznenađujuće da Komisija nastoji da ukaže, gde je to moguće, da su eksploativne zloupotrebe često posledica eliminatornog ponašanja, a ne šteta za konkurenciju sama po sebi. Stoga, ona ističe da će

⁵⁸⁷ Emmerich, *Kartellrecht, op.cit.*, s. 150.

⁵⁸⁸ *Deutsche Gramofon v. Metro*, slučaj 78/70, 1971. ECR 487.

⁵⁸⁹ *Scandlines Sverige v. Port of Helsingborg*, COMP/36.568.

⁵⁹⁰ Par. 145-233.

se u slučajevima koji uključuju eksploativne zloupotrebe radije fokusirati na njihove moguće uzroke, odnosno eliminatorne zloupotrebe. Naravno, to ne isključuje mogućnost da Komisija samostalno sankcioniše ponašanje koje predstavlja eksploativnu zloupotrebu.⁵⁹¹

13.2. Drugi nepravični uslovi poslovanja

Odredbom člana 102 tačkom a) zabranjuje se dominantnom preduzeću da nameće i druge nepravične uslove poslovanja. U pogledu praktične primene tog pravila javljaju se se slični problemi, kao kada je reč o naplati nepravične cene. Šta više, čini se da je problem veći, utoliko što se uslovi poslovanja najčešće ne mogu upoređivati na osnovu kvantitativnih parametara, kao što je to slučaj sa cenama i profitima. Objektivizacija primene ovog pravila vrši se sagledavanjem ugovorenih uslova sa aspekta ciljeva konkretnog ugovora i opštih ciljeva i načela na kojima počiva Evropska unija i njeno jedinstveno tržište, a naročito načela proporcionalnosti i zabrane diskriminacije.⁵⁹²

Nepravični uslovi poslovanja su bili predmet razmatranja Komisije i Suda pravde u slučajevima koji su se odnosili na organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskih prava. U slučaju BRT-II,⁵⁹³ koji je dospelo pred Sud pravde na osnovu zahteva belgijskog suda za preliminarno mišljenje, postavilo se pitanje zakonitosti statuta i opštih uslova ugovora belgijske organizacije za kolektivnu zaštitu autorskih prava. Belgijska organizacija zahtevala je od svojih članova da prihvate ugovornu obavezu kojom sva svoja sadašnja i buduća autorska prava ustupaju ovoj organizaciji i da ona ima pravo da nastavi da ih koristi i pet godina nakon što autor istupi iz članstva organizacije. Sud pravde je ukazao na princip srazmernosti, koji treba da dođe da izražaja i u ovom slučaju. Neophodno je napraviti balans između interesa autora da sačuvaju slobodu da raspolažu svojim autorskim pravima u što većoj mogućoj meri i interesa organizacije da efikasno vrši upravljanje tim pravima.⁵⁹⁴ Organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava ostvaruje prava autora pred velikim izdavačkim i emiterskim kućama. Neophodno je da na nju budu preneti autorska prava u obimu koji je potreban za obavljanje tih njenih aktivnosti. Svako raspolaganje autorskim pravima koje prelazi potrebnu meru može predstavljati zloupotrebu, posebno ako se u ugovoru ne pravi razlika između pojedinih vidova korišćenja i izvođenja umetničkih dela i ako se ustupanje prava odnosi i na period nakon prestanka članstva autora.

U slučaju ugovora o davanju u zakup telefonske opreme,⁵⁹⁵ stanovište Suda je bilo da je u skladu sa ciljevima ugovora obaveza zakupca da za instalaciju, opravku, servis i modifikacije opreme angažuje isključivo vlasnika opreme kao zakupodavca. Međutim, našao je da su nepravične odredbe o pravu vlasnika opreme da samostalno određuje cene održavanja i o prećutnom produženju ugovora na petnaest godina, nakon isteka osnovnog ugovornog perioda.

⁵⁹¹ OECD, *Competition on the Merits*, *op.cit.*, s. 222.

⁵⁹² Emmerich, *op.cit.*, s. 151.

⁵⁹³ *Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM and NV Fonior*, slučaj 127/73, 1974. ECR 313.

⁵⁹⁴ Par. 9-11.

⁵⁹⁵ *Alsattel SA v. Novasam*, slučaj 247/86, 1988. ECR 5987.

14. Ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača

Drugi vid eksploativne zloupotrebe sastoji se u ograničavanju proizvodnje, tržišta i tehničkog razvoja na štetu potrošača, koja je zabranjena članom 102 tačkom b) UFEU-a. Dominantno preduzeće ograničavanjem ponude utiče da cena njegovog proizvoda na tržištu raste. U praksi se najčešće dešava obrnuto – povećanjem cene dominantno preduzeće izaziva opadanje tražnje. Zbog toga su dva navedena vida eksploativne zloupotrebe dve strane jedne iste medalje. Autori člana 102 imali su na umu i dinamički aspekt konkurencije, propisujući da se zloupotreba može sastojati i u ograničavanju tehničkog razvoja, do čega dolazi zbog toga što dominantno preduzeće nije stimulirano da nudi tržištu nove proizvode ili usavršava i razvija postojeće.

Slično kao i u prethodnom primeru, problem u primeni ovog pravila ogleda se u nemogućnosti utvrđivanja obima ograničenja ponude ili tražnje u odnosu na stanje ponude i tražnje na tržištu efektivne konkurencije. Organima nadležnim za zaštitu konkurencije nedostaju merila na osnovu kojih je moguće utvrditi postojanje ovog vida zloupotrebe. Načelno, zloupotreba će postojati ako značajan deo tražnje na tržištu ostaje nezadovoljen.⁵⁹⁶ U evropskoj praksi, malo je slučajeva koji su imali za predmet ograničavanje ponude. Nije iznenađujuće da su preduzeća za koja je utvrđeno da su zloupotrebila dominantan položaj na ovaj način raspolagala zakonskim monopolom ili im je bilo povereno vršenje javnih ovlašćenja. Državna ograničenja konkurencije i mešanje privatne i javne sfere često ima za posledicu sprečavanje razvoja tržišta i konkurencije.

Slučaj Britiš Lejland⁵⁹⁷ pokazuje da preduzeće može vršiti poverena javna ovlašćenja tako da sprečava razvoj konkurencije. Propisima u oblasti saobraćaja u Velikoj Britaniji predviđena je obaveza proizvođača automobila da od nadležnog ministarstva pribavi atest za određeni tip vozila. Prilikom komercijalnog uvoza vozila proizvođač izdaje sertifikat o usklađenosti, na bazi važećeg atesta. Britiš Lejland je jedan broj svojih vozila, prilagođenih za vožnju desnom stranom, izvezio na evropski kontinent, gde su prodavana po nižoj ceni od cene po kojoj su ista vozila prodavana na britanskom tržištu. To su iskoristili nezavisni distributeri, koji su ponovo uvezli ista vozila na britansko ostrvo, adaptirali ih za vožnju levom stranom kolovoza i zatim prodavali. Distributeri u sistemu Britiš Lejlanda su se požalili proizvođaču na nelojalnu konkurenciju nezavisnih distributera. Da bi sprečio opisanu pojavu Britiš Lejland je propustio da obnovi važenje atesta za taj tip vozila, a za vozila za koja atest još uvek nije istekao, odbijao je da izda sertifikat o usklađenosti. Komisija je našla da takav postupak predstavlja očiglednu zloupotrebu dominantnog položaja ograničavanjem ponude. Britiš Lejland nije mogao da ponudi nikakav valjan argument u odbranu svoje prakse.

Slučaj Makrotron⁵⁹⁸ odnosio se na ponašanje nemačkog zavoda za zapošljavanje. U Nemačkoj, funkcija posredovanja u zapošljavanju poverena je posebnoj državnoj

⁵⁹⁶ Fall, Nikpay, 1999., *op.cit.*, s. 194.

⁵⁹⁷ *British Leyland PLC v. Commission*, slučaj 226/84, 1986. ECR 3263.

⁵⁹⁸ *Höfner and Elserv. Macrotron, op.cit.*

organizaciji, Saveznom zavodu za rad (nem. *Bundesanstalt für Arbeit*). Zavod može svoja ovlašćenja preneti na privatna lica, koja pružaju usluge posredovanja u zapošljavanju, ali pod nadzorom Zavoda. Uprkos zakonskom monopolu, na nemačkom tržištu radne snage pojavili su se konsultanti koji su preduzećima pomagali u pronalaženju kadrova za čelne pozicije, bez ovlašćenja Zavoda. Zavod je uglavnom tolerisao tu praksu, jer se radilo o specifičnoj vrsti usluge koju sam nije mogao da uspešno vrši. Problem je nastao kada su dvojica konsultanata tužili preduzeće Makrotron zbog neplaćene provizije za usluge posredovanja. Konsultanti su pronašli, po njihovom mišljenju, idealnog kandidata za rukovodeću poziciju u Makrotronu, ali je ova kompanija odbila da ga angažuje i da njima plati proviziju. Makrotron se pred nemačkim sudom pozvao na ništavost ugovora o posredovanju, jer dvojica konsultanata nisu imala ovlašćenje Zavoda za rad da obavljaju tu aktivnost. Nemački sud se obratio sa zahtevom za preliminarno mišljenje Sudu pravde, tražeći odgovor na pitanje da li zakonski monopol Saveznog zavoda za zapošljavanje predstavlja povredu pravila konkurencije u smislu članova 90 i 86 Ugovora o osnivanju (sadašnji 106 i 102)? Tužioci su tvrdili da zakonski monopol na uslugama posredovanja u angažovanju lica za menadžerske pozicije nije opravdan razlozima javnog interesa, te da je stoga suprotan članu 90 stav 1 (sadašnji 106 stav 1), koji zabranjuje državama – članicama da uvede i održavaju na snazi mere suprotne pravilima konkurencije iz Ugovora o osnivanju.

Sud pravde je potvrdio da je organ javne vlasti kome je povereno obavljanje usluge od opšteg ekonomskog interesa dužan da se pridržava pravila konkurencije propisanih članovima 85 i 86 (sadašnji 101 i 102) Ugovora. Usluga posredovanja u zapošljavanju jeste usluga ekonomskog karaktera. Međutim, Sud je negirao da zakonski monopol Zavoda za rad sam po sebi predstavlja povredu odredbe o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja, jer takav slučaj postoji samo ako preduzeće sa zakonskim monopolom u vršenju svoje delatnosti ne može da izbegne da zloupotrebi svoj položaj. U konkretnom slučaju, Sud pravde je našao da postoji povreda člana 86 tačke b) (sadašnji član 102 tačka b)), jer je poveravanjem zakonskog monopola za usluge posredovanja u zapošljavanju stvorena situacija da Zavod očigledno ne može da zadovolji potrebe tržišta za uslugom posredovanja u angažovanju rukovodećih kadrova, a pružanje te usluge od strane privatnih lica je onemogućeno postojanjem zakonskog monopola. Postojanje nelegalnog tržišta usluga posredovanja u angažovanju rukovodećih kadrova za Sud je bio jasan signal da na tržištu postoji tražnja za tom vrstom usluga, koji Zavod nije ni pokušao da zadovolji, već je tolerisao crno tržište.

Ograničavanje tehničkog razvoja kao vid eksploativne zloupotrebe razmatrano je u slučaju Luke Đenova.⁵⁹⁹ Sud u Đenovi obratio se Sudu pravde sa zahtevom za preliminarno mišljenje u vezi sa sporom o naknadi ugovorne štete između italijanskih društava Gabrijele i Merci Konvencionali Porto di Đenova. Prema italijanskim lučkim propisima, poslove utovara, pretovara i istovara robe u luci mogu obavljati samo ovlašćena privatna lica. Iz tog razloga Gabrijele je angažovao ovlašćeno društvo za istovar čelika sa broda u luci Đenova, iako je posada sa broda mogla i sama da istovari robu. Zbog štrajka radnika, istovar je

⁵⁹⁹ *Port of Genoa v. Gabrielli*, slučaj 179/90, 1991. ECRI-5889.

kasnio. Gabrijeli je tužio đenovsko društvo za naknadu štete prouzrokovanu kašnjenjem u istovaru i zbog neprimerene visine naknade za uslugu koja mu nije bila neophodna. Italijanski sud postavio je pitanje da li je monopol italijanske luke u pružanju usluga istovara u skladu sa pravilima konkurencije Ugovora o osnivanju. Odgovor Suda pravde je generalno na liniji stava koji je prethodno izražen u slučaju Makrotron. Zakonski monopol sam po sebi ne predstavlja povredu pravila konkurencije iz Ugovora o osnivanju, ali država – članica čini povredu člana 90 stav 1 (sadašnji 106 stav 1), ako preduzeće kome je poveren zakonski monopol ne može da izbegne zloupotrebu dominantnog položaja. Preduzeće kome je poveren monopol na obavljanje lučkih usluga ima dominantan položaj i na njega se primenjuje član 85 (sadašnji 101). Sud je našao da je preduzeće Merci ograničavalo tehnički razvoj, jer nije upotrebljavalo modernu tehnologiju za utovar i istovar robe, što je prouzrokovalo kašnjenja i povećavalo troškove korisnika njegovih usluga. Pored toga, ustanovljeno je da je Merci naplaćivao cenu za usluge koje nisu tražene i da je pojedinim korisnicima odobravao popuste, a svoje gubitke bi nadoknađivao tako što je drugim korisnicima povećavao cenu usluga. Preduzeće je povredilo zabranu zloupotrebe dominantnog položaja po tri osnova: naplatom nepravične cene, ograničavanjem tehničkog razvoja i diskriminacijom kupaca (član 102 tačka a, b i c UFEU-a).

U slučaju *Pi end Aj Klabs*⁶⁰⁰ Komisija je razmatrala mogućnost produženja pojedinačnog izuzeća sporazuma o Međunarodnoj grupi za uzajamno osiguranje od šteta pričinjenih tovaru i trećim licima (eng. *International Group of Protection and Indemnity Clubs – IG P&I Clubs*). U međuvremenu je Komisija primila pritužbe grčkih brodovlasnika na ponašanje Grupe, tako da je čitav slučaj posmatrala i sa aspekta člana 102. Komisija je našla da Međunarodna grupa ima kolektivnu dominantnu poziciju, sa oko 90% udela na svetskom tržištu osiguranja od navedenih vrsta šteta. Ustanovljeno je da je Međunarodna grupa ugovarala samo jednu vrstu osiguranja. Komisija je iznela stav da nije na njoj da odlučuje koji nivo osiguranog pokrića bi trebalo da bude obezbeđen, ali da može da interveniše ako postoje jasni i nedvosmisleni dokazi da značajan deo tražnje za uslugom, koja je očigledno potrebna, nije zadovoljen, jer takvo ponašanje predstavlja povredu člana 102, po osnovu ograničavanja ponude proizvoda.⁶⁰¹ U toku postupka pred Komisijom Međunarodna grupa je izmenila svoja pravila, tako da je omogućila članicama da ugovaraju različite nivoe osiguranog pokrića.

⁶⁰⁰ *P&I Clubs*, sjedinjeni slučajevi IV/D-1/30.373 i IV/D-1/37.143, Službeni list EU L 125, 1999.

⁶⁰¹ Par. 128 odluke Komisije.

15. Diskriminacija konkurenata

Diskriminacija konkurenata predstavlja jedan vid eliminatorne zloupotrebe dominantnog položaja. Zabrana diskriminacije propisana je članom 102 tačkom c) UFEU-a, kojim je diskriminacija određena kao primena različitih uslova na jednake transakcije sa poslovnim partnerima, čime se dovode u lošiji položaj u konkurenciji. Sa stanovišta forme, veliki broj tržišnih ponašanja može se podvesti pod pojam diskriminacije, kako je formulisano članom 102 tačkom c). Svako različito postupanje dominantnog preduzeća prema svojim saugovaračima, bilo da je reč o ugovaranju različitih cena, bilo da je reč o drugim ugovornim uslovima, može da predstavlja diskriminaciju. Uslov je da se radi o istim transakcijama. Pitanje identiteta transakcije je faktičko i ostavlja prostor za iznošenje argumentacije dominantnog preduzeća zašto je različito postupanje u konkretnom slučaju opravdano. Polje primene člana 102 tačke c) ograničeno je sa aspekta efekta na saugovarače dominantnog preduzeća u međusobnoj konkurenciji. Primena različitih uslova u transakcijama sa krajnjim potrošačima nije obuhvaćena zabranom diskriminacije iz člana 102 tačke c), već se ona odnosi samo na transakcije sa preduzećima koja učestvuju u tržišnoj utakmici, bilo kao dobavljači, bilo kao kupci dominantnog preduzeća. Primarni zaštitni objekat člana 102 tačka c) je konkurencija na tržištu na kome posluju saugovarači dominantnog preduzeća – tzv. sekundarna konkurencija (eng. *secondary line competition*). Diskriminatornim ponašanjem dominantno preduzeće može da očuva ili ojača svoj položaj u konkurenciji (eng. *primary line competition*). U takvom slučaju, diskriminatorno ponašanje se može podvesti pod tačku b) člana 102 – ograničavanje tržišta na štetu potrošača.⁶⁰²

15.1. Cenovna diskriminacija

Cenovna diskriminacija postoji kada preduzeće naplaćuje različite cene kupcima za isti proizvod (ili kupuje po različitim cenama isti proizvod, ako se nalazi na strani kupca). Cenovna diskriminacija je svakodnevna pojava na tržištu. Tu praksu primenjuju prodavci voća i povrća na pijaci, advokati kada zanemare advokatsku tarifu i naplate cenu za uslugu odbrane kriminalcu srazmerno visini zaprećene kazne, banka koja odobri kredit po nižoj kamatnoj stopi klijentu koji duže vreme deponuje kod nje velike sume novca, preduzeće koje izvozi robu u zemlje sa različitim uslovima uvoza i stanjem tražnje za odgovarajućom vrstom robe itd. Čak je i laiku na prvi pogled jasno da diskriminatoran odnos prema kupcima ili prodavcima robe i usluga može imati svoje ekonomsko, socijalno ili drugo opravdanje. Prodavac koji prodaje po nižoj ceni kupcu spremnom da kupi veću, ili svu raspoloživu količinu robe odjednom, to čini uglavnom zato što štedi na troškovima prevoza, pakovanja i na vremenu koje mu je potrebno da ugovori jednu veliku prodaju, u poređenju sa više manjih prodaja različitim kupcima. Kupac koji plaća avansno dobiće nižu cenu u poređenju sa onim koji plaća na odloženo, jer prodavac ima finansijsku korist od novca kojim odmah može da raspoláže. Pozorište koje prodaje karte po nižoj ceni

⁶⁰² J. Temple Lang, R. O'Donoghue, *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC?*, Fordham International Law Journal, 2002. s. 83-162, na s. 90-91.

studentima i penzionerima doprinosi kulturnom uzdizanju socijalno ugroženih kategorija gledalaca pozorišnih predstava.

Ekonomska teorija identifikovala je tri kategorije cenovne diskriminacije. U prvu kategoriju ubrajaju se slučajevi individualne diskriminacije, kada se svakom kupcu pojedinačno naplaćuje različita cena. Primeri za tu kategoriju diskriminacije su cenjkanje prodavaca i kupaca na pijaci i plaćanje advokatskih i privatnih medicinskih usluga. Druga kategorija diskriminacije obuhvata slučajeve kada prodavac kupce razvrstava u dve ili više kategorija, saglasno njihovoj spremnosti da plate višu ili nižu cenu za određeni proizvod. Cena po kojoj je određena kategorija kupaca spremna da plati naziva se rezervisana cena. Diskriminacija prema kategorijama kupaca ispoljava se u brojnim i raznovrsnim vidovima. Tu se ubraja predatorska praksa, jedan način eliminacije konkurenata, o kojoj će biti reči nešto niže. Dampinške cene u izvozu robe i usluga, koje se primenjuju da bi se omogućio prodor na strana tržišta i zaštitila monopolska cena na domaćem tržištu, takođe su jedan vid sistematske diskriminacije. Pravilima Svetske trgovinske organizacije damping je zabranjen. Prodavac može kupce razdvojiti u grupe prema geografskim regijama u kojim se nalaze i naplaćivati im različite cene, saglasno stepenu ekonomske razvijenosti, stanju ponude i tražnje i drugim tržišnim uslovima pojedinih regiona. Evropska unija zabranjuje ovakav vid diskriminacije, jer se suprotstavlja cilju integracije tržišta. Prodavac može sniziti cenu proizvoda u odnosu na kupce koji ga prvi put kupuju, kao vid prodajne promocije. Isto tako, popusti se mogu odobriti postojećim kupcima, kao nagrada za njihovu lojalnost (npr. odobravanje popusta kupcima koji se redovno ili isključivo snabdevaju kod određenog trgovca). Prodavac može kupce razvrstati u grupe prema polu, godištu ili zanimanju, ukoliko to ima uticaja na visinu rezervisane cene te kategorije kupaca. Tako, frizer može naplaćivati niže cene frizerskih usluga deci i penzionerima. Pozorišta redovno daju popuste na prodaju karata školama i sindikalnim organizacijama. Avio-kompanije prodaju po skupljoj ceni avio-karte poslovnim ljudima kojima je bitno da svoje putovanje otpočnu i završe tokom radne nedelje. Povratne karte koje obuhvataju period vikenda prodaju se jeftinije putnicima koji putuju iz ličnih i porodičnih razloga. Najzad, treća kategorija obuhvata slučajeve diskriminacije koji se vrše po osnovu specifičnih karakteristika proizvoda ili načina njegove distribucije i prodaje. Tu spadaju slučajevi naplate više cene brendiranog ili premijumskog proizvoda, gde razlika u ceni nije potpuno opravdana razlikom u kvalitetu proizvoda, kao što je prodaja proizvoda u luksuznom pakovanju ili u luksuzno opremljenim prodavnicama ili proizvoda koji je označen robnom markom. Ovom kategorijom diskriminacije obuhvaćeni su i slučajevi formiranja različite cene usluga koje se koriste u različito doba godine ili dana, kao što je viša cena gradskog prevoza taksijem u vreme špiceva koja se praktikuje u pojedinim gradovima, kako bi se tražnja putnika kojima vreme korišćenja taksi usluge nije toliko važno preusmerila u druge, manje opterećene periode. U ovu kategoriju spada i praksa odobravanja popusta koji se daju na kraju sezone ili u određenim delovima prodajnog objekta, u odnosu na robu čiji je izbor sužen, kako bi se prodavac oslobodio zaliha. Konačno, u treću kategoriju mogu se ubrojati i primeri prodaje različitih vrste robe ili usluga u paketima, tako da paket košta manje nego kada se ti proizvodi prodaju odvojeno. Na taj način podstiče se prodaja proizvoda koji nisu toliko

traženi, jer se redovno prodaju u paketu sa proizvodom u pogledu koga postoji relativno niska elastičnost tražnje.⁶⁰³

Prva kategorija diskriminacije je nesistematska, dok su druge dve kategorije oblici sistematske diskriminacije. Sistematsku diskriminaciju može sprovoditi samo preduzeće koje raspolaže izvesnim stepenom tržišne snage, odnosno koje je u mogućnosti da pojedinim kategorijama kupaca naplati višu cenu za isti proizvod.

Uslov za sprovođenje diskriminacije je nemogućnost arbitraže – nemogućnost kupaca koji kupuju proizvod po nižoj ceni da ga preprodaju grupama kupca sa višom rezervisanom cenom. Nemogućnost arbitraže može biti posledica objektivnih tržišnih prilika ili radnji dominantnog preduzeća. Na primer, ako je prodavac na domaćem tržištu zaštićen zakonskim monopolom u prodaji određenog proizvoda ili zabranom uvoza, kupci koji njegov proizvod kupuju u izvozu po dampinškoj ceni, neće moći da ga preprodaju kupcima na domaćem tržištu. Dominantno preduzeće može i samo stvoriti prepreke ponovnom uvozu robe, tako što će sa kupcima na izvoznim tržištima ugovoriti ekskluzivnost prodaje na određenom tržištu i zabranu izvoza na druga tržišta ili primenjujući druge, manje ili više rafinirane taktike. U prethodno opisanom slučaju Britiš Lejlands, imenovana kompanija je sprečavala ponovni uvoz vozila svoje proizvodnje na britansko tržište, tako što je odbijala da izda certifikate o usklađenosti vozila nezavisnim distributerima.

U ekonomskoj teoriji ukazuje se da posledice diskriminatornog postupanja dominantnog preduzeća na stanje konkurencije i blagostanje potrošača mogu biti različite, pozitivne i negativne. Cenovna diskriminacija može doprineti povećanju ponude,⁶⁰⁴ posebno kada je monopol uslovljen velikim fiksnim troškovima. U delatnostima koje zahtevaju velika početna ulaganja, preduzeća vrlo često naplaćuju visoku cenu za svoj proizvod, sa visokom profitnom marginom, kako bi mogla da povrate ulaganje u što kraćem roku. Diskriminacija cenama omogućuje im da snize cenu kategoriji kupaca koji nisu platežno sposobni i tako povećaju ukupan obim ponude.⁶⁰⁵ Nije moguće izneti generalizovan zaključak u pogledu toga kakav će rezultat imati diskriminacija cena na blagostanje potrošača. Nesistematska, prva kategorija diskriminacije cenama uvek se vrši u cilju povećanja profita prodavca, ali nema za posledicu smanjenje obima ponude, pa se zbog toga ne smatra štetnom ekonomskom pojavom. Sistematska konkurencija cenama može biti poželjna ekonomska pojava, pod uslovom da omogućuje povećanje obima ponude i sniženje cene proizvoda barem za pojedine kategorije kupaca.⁶⁰⁶ Sistematska diskriminacija, koja se sprovodi kao deo poslovne politike dominantnog preduzeća, može doprineti slabljenju konkurencije, putem eliminacije konkurenata na tržištu na kome posluje dominantno preduzeće, jer mu

⁶⁰³ Scherer, Ross, *op.cit.*, s. 491-494.

⁶⁰⁴ Što je konstatovala još Džejn Robinson. Sistematska diskriminacija doprinosi povećanju ponude i ako pomoću nje dominantno preduzeće proširuje svoju prodaju na nova geografska tržišta, ili u odnosu na drugi segment kupaca na istom tržištu. R. Schmalensee, *Output and Welfare Implications of Third Degree Price Discrimination*, *American Economic Review*, br. 1/1981, s. 242-247.

⁶⁰⁵ D. Ridyard, *Exclusionary Pricing and Pricing Discrimination Abuses under Article 82 - An Economic Analysis*, *European Competition Law Review*, 2002, s. 286-303.

⁶⁰⁶ O'Donoghue, Padilla, *op.cit.*, s. 561-562.

omogućuje da naknadno poveća cene i svoj profit.⁶⁰⁷ Sistematska konkurencija može doprineti slabljenju sekundarne konkurencije. Ako dominantno preduzeće snižava cene ispod nivoa prosečnih marginalnih troškova, posledica će biti eliminacija konkurenata koji ne mogu da podnesu sniženje cena, jer ne mogu da pokriju prosečne troškove.⁶⁰⁸ Sistematska diskriminacija cenama može biti problematično ponašanje i ako kupci dominantnog preduzeća nemaju alternativne izvore snabdevanja (i obrnuto, ako kao prodavci dominantnog kupca nemaju alternativne kanale distribucije), a dominantno preduzeće je prisutno i na ushodnim i nishodnim tržištima.⁶⁰⁹ Ishod prakse za dobrobit potrošača će zavisiti od njihove mogućnosti izbora. Ako su potrošači prinuđeni da kupuju od prodavca kome dominantno preduzeće naplaćuje visoku cenu za neophodnu sirovinu ili drugi input, oni će svakako trpeti štetu.⁶¹⁰ Sve navedeno upućuje na neophodnost analize efekata diskriminatornog ponašanja u konkretnom slučaju.

15.1.1. Predatorska praksa

Predatorska praksa je oblik diskriminacije koji ima za cilj ili za posledicu eliminaciju konkurenta dominantnog preduzeća. Najčešće se ispoljava kao cenovna diskriminacija, mada je moguće da dominantno preduzeće pribegava i drugim, necenovnim taktikama, kako bi eliminisalo svoje konkurente.⁶¹¹ Suština predatorstva sastoji se u tome da dominantno preduzeće snižava cenu svog proizvoda ispod nivoa koji njegovi konkurenti mogu da podnesu, ili pribegava drugim taktikama kako bi im uvećao troškove poslovanja. Nakon što konkurenti napuste tržište, predator može da uveća cenu i ostvari monopolski profit. Ključni problem kod sankcionisanja predatorske prakse ogleda se u činjenici da je cenovna konkurencija osnovni vid konkurentске borbe. Preduzeće koje je produktivnije u stanju je da ponudi niže cene na tržištu. To preduzeće pobeđuje u konkurentskoj borbi, a ostali, manje produktivni, moraju da napuste tržišnu utakmicu. Potrošači od toga imaju samo koristi, jer plaćaju niže cene. Postavlja se pitanje, stoga, po kom kriterijumu razlikovati normalnu konkurenciju cenama od predatorske prakse? Kako utvrditi da li je snižavanje cena rezultat veće produktivnosti ili nekog drugog legitimnog poslovnog razloga, ili se sprovodi u okviru strategije eliminacije konkurenata? Šta ako je konkretna praksa odraz i jednog i drugog (opravdano se može pretpostaviti da je u velikom broju slučajeva upravo tako)?

Pitanje da li i pod kojim uslovima predatorska praksa može predstavljati povredu prava konkurencije po prvi put je iskrslilo pred američkim sudovima u slučaju naftne kompanije u vlasništvu američkog tajkuna Rokfelera, Standard Oil.⁶¹² Rokfeler je na prelazu iz 20. u 21. vek vodio vrlo agresivnu bitku za osvajanje američkog tržišta naftnih proizvoda, koja je uključivala sticanje kontrole nad rivalskim kompanijama, obezbeđenje diskriminatornih tarifa železničkog prevoza, uskraćivanje izvora snabdevanja konkurentima kupovinom

⁶⁰⁷ Scherer, Ross, *op.cit.*, s. 499-500.

⁶⁰⁸ O'Donoghue, Padilla, *op.cit.*, s. 561-562.

⁶⁰⁹ Ridyard, *op.cit.*, s. 288

⁶¹⁰ *Ibidem.*

⁶¹¹ Vid. OECD Competition Roundtables, *Predatory Foreclosure*, 2004., dostupno na sajtu: www.oecd.org/daf/competition/abuse/34646189.pdf

gasovoda, poslovnu špijunžu i, takođe, cenovno predatorstvo, kako bi eliminisao konkurente ili ih privoleo da mu prepuste svoje kompanije. Vrhovni sud SAD-a potvrdio je presudu nižeg suda da je u pitanju delo monopolizacije, ali je ustanovio precedentno pravilo da je potrebno dokazati u konkretnom slučaju da je ponašanje optuženog odstupilo od "normalne poslovne prakse". Presuda Vrhovnog suda je decenijama nakon toga bila povod raspravi u američkoj literaturi, na koju je manje-više stavljena tačka nakon što su profesori Univerziteta Harvard, Arida i Tarner, polovinom sedamdesetih godina prošlog veka utvrdili kriterijume za razlikovanje predatorske prakse od "normalne" cenovne konkurencije.

15.1.1.1. Ekonomske metode za dokazivanje predatorske prakse

Arida i Tarner su konstatovali da je predatorstvo u praksi relativno retko, zato što takva praksa ima ekonomskog smisla samo ako je kumulativno ispunjeno nekoliko uslova, koji su teško ostvarivi. Najpre, potrebno je da predator ima mnogo veće izvore finansijskih sredstava nego njegovi rivali, jer je malo verovatno da će se preduzeće upustiti u iscrpljujući rat cenama, ako su mu konkurenti kompanije koje mogu na duži rok da podnesu finansijske gubitke. Drugo, potrebno je da je predator zaštićen postojanjem znatnih prepreka za ulazak na tržište, koje onemogućuju dolazak potencijalne konkurencije. Treće, potrebno je da postoji verovatnoća da će finansijski gubici biti nadoknađeni. Oni su smatrali da čak ni verovatnoća nadoknade izgubljenog profita nije dovoljna da se preduzeće upusti u predatorstvo, zbog velikih izgleda da će više puta ponavljano ponašanje biti uočeno i sankcionisano.⁶¹³ Mala mogućnost da do predatorstva u praksi zaista i dođe, po njima ne uklanja potrebu da pravo konkurencije sankcioniše takvo ponašanje. Neophodno je, ipak, pronaći objektivni metod koji će omogućiti da se jasno razgraniči predatorstvo od legalne, legitimne i ekonomski poželjne konkurencije cenama.

Predložili su stoga metod koji nazvan njihovim imenima (Arida-Tarnerov metod) i koji je danas široko prihvaćen u uporednom pravu. Razumevanje metoda traži poznavanje načina na koji ekonomski racionalno preduzeće (ono čiji je jedini cilj da uveća svoj profit) formira cenu svog proizvoda. Cena, razumljivo, mora da pokrije troškove sa kojima se preduzeće suočava i da ostavi prostor za izvesnu zaradu (profit). Preduzeće kalkuliše dve vrste troškova: fiksne – troškove koji se ne menjaju sa promenom broja jedinica proizvoda i varijabilne – koji se povećavaju kako raste broj proizvedenih jedinica proizvoda. Fiksni troškovi su, na primer, troškovi kamata na pozajmljeni kapital, poreza na imovinu, troškovi upravljanja preduzećem i sl. Arida i Tarner ubrojali su u fiksne troškove i minimalni iznos profita koji je neophodan da bi se kapital privukao u odnosnu privrednu granu, iako u računovodstvenom smislu to nije trošak. Varijabilni troškovi su troškovi materijala, energije, radne snage direktno uključene u proizvodnju, kao i troškovi administracije

⁶¹² *U.S. v. Standard Oil Co. Of New Jersey et al.*, 221 U.S. 1 (1911), navedeno prema Scherer, Ross, *op.cit.*, s. 450-452.

⁶¹³ P. Areeda, D. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, Harvard Law Review, br. 4/1975, s. 697-733.

povezani sa direktnim troškovima proizvodnje i troškovi naknada za korišćenje prava intelektualne svojine koji se obračunavaju na osnovu broja proizvedenih primeraka. Zbir fiksnih i varijabilnih troškova daje ukupne troškove. Marginalni trošak je iznos za koji se ukupni trošak uvećava ako obim proizvodnje poraste za još jedan primerak proizvoda. Marginalni trošak je funkcija varijabilnog troška, budući da se samo varijabilni troškovi uvećavaju kako raste obim proizvodnje. Marginalni trošak u pravilu nije identičan tokom čitavog proizvodnog ciklusa; na početku je manji, dok pri kraju ima tendenciju uvećanja. Kako se obim proizvodnje približava maksimalnim proizvodnim kapacitetima, tako i marginalni trošak raste. Na primer, preduzeće koje plaća radnike zaposlene u punom radnom vremenu snižava svoje marginalne troškove kako se povećava broj proizvoda koji jedan radnik u toku radnog vremena proizvede. Međutim, u određenom trenutku, kada broj proizvoda pređe optimalno moguću proizvodnju u toku redovnog radnog vremena, preduzeće će morati da plaća prekovremeni rad radnika i njegovi marginalni troškovi se uvećavaju. Stoga je marginalni trošak u pravilu različit od prosečnog varijabilnog troška, koji se dobija kada se ukupni marginalni troškovi podele sa ukupnim brojem jedinica proizvoda.

Za ekonomski racionalno preduzeće podatak o visini marginalnog troška sa kojim se suočava vrlo je bitan. Ono će se odlučiti da uveća proizvodnju, a time i ponudu na tržištu, samo pod uslovom da prihod ostvaren prodajom dodatnih jedinica proizvoda pokriva ili prelazi marginalni trošak njihove proizvodnje. U suprotnom, biće na gubitku, što nije racionalno ekonomsko ponašanje. U uslovima savršene konkurencije, kada je tržišna cena data za sva preduzeća na tržištu, marginalni trošak je izjednačen sa cenom na tržištu, jer preduzeća koja ne mogu da pokriju svoje troškove napuštaju tržište. Svako smanjivanje obima proizvodnje umanjuje profit preduzeća, dok povećanje obima uvećava profit. U uslovima nedovoljne konkurencije cena je uvek veća od marginalnog troška, jer je preduzeće u dominantnom ili monopolskom položaju u prilici da promenom obima ponude utiče na cenu na tržištu. Povećanjem obima ponude cena se snižava. Povećanje obima ponude je racionalno ponašanje samo ako je prihod ostvaren prodajom dodatnih jedinica proizvoda, umanjen za gubitak izazvan snižavanjem prosečne cene ostalih jedinica proizvoda, jednak ili veći od marginalnog troška. Stoga, preduzeće koje se ponaša ekonomski racionalno, održavaće ponudu na onom nivou na kom pokriva svoj marginalni trošak. Svako uvećanje ponude iznad tog nivoa uvećava njegov trošak i smanjuje profit. Takvo ponašanje nije ekonomski racionalno. Arida i Tarner odatle izvode sledeći zaključak: ako dominantno preduzeće naplaćuje cenu koja pokriva njegov marginalni trošak, sasvim je sigurno da se ne radi o predatorskoj praksi.⁶¹⁴ Pošto bi se u uslovima savršene konkurencije konkurenti suočavali sa cenom koja je jednaka marginalnim troškovima, svaka cena koja je jednaka ili viša od marginalnog troška ne može biti predatorska. Oni konkurenti koji ne mogu da opstanu u takvim uslovima imaju veće troškove, što znači da nisu dovoljno produktivni. Oni bi bili eliminisani sa tržišta i u uslovima savršene konkurencije. Zato pravo konkurencije ne treba da sankcioniše takvo ponašanje.

⁶¹⁴ Areeda, Turner, *op.cit.*, s. 703.

Međutim, cena koja je ispod nivoa marginalnog troška je samo nužan, ali ne i dovoljan uslov za osudu predatorstva, jer mogu postojati različiti razlozi zašto preduzeće kratkoročno naplaćuje cene koje ne pokrivaju njegov marginalni trošak. Jedan razlog može biti taj da je preduzeće izračunalo da će, dugoročno gledano, nakon eliminacije konkurenata, ostvariti profit. Drugi razlog može biti potpuno legitiman – da je preduzeće spremno da pretrpi privremene gubitke kada se tek pojavljuje na tržištu sa novim proizvodom.⁶¹⁵

Arida i Tarner smatraju da izuzetak od navedenog pravila postoji u situaciji kada dominantno preduzeće prodaje po ceni koja je ispod visine marginalnog troška, ali iznad ili jednaka nivou prosečnog varijabilnog troška. To će biti situacija kada je preduzeće prešlo optimalni nivo obima proizvodnje i kada svaka dodatna jedinica proizvoda povećava marginalni trošak, dok nivo prosečnog varijabilnog troška (razumljivo) ostaje ispod nivoa marginalnog troška. Iako se principijelno takvo ponašanje dominantnog preduzeća ne može opravdati, oni smatraju da nema potrebe za regulisanjem takvog ponašanja, jer kada dominantno preduzeće duže vremena naplaćuje cenu koja pokriva njegove prosečne varijabilne troškove, time ohrabruje preduzeća koja posluju na istom nivou produktivnosti da uđu na tržište. Takva cenovna politika je malo verovatna, jer su mali izgledi da bi dominantno preduzeće moglo da povрати izgubljeni profit. Oni ne prihvataju čak ni dva naizgled legitimna opravdanja za takvo ponašanje, kao što su promocija novog proizvoda ili reakcija na podjednako nisku cenu rivala, nalazeći da se ni jedan ni drugi ne mogu prihvatiti, što zbog njihove neosnovanosti u svetlu tržišne pozicije dominantnog preduzeća, što zbog teškoća u pogledu njihovog dokazivanja.⁶¹⁶

Arida i Tarner dalje primećuju da je u praksi veoma teško izračunati koliki je marginalni trošak sa kojim se preduzeće suočava, te predlažu da se za svrhe dokazivanja predatorske prakse, primenjuje prosečan varijabilni trošak kao kriterijum. Ukoliko je marginalni trošak jednak prosečnom varijabilnom trošku, svejedno je koji od njih se primenjuje kao kriterijum. Ukoliko je prosečan varijabilni trošak viši od marginalnog troška, primena prosečnog varijabilnog troška kao kriterijuma za razgraničenje predatorskog ponašanja od normalne konkurencije će imati za rezultat strožiju politiku sankcionisanja predatorskog ponašanja. Ipak, preduzeće koji prodaje po ceni koja je ispod njegovih prosečnih varijabilnih troškova trpi gubitke: opravdanje za takvo ponašanje može biti jedino da je preduzeće tek otpočelo sa proizvodnjom i obim proizvodnje još uvek nije dostigao optimalni nivo. Kada marginalni trošak prelazi nivo prosečnog varijabilnog troška (u situaciji kada se obim proizvodnje približava optimalnom nivou), opredeljenje za kriterijum prosečnog varijabilnog troška odražava tolerantan pristup predatorskom ponašanju. Ipak, Arida i Tarner smatraju da u praksi to ne bi dovelo do negativnih posledica, imajući u vidu da je predatorsko ponašanje zaista retka pojava, a posebno u situaciji kada je nivo marginalnog troška prevazišao nivo prosečnog varijabilnog troška. To znači da se obim proizvodnje približio svom optimumu i mala je verovatnoća da bi predator mogao da apsorbuje preostalu tražnju nakon eliminacije konkurenta, kako bi

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ *Ibidem*, s. 713-716.

povratio gubitak.⁶¹⁷

Oni dokazuju da je predloženi metod upotrebljiv i za razgraničenje drugih oblika predatorskog ponašanja od normalne konkurencije, koji imaju za cilj povećanje troškova konkurenata, kao što su diversifikacija i predatorstvo u pogledu odabranih proizvoda ili na određenim geografskim tržištima, preterano trošenje finansijskih sredstava na reklamu, stalne varijacije u kvalitetu i dizajnu proizvoda i sl.

Čikaška škola je osporavala mogućnost pojave predatorstva u praksi sa stanovišta da to uopšte nije racionalno ekonomsko ponašanje. Predator nije u mogućnosti čak ni dugoročno da povрати izgubljeno, jer će povećanje cena na monopolski nivo izazvati ulazak novih konkurenata na tržište.⁶¹⁸ Pozner je priznao da pripadnici Čikaške škole čine grešku kada ignorišu mogućnost strateškog ponašanja dominantnog preduzeća, u kom slučaju cenovno predatorstvo postaje itekako racionalna opcija.⁶¹⁹ On je, ipak, kritikovao metod Aride i Tarnera, sa stanovišta da je granica za predatorstvo postavljena na suviše niskom nivou. Predator će cenu postaviti na onom nivou na kom konkurenti ne mogu da ga prate, pri čemu su njegovi gubici najmanji. Stoga je svaka cena koja pokriva varijabilne troškove, a ne pokriva fiksne troškove i ne omogućuje izvestan profit na uložena sredstva, podobna da bude predatorska.⁶²⁰

Druga vrsta kritike koja se upućuje metodu Aride i Tarnera, jeste ona kojom se ukazuje da se tim metodom favorizuju preduzeća koja posluju u delatnostima sa velikim fiksnim i malim varijabilnim troškovima, kao što su delatnosti koje počivaju na velikim ulaganjima u istraživanja u razvoj ili delatnosti u kojima su nužna ulaganja u infrastrukturne kapacitete. U takvim uslovima, relativno je lako držati cene na nivou iznad prosečnog varijabilnog troška i izmaći osudi za predatorstvo.⁶²¹ Treće, pojedini komentatori ne žele da minimiziraju praktičan značaj razlike između visine ukupnih prosečnih troškova i marginalnih troškova, primećujući da se time ozakonjuje cena koja je ispod nivoa marginalnih troškova, a iznad prosečnih varijabilnih troškova, za šta nema ekonomskog opravdanja. Teorijska ispravnost metoda pada na testu praktične primenljivosti, jer je zarad primenljivosti potrebno učiniti odstupanja od teorijskog koncepta, koja nisu tako zanemarljiva kao što to Arida i Tarner pokušavaju da prikažu.⁶²² Ova vrsta prigovora ojačana je argumentom da konceptijski nije moguće jasno razgraničiti fiksne i varijabilne troškove.⁶²³ Tako, na duži period posmatrano svi troškovi postaju varijabilni. Troškovi radne snage mogu se svrstati u varijabilne ili fiksne troškove, zavisno od uslova angažovanja radnika i mogućnosti otpuštanja.

⁶¹⁷ *Ibidem*, s. 716-718.

⁶¹⁸ Bork, *Antitrust Paradox*.....

⁶¹⁹ Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, *op.cit.*, s. 939-940.

⁶²⁰ *Ibidem*, s. 942-944.

⁶²¹ OECD, *Predatory Foreclosure*, *op.cit.*, s. 21.

⁶²² E.T. Sullivan, J.L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, New York, 1994. s. 253.

⁶²³ Jones, Surfin, *op.cit.*, s. 446.

Uprkos navedenom, njihov metod je široko prihvaćen u uporednom zakonodavstvu. Najveća prednost ovog metoda je što jasno i nedvosmisleno ukazuje na predatorsko ponašanje. Kada preduzeće naplaćuje cene koje ne pokrivaju ni njegove varijabilne troškove, a kamoli fiksne troškove, ono trpi gubitke. Redovno, u takvoj situaciji preduzeće prestaje sa radom. Ako nastavlja poslovanje, opravdano se može pretpostaviti da je reč o predatoru, izuzev ako ima legitimno opravdanje za svoje ponašanje.

Drugi metod, kojim se otklanjaju nedostaci Arida-Tarnerovog metoda, jeste metod koji kao kriterijum za detektovanje predatorskog ponašanja uzima prosečne ukupne troškove.⁶²⁴ Kako je Pozner primetio, Arida-Tarnerov metod je isuviše permisivan, jer svaka cena koja prelazi varijabilne troškove, iako ne pokriva fiksne troškove, izmiče sankcionisanju. Zbog toga su se ekonomisti Joskov i Klevorik založili da se metod prosečnih varijabilnih troškova dopuni metodom prosečnih ukupnih troškova.⁶²⁵ Po njima, dominantno preduzeće koje naplaćuje cene ispod svojih prosečnih ukupnih troškova vrlo verovatno primenjuje predatorsku strategiju. Takvo ponašanje može da dovede do toga da podjednako produktivni, pa čak i produktivniji rivali moraju da napuste tržište.

Postupak detektovanja predatorstva koji su oni predložili realizuje se u dve faze. U prvoj fazi ispituje se struktura tržišta na kome se događa navodno predatorsko ponašanje, kako bi se ustanovilo da li je predatorstvo uopšte realna opcija na tržištu određenih strukturalnih karakteristika. Oni ukazuju da kumulativno prisustvo više faktora, kao što su visoka tržišna koncentracija, niska elastičnost tražnje i visoke barijere ulasku na tržište povećavaju mogućnost predatorstva.⁶²⁶ Tek ako strukturalni uslovi ukazuju na izvesnost predatorstva, sprovodi se druga faza, tokom koje se ispituje odnos cena i troškova navodnog predatora. Oni nisu sasvim odbacili potrebu primene Arida-Tarnerovog testa, primećujući da se varijabilni troškovi mnogo lakše izračunavaju, te da je jednostavnije poći putem utvrđivanja odnosa cena i prosečnih varijabilnih troškova, kako bi se našli dokazi o predatorskom ponašanju. Ako su cene ispod nivoa prosečnih varijabilnih troškova, apsolutno se radi o predatorstvu, jer cena koja ne pokriva ni prosečne varijabilne troškove nema drugu svrhu, izuzev žrtvovanja kratkoročnog profita zarad dugoročnog. Ako su cene iznad nivoa prosečnih varijabilnih troškova, ali ispod prosečnih ukupnih troškova, tada bi trebalo pretpostaviti da postoji predatorstvo. Dominantno preduzeće bi moglo da izmakne sankcionisanju samo ako bi dokazalo da je cena koja ne pokriva prosečne ukupne troškove posledica prevelikih proizvodnih kapaciteta u odnosnoj grani, bilo zbog toga što se radi o privrednoj grani koja je u fazi stagnacije, bilo zbog toga što je rival stupio na tržište sa prevelikim kapacitetima. Ako su preveliki kapaciteti rezultat strateškog ulaganja dominantnog preduzeća u proširivanje kapaciteta, kako bi se predupredio ulazak potencijalnih konkurenata, argument da su cene ispod nivoa prosečnih ukupnih troškova ne bi se mogao prihvatiti, budući da je reč o predatorskom ponašanju koje se ispoljava u

⁶²⁴ Prosečni ukupni troškovi dobijaju se kada se zbir fiksnih i varijabilnih troškova podeli sa ukupnim brojem proizvedenih jedinica proizvoda.

⁶²⁵ P.L. Joskow, A.K. Klevorick, *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, Yale Law Journal, br. 2/1979, s. 213-270.

⁶²⁶ *Ibidem*, s. 227-228.

različitim oblicima.⁶²⁷ Ako cena prelazi prosečne ukupne troškove, postojala bi pretpostavka da nije reč o predatorstvu, ali ta mogućnost ne bi bila sasvim isključena. Džoskov i Klevorik predlažu da se u takvom slučaju nadzire cenovno ponašanje dominantnog preduzeća. Ako dominantno preduzeće nakon kraćeg vremena ponovo podigne cenu, smatralo bi se da je predatorstvo bilo razlog prethodnog snižavanja cena, a na dominantnom preduzeću bi bio teret dokaza da su razlozi za naknadno povećanje cena objektivno opravdani (npr. zbog povećanja pojedinih troškova, do čega je došlo nakon izvršenog sniženja).

Mana metoda koji se bazira na odnosu cene i prosečnih ukupnih troškova ogleda se u tome da je u praksi veoma teško izračunati prosečne ukupne troškove, posebno za preduzeća koja proizvode više različitih proizvoda, jer je teško odrediti koliko deo zajedničkih troškova opterećuje proizvodnju posmatranog proizvoda. Stoga se tim podatkom može manipulirati u postupku dokazivanja predatorstva.⁶²⁸

Poslednji u nizu predloženih metoda predstavlja modifikaciju Arida-Tarnerovog metoda, koji se ogleda u tome da se uzima u obzir odnos cene i prosečnih varijabilnih troškova, kao i fiksnih troškova koje je preduzeće imalo zbog toga što se upustilo u predatorsku kampanju (metod prosečnih troškova koji bi se mogli izbeći, eng. *average avoidable costs*). Ovaj metod uzima u obzir činjenicu da predatorsko sniženje cene ima za posledicu rast tražnje na tržištu, kako zbog reagovanja kupaca na sniženje cene, tako i zbog neophodnosti da predator apsorbuje onaj deo tražnje koji je prethodno zadovoljavao eliminisani rival. To može iziskivati određene fiksne troškove, ako je potrebno da predator proširi postojeće kapacitete.⁶²⁹

15.1.1.2. Opravdanje predatorske prakse

Već prilikom razmatranja pomenutog slučaja Standard Oil, Vrhovni sud SAD je konstatovao da predatorske cene mogu imati opravdanje u legitimnom nastojanju da se dominantno preduzeće odbrani od napada konkurenata koji su prvi započeli rat cenama. Kasnijim razvojem prava konkurencije u ovoj oblasti, proširen je broj razloga koji nadležni organi prihvataju kao legalno opravdanje za predatorsku praksu.

Neki od tih razloga su već pomenuti u prethodnim izlaganjima, kao što je promotivno sniženje cene novog proizvoda, koje se vrši u cilju osvajanja novog tržišta. Promotivno sniženje cene ne može maskirati predatorsku praksu koja se provodi na tržištu na kome je preduzeće već dominantno.⁶³⁰ Primer za to je ponašanje softverske kompanije Majkrosoft, koja je svoj pretraživač za internet davala besplatno kupcima operativnog sistema Vindows, kako bi eliminisala svog konkurenta kompaniju Netskejp.⁶³¹ Sniženje cena ispod

⁶²⁷ *Ibidem*, s. 252-255.

⁶²⁸ W. Baumol, *Predation and the Logic of Average Variable Cost Test*, Journal of Law and Economics, 1996, s. 49-59.

⁶²⁹ OECD, *Predatory Foreclosure*, *op.cit.*, s. 23.

⁶³⁰ *Ibidem*, s. 32.

⁶³¹ *U.S. v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

nivoa koji pokriva troškove proizvodnje, generalno se može opravdati potrebom eliminisanja zaliha, kao i trendom stagnacije koji je zahvatio određenu privrednu granu. Napred je pokazano da ekonomska nauka ne nalazi opravdanje da se odbrana od napada konkurenta prihvati kao legitiman razlog predatorskih cena. Ako produktivniji konkurent pokušava da osvoji svoj deo tržišta snižavanjem cene, dominantnom preduzeću ne bi trebalo dozvoliti da snižava svoje cene ispod nivoa proizvodnih troškova, jer će tako onemogućiti ulazak konkurenta na tržište u obimu koji mu omogućava isplativo poslovanje i, time, opstanak. Dalje, prihvatanje ovog argumenta podrazumeva da se nadležni organ upušta u analizu faktora kao što su razlike u kvalitetu proizvoda, snazi brenda i slično, što neminovno vodi u arbitrarnost. Argument odbrane od napada konkurenta nije prihvaćen u svim jurisdikcijama, a u onim u kojim jeste (SAD-u), u međuvremenu je doveden u pitanje.⁶³²

15.1.1.3. Isplativost predatorstva (*Recoupment*)

Pojedine jurisdikcije, kao što je američka, zahtevaju da se, u cilju sankcionisanja predatorske prakse, dokaže verovatnoća da će dominantno preduzeće nakon eliminacije konkurenta, povratiti pretrpljene gubitke, odnosno da je predatorska praksa isplativo i, samim tim, ekonomski racionalno ponašanje. Samo pod tim uslovom pretpostavka o predatorskom karakteru cene koja je ispod propisane kategorije troškova (bilo da je to marginalni, prosečni varijabilni ili prosečni ukupni trošak) biva dokazana. Mogućnost povraćaja pretrpljenih gubitaka procenjuje se na osnovu strukturalnih karakteristika relevantnog tržišta, koje bi trebalo da opravdaju pretpostavku da će dominantno preduzeće nakon eliminacije konkurenta povećati svoj tržišni udeo i održati ga dovoljno dugo kako bi naplatom monopolske cene mogao da nadoknadi izgubljeno.⁶³³ Ako se u praksi primenjuje napred opisani Džoskov-Kleverikov metod, ili ako je položaj tržišne dominacije nužna pretpostavka sankcionisanja predatorstva (kao što je to slučaj u pravu EU-a i nacionalnim zakonodavstvima većine evropskih zemalja), posebno dokazivanje isplativosti predatorstva postaje izlišno, jer se većina faktora utvrđuje već u prvoj fazi testa, odnosno prilikom utvrđivanja položaja tržišne dominacije. Sledeći faktori su od značaja za procenu isplativosti predatorske prakse: tržišna pozicija predatora (dominantan položaj), prepreke ulasku na tržište, finansijska snaga predatora i njegovih konkurenata, niska elastičnost tražnje, neiskorišćeni kapaciteti, produktivnost predatora i njegovih konkurenata, karakteristika predmetnog proizvoda (jak brend dominantnog preduzeća), predatorska reputacija dominantnog preduzeća, mogućnost diskriminacije cenama i unakrsne supsidizacije, kao i trendovi promene tržišnih udela.⁶³⁴

Alternativno, isplativost predatorstva se dokazuje i činjenicama koje ukazuju da predatorska praksa kod konkurenata izaziva strah, koji ih demotivše da stupe na tržište na kome je predator prisutan. U pomenutom slučaju Majkrosofta, predatorska cena na

⁶³² OECD, *Predatory Foreclosure*, op.cit., s. 35.

⁶³³ Mestmäcker, Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, op.cit., s. 436-437.

⁶³⁴ *Ibidem*, s. 436-437.

tržištu pretraživača interneta nije uopšte poslužila osvajanje monopolske pozicije na tom tržištu, već očuvanju monopolske pozicije na tržištu operativnih sistema. Netskejp je ugrozio monopol Majkrosofta u pogledu operativnih sistema, jer je ponudio pretraživač koji se mogao instalirati i na drugim operativnim sistemima. Samim tim je otvorio mogućnost da se razvijaju softverske aplikacije i za druge operativne sisteme, umesto dotadašnjeg oportunog pristupa kreatora aplikacija, koji su se prilagođavali operativnom sistemu sa najvećim brojem korisnika, a to je bio Vindous. Navedeni slučaj pokazuje da predator ne mora isključivo da ima u vidu mogućnost monopolskog profita na tržištu na kome sprovodi praksu, već i druge strateške prednosti u konkurenciji.

15.1.1.4. Namera predatora

Ekonomska teorija ukazuje, a sudska praksa potvrđuje da je predatorska praksa redovno deo strategije preduzeća za osvajanje ili, makar, očuvanje tržišne pozicije. Postavlja se pitanje da li je elemenat namere nužan uslov za dokazivanje predatorske prakse ili se dokazi o nameri eliminacije konkurenta mogu iskoristiti u slučajevima kada ekonomski faktori sami za sebe nisu dovoljni da se izvede pouzdan zaključak o postojanju predatorstva?

Kako ćemo nešto kasnije pokazati, dokazi o predatorskoj nameri se u pravu Evropske unije uzimaju u obzir ako ekonomski dokazi ne potvrđuju nedvosmisleno postojanje predatorstva. Američko zakonodavstvo odbija mogućnost dokazivanja predatorstva na osnovu elementa namere, iako namera može imati ulogu prilikom odmeravanja sankcije, imajući u vidu krivičnopравни karakter Šermanovog zakona. U teoriji se ukazuje da dokazi o predatorskoj nameri sami za sebe nikako ne mogu biti dovoljni. Ponašanje poslovnih ljudi često puta je usmereno ka cilju eliminacije konkurenata, što ne znači nužno da sva takva ponašanja bivaju sankcionisana. Takođe, postojanje namere se teško dokazuje, a oslanjanje na posredne dokaze (indicije) ima za posledicu da se dokazivanje predatorstva svodi na subjektivni sud organa koji donosi odluku.⁶³⁵

Naše je mišljenje da je potrebu dokazivanja predatorske namere potrebno sagledati iz ugla ciljeva prava konkurencije. Ukoliko je isključivi ili najvažniji cilj prava konkurencije blagostanje potrošača, onda elemenat namere ne bi trebalo da ima nikakav značaj u dokazivanju predatorstva. U takvom slučaju, jedino što je bitno jesto utvrditi uzročno-posledičnu vezu između predatorskog ponašanja i verovatnoće umanjenja blagostanja potrošača, što se ogleda kroz naknadno povećanje cena i smanjenje obima ponude. Ako je u igri i cilj ravnopravnosti konkurenata, odnosno pravičnost tržišne utakmice, onda elemenat namere može da ima izvesnu težinu, ali nikako ne bi trebalo da bude presudan u dokazivanju predatorstva.

⁶³⁵ U. Immenga, E.J. Mestmäcker, *GWB - Kommentar zum Kartellgesetz*, München, 2001. s. 668.

15.1.1.5. Ostali oblici predatorstva

Predatorstvo se može ispoljavati u obliku radnji kojima se povećavaju troškovi konkurenata ili se oni disciplinuju kako bi se odvratili od namere da se upuste u konkurentsku borbu ili kako bi napustili tržište. Iako se smatra da su pomenute taktike mnogo češće u praksi u poređenju sa cenovnim oblicima predatorstva, posvećuje im se mnogo manje pažnje u ekonomiji, a time i u pravu konkurencije. Među retkima koji su ukazali na ovu pojavu i pokušali da procene njen uticaj na ekonomsko blagostanje, jesu američki ekonomisti Selop i Šefmen.⁶³⁶ Taktike uvećanja rivalovih troškova imaju višestruke prednosti sa aspekta predatora: nije nužno žrtvovanje sadašnjeg profita zarad buduće dobiti, neizvesne kako u pogledu verovatnoće ostvarivanja, tako i u pogledu visine; poboljšava se pozicija predatora u konkurentskoj borbi, jer finansijski iscrpljuju konkurente; potrebno je manje finansijsko naprezanje, nego kada se primenjuje metod cenovnog predatorstva. Oblici necenovnog predatorstva su vrlo raznovrsni.⁶³⁷ Lobiranje za uvođenje propisa i standarda koji otežavaju konkurentima poslovanje ili ulazak na tržište,⁶³⁸ uticaj na privredna udruženja da se uvede autonomna regulativa koja finansijski više opterećuje mala i srednja preduzeća nego predatora, iako ih formalno stavlja u jednaku poziciju; iniciranje velike reklamne kampanje, koju moraju da slede ostali rivali, iako je to za njih veliko finansijsko opterećenje, a za predatora je kampanja apsolutno nepotrebna; veksatorski sporovi protiv rivala sa ciljem da ih se optereti troškovima suđenja; prilikom izbora tehnologije koja će se primeniti u izradi novog proizvoda, namerno se odabira ona koja iziskuje velika početna ulaganja itd. Predatorski karakter mogu imati i ponašanja koje je uporedno zakonodavstvo prepoznalo kao eliminatorno ponašanje ili neloyalnu konkurenciju, kao npr. organizovanje bojkota pojedinih konkurenata koji ne žele da se uključe u kartel pod vođstvom dominantnog preduzeća ili uspostavljanje sistema ekskluzivne distribucije.

Opisani oblici necenovnog predatorstva, osim što otežavaju položaj u konkurenciji predatorovih rivala, mogu izazvati štetne posledice za blagostanje potrošača i ukupno ekonomsko blagostanje. Ako povećanje troškova konkurenata dovede do povećanja nivoa cena na relevantnom tržištu, šteta za blagostanje potrošača je očigledna. To se neće dogoditi samo u slučaju da je tražnja dovoljno elastična, pa povećanje cena izazvano porastom troškova dovodi do opadanja tražnje i do pada cena u krajnjem ishodu.⁶³⁹

⁶³⁶ S.C. Salop, D.T. Scheffman, *Raising Rivals' Costs*, American Economic Review, br. 2/1982, s. 267-271.

⁶³⁷ Vid. H. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, op.cit., s. 276-280.

⁶³⁸ Štaviše, zalaganje za takve propise može se opravdati savršeno legitimnim i socijalno poželjnim razlozima, kao što je npr. zaštita zdravlja, bezbednosti, položaja radnika, životne sredine i sl. Vilijamson navodi primer američkog slučaja Penington, u kome je povećanje cene rada na nivou privredne grane doprinelo povećanju troškova malih rivala sa radno intenzivnom tehnologijom, dok nije značajnije uticalo na povećanje troškova dominantne kompanije. O.Williamson, *Wage Rates as a Barrier to Entry: The Pennington Case*, Quarterly Journal of Economics, br. 1/1968, s. 85-116.

⁶³⁹ Salop, Scheffman, op.cit., s. 270.

15.1.1.6. AKZO

Evropska komisija i Sud pravde su definisali kriterijume za utvrđivanje cenovnog predatorstva u slučaju AKZO-a.⁶⁴⁰ Kompanija AKZO bila je proizvođač organskih peroksida, sredstava koji se koriste za različite namene, između ostalog, u proizvodnji plastike i u prerađivačkoj industriji, kao sredstvo za izbeljivanje brašna. Na tom tržištu imala je dominantan položaj. Komisija je utvrdila da je njen tržišni udeo bio veći od 50%. AKZO je pokušao da eliminiše svog konkurenta, kompaniju ECS, koja se takođe bavila proizvodnjom izbeljivača za brašno, ali je nastojala da se proširi i na tržište proizvodnje plastike. AKZO je primenio taktiku snižavanja cena u odnosu na kupce ECS-a, dok je prema svojim ostalim kupcima zadržao dotadašanje cene. Osim toga, na više sastanaka sa predstavnicima kompanije ECS-a, AKZO je upućivao otvorene pretnje u cilju povlačenja ECS-a sa tržišta. ECS se obratila Evropskoj komisiji, tražeći zaštitu od predatorskog ponašanja AKZO-a. Kompanija AKZO se branila tražeći primenu Arida-Tarnerovog metoda za utvrđivanje predatorskih cena. Komisija se, međutim, oslonila na član 102 UFEU-a, koji ne propisuje da se protivpravnost eliminatornog ponašanja mora sagledavati isključivo u svetlu troškova koje dominantno preduzeće podnosi. Po njenom mišljenju, zloupotreba dominantnog položaja postoji i ako dominantno preduzeće naplaćuje cene koje su iznad njenih troškova, ma kako da se oni sagledavali, jer se mora posvetiti pažnja i strateškom aspektu ponašanja dominantnog preduzeća. Komisija je prihvatila neophodnost detaljne analize troškova dominantnog preduzeća, kako bi se utvrdila racionalnost njegovog ponašanja. Ako je cena isuviše niska u odnosu na troškove, eliminatorne posledice cenovnog ponašanja dominantnog preduzeća su očigledne, te u takvom slučaju ne bi bili potrebni nikakvi dalji dokazi o nameri eliminisanja konkurenta. Sa druge strane, ako se niske cene mogu objasniti i drugim razlozima, dokazi o nameri eliminacije konkurenta ili ograničavanja konkurencije mogu se koristiti, kako bi se dokazalo postojanje povrede zabrane zloupotrebe dominantnog položaja.⁶⁴¹ Sud pravde je potvrdio odluku Komisije, podsetivši da član 86 (sadašnji 102) zabranjuje dominantnom preduzeću da eliminiše konkurenta i tako ojačava svoju poziciju primenjujući metode koje izlaze izvan okvira konkurencije na osnovu kvaliteta. Tako gledano, nije svaki oblik cenovne konkurencije zakonit. Sud je zatim definisao kriterijume za razgraničenje predatorskih cena od zakonite konkurencije cenama:

- 1) Ako su cene ispod varijabilnih troškova (koje Sud definiše kao troškove zavisne od proizvedenih količina), moraju se smatrati zloupotrebom dominantnog položaja. Dominantno preduzeće nema drugi interes da primenjuje tu cenu, izuzev da eliminiše svog konkurenta, što će mu omogućiti da kasnije podigne cenu, iskorišćavajući svoju monopolsku poziciju, jer svaka prodaja po toj ceni generiše gubitak. Takva cena ne pokriva uopšte fiksne troškove, a pokriva samo deo varijabilnih troškova. Pretpostavka da je cena ispod varijabilnih troškova

⁶⁴⁰ *ECS/AKZO*, odluka Komisije IV/30.698, Službeni list EZ L 374, 1985; *AKZO Chemie BV v Commission*, slučaj C-62/86, 1991. ECR I-3359.

⁶⁴¹ Par. 64-65.

predatorska je oboriva. Prema stavu Suda izraženom u ovoj odluci, dominantno preduzeće ima mogućnost da dokazuje da je primorano da naplaćuje tako nisku cenu iz legitimnih poslovnih razloga.⁶⁴²

- 2) Cena koja ne pokriva ukupne troškove, tj. zbir fiksnih i varijabilnih troškova, ali koja je iznad varijabilnih troškova, mora se smatrati zloupotrebom, ako je utvrđeno da predstavlja deo plana za eliminisanje konkurenta. Takve cene mogu oterati sa tržišta preduzeća koja su, možda, podjednako produktivna kao i dominantno preduzeće ali, zbog nedovoljnih finansijskih resursa, nisu u stanju da izdrže konkurenciju kojoj su izloženi.⁶⁴³

Na opisani način, Sud pravde je odbio da prihvati Arida-Tarnerovu granicu prosečnih varijabilnih troškova kao isključivi kriterijum za razgraničenje predatorskog ponašanja od zdrave cenovne konkurencije, već je uveo u igru i subjektivni kriterijum, kroz mogućnost oslanjanja na dokaze o eliminatornoj nameri dominantnog preduzeća. Ovakav stav Suda nije u skladu sa njegovim načelnim stanovištem da zloupotreba dominantnog položaja predstavlja objektivan koncept.

15.1.1.7. Tetrapak II

Pojam predatorske prakse sa stanovišta evropskog prava konkurencije dodatno je razjašnjen u kasnijim odlukama Komisije i Suda pravde. U slučaju Tetrapak II Sud je pooštrio definiciju uvodeći neoborivu pravnu pretpostavku postojanja predatorstva kada cena ne prelazi prosečne varijabilne troškove. U već pomenutom slučaju, švedska kompanija je kažnjena, između ostalog, i zbog predatorskih cena. Utvrđeno je da je u Italiji u periodu od 1976. do 1981. godine naplaćivala cene u prodaji neaseptičnog kartona za pakovanje koje nisu pokrivale ni njene varijabilne troškove. Na odgovarajući način kompanija je postupala i na tržištu Velike Britanije u periodu od 1981. do 1984. godine u prodaji mašina za neaseptično pakovanje hrane. Sud je pojasnio da se ne može zamisliti nikakav drugi ekonomski razlog da dominantno preduzeće naplaćuje tako niske cene, izuzev da eliminiše konkurenta.⁶⁴⁴ Prema tome, Sud je smatrao da dominantno preduzeće ne može ponuditi nikakvo racionalno ekonomsko opravdanje za svoje cenovno ponašanje. Dalje, Sud je odbio prigovor kompanije da je bilo neophodno dokazati verovatnoću nadoknade gubitaka zbog predatorskog ponašanja, jer je smatrao da predatorsko ponašanje mora biti kažnjeno uvek kada postoji rizik eliminacije konkurenata. Ako bi se tražili dokazi o stvarnoj eliminaciji konkurenata, ugrozio bi se cilj odredbe o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja, koji se ogleda u očuvanju nenarušene konkurencije.⁶⁴⁵

Slučaj Tetrapak osoben je zbog toga što se predatorsko ponašanje ispoljilo na relevantnom tržištu neaseptičnih mašina i kartona za pakovanje hrane, na kome švedska kompanija nije imala dominantan položaj. Odbrana švedske kompanije se zasnivala i na argumentu da se zloupotreba dominantnog položaja mora ispoljavati na tržištu na kome je utvrđeno

⁶⁴² Ezrachi, *op. cit.*, s. 136.

⁶⁴³ Par. 70-72 odluke.

⁶⁴⁴ Par. 41 odluke u slučaju Tetrapak.

⁶⁴⁵ Par. 44 odluke u slučaju Tetrapak.

postojanje dominacije, što ovde nije bio slučaj. Sud se načelno saglasio sa takvim stavom, ali je ukazao na posebne okolnosti konkretnog slučaja koje ukazuju na opravdanost zaključka o postojanju zloupotrebe. One se ogledaju u 'asocijativnoj vezi' između tržišta aseptičnih mašina i kartona za pakovanje hrane, na kome je Tetrapak imao 'kvazi-monopolski položaj', sa preko 90% učešća, i tržišta neaseptičnih mašina i kartona za pakovanje. S obzirom da se različiti materijali koriste za pakovanje istih tečnih proizvoda, kupci Tetrapakovih aseptičnih mašina i kartona su, u isto vreme, i kupci neaseptičnih mašina i kartona. Komisija je ustanovila da je 35% Tetrapakovih kupaca kupovalo i jednu i drugu vrstu mašina i kartona. Na tržištu neaseptičnih mašina i kartona Tetrapak, iako nije bio dominantan, imao je leadersku poziciju. Na oba tržišta (aseptičnih i neaseptičnih mašina) imao je tržišni udeo od 78%. Njegov najznačajniji konkurent, kompanija PLC, takođe je bio prisutan na sva četiri relevantna tržišta (tržišta aseptičnih i neaseptičnih mašina i kartona). Sud je zaključio da je upravo neprikosnovena pozicija na tržištu aseptičnih mašina omogućila kompaniji Tetrapak povoljniju poziciju i na tržištu neaseptičnih mašina i da koncentriše sve svoje napore na to tržište. Bez obzira na to što nije ustanovljena dominacija na tržištu neaseptičnih mašina, Sud je našao da je kompanija Tetrapak ipak raspolagala slobodom u ponašanju, u poređenju sa drugim preduzećima prisutnim na tom tržištu.⁶⁴⁶

Može se primetiti da stav Suda pravde u ovom slučaju odstupa od generalnog teorijskog stava da je predatorstvo isplativa opcija samo ako predator ima dominantan položaj na tržištu na kome upražnjava predatorske cene. Kako je napred objašnjeno, predator mora biti spreman da akumulira preostalu tražnju na tržištu, što je mnogo lakše preduzeću koje već ima veliki tržišni udeo. Ipak, okolnosti ovog slučaja su bile više nego specifične, jer je Tetrapak imao značajnu tržišnu snagu i na tržištu neaseptičnih mašina za pakovanje. Predatorstvo je u njegovom slučaju bila taktika za osvajanje dominantne pozicije i na tom tržištu, komplementarnom tržištu aseptičnih mašina. Kompanija Tetrapak je, vrlo verovatno, bila spremna da iskoristi ili proširi svoje proizvodne kapacitete kako bi apsorbovala tražnju na tržištu neaseptičnih mašina nakon eliminacije jedinog značajnijeg konkurenta. U ovom slučaju ukupna ekonomska snaga predatora očigledno je igrala mnogo značajniju ulogu nego položaj dominacije na tržištu na kome se ispoljavalo predatorstvo.

15.1.1.8. Vanadu

Sud pravde pozabavio se i spornim pitanjem dopuštenosti odbrane dominantnog preduzeća od napada svojih rivala predatorskim cenama u slučaju Vanadu.⁶⁴⁷ Vanadu je zavisno društvo Frans Telekom, aktivno na tržištu usluga interneta. Komisija je ustanovila da je Vanadu zloupotrebio dominantan položaj naplaćujući predatorske cene u prodaji svojih paketa ADSL usluga potrošačima. U ovom slučaju Komisija je primenila drugačiji metod obračuna troškova predatora, imajući u vidu teorijski prigovor da Arida-Tarnerov metod nije pogodan za primenu u privrednim granama u kojima su fiksni troškovi veoma

⁶⁴⁶ Par. 28-30 odluke u slučaju Tetrapak.

veliki, kao što su, u ovom slučaju, telekomunikacije. Naime, varijabilni troškovi pružanja usluga interneta su gotovo ravni nuli, te ako se primenjuje Arida-Tarnerov metod, nijedna cena, ma koliko niska bila, ne može biti predatorska. Komisija je stoga primenila drugi metod obračuna troškova – dugoročni prosečni troškovi rentabiliteta (eng. *long run average incremental cost – LRAIC*). Ovaj način obračuna troškova je vrlo sličan ukupnim prosečnim troškovima, jer uzima u obzir sve troškove koji su povezani sa proizvodnjom određenog proizvoda.⁶⁴⁸ Sud je konstatovao da Komisija ima pravo da primeni drugi način obračuna troškova, bez obzira što je u svojim precedentnim odlukama eksplicitno pomenuo samo dva metoda (metod prosečnih varijabilnih troškova i metod prosečnih ukupnih troškova). Sud je konstatovao da se u pogledu izbora ekonomskog metoda Komisiji mora ostaviti široka diskrecija, zbog kompleksnosti ekonomske analize u koju se on ne može upuštati. Sud, sa druge strane, ima obavezu da utvrdi da li je Komisija poštovala pravila procedure, da li je njena odluka obrazložena, da li se kretala u okviru svojih ovlašćenja i da li ih je koristila u skladu sa ciljem zbog kojeg su joj data.⁶⁴⁹

U pogledu dopuštenosti predatorskih cena kao sredstva odbrane dominantnog preduzeća, Sud je zauzeo apsolutno negativan stav. Podsetivši na pravilo evropskog prava konkurencije o posebnoj odgovornosti dominantnog preduzeća, koje znači da su dominantna preduzeća dužna da se uzdrže od ponašanja dopuštenih drugim, manjim preduzećima, Sud je konstatovao da predatorska cena ne može biti opravdana čak ni legitimnim pravom preduzeća da preduzme sve korake koje smatra odgovarajućim kako bi zaštitio svoje poslovne interese, jer u konkretnom slučaju to znači očuvanje ili jačanje dominantne pozicije.⁶⁵⁰ Sud je takođe potvrdio svoje stavove da u postupku utvrđivanja predatorske prakse nije neophodno pokazati da je konkurent zaista eliminisan sa tržišta, niti je potrebno utvrditi verovatnoću da će pretrpljeni gubici biti nadoknađeni.

15.1.1.9. Bojni brodovi

Mogućnost dokazivanja predatorske prakse u slučaju kada cena premaša varijabilne troškove ponovo je bilo predmet preispitivanja Suda pravde u slučaju Bojni brodovi (eng. *Fighting Ships*).⁶⁵¹ Slučaj se odnosio na udruženje CEWAL, u okviru kojeg su evropske brodarske kompanije delile pomorske rute između sebe. Iako udruženje sa takvim ciljem ima elemente sporazuma kojim se ograničava konkurencija, sporazum je bio legalan u pravu konkurencije EU-a, zbog posebnih pravnih pravila koja su važila u transportnom sektoru. Udruženje je primenilo taktiku 'bojnih brodova', kako bi eliminisalo konkurenta

⁶⁴⁷ *France Télékom SA v. Commission*, slučaj T-340/03, 2007. ECR II-00107.

⁶⁴⁸ Ako preduzeće proizvodi samo jedan proizvod dugoročni prosečni troškovi rentabiliteta i prosečni ukupni troškovi su identični. Razlika će postojati u slučaju da preduzeće proizvodi više proizvoda istovremeno, jer su tada prosečni troškovi rentabiliteta po pravilu manji od prosečnih ukupnih troškova, zbog smanjenog učešća zajedničkih troškova u prosečnim troškovima rentabiliteta za svaki pojedinačan proizvod. D. Howarth, *Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC: From Cost-Price Comparison to the Search for Strategic Standards*, u: G. Amato, C.D. Ehlermann, *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Portland, 2007. s. 249-295, na s. 254.

⁶⁴⁹ Par. 7 odluke u slučaju Vanadu.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

koji je tek stupio na tržište brodskih linija između Evrope i Afrike, na kome je CEWAL posedovao faktički monopol. Taktika se sastoji u tome da kompanije odrede jedan brod koga angažuju da vozi na odgovarajućoj ruti u konkurenciji sa brodom rivalske kompanije. Udruženje je taktiku dopunilo tako što je 'bojni brod' plovio u istim terminima kao i konkurentski brod, a cene prevoza su bile niže od konkurentskih. Komisija je ustanovila da brodarsko udruženje poseduje kolektivan dominantan položaj i da je zloupotrebilo svoj položaj opisanom praksom. Komisija nije u svojoj odluci označila inkriminisano ponašanje kao predatorsku praksu, ali je konstatovala da je udruženje odstupilo od utvrđene tarife da bi pariralo konkurentskim cenama i da je trpelo gubitke zbog toga, koji su se raspodeljivali među kompanijama članicama udruženja. Sud pravde je prihvatio obrazloženje Komisije, podvlačeći da u članu 86 (sadašnji 102) oblici zloupotrebe dominantnog položaja nisu taksativno navedeni, čime je konkretno ponašanje podvedeno pod generalnu definiciju zloupotrebe dominantnog položaja. Sud je ukazao na specifičnost brodarskog sektora, u kome je, zbog tada važeće regulative o izuzeću od pravila konkurencije, konkurencija već ograničena u značajnoj meri. Praksa koju je CEWAL upražnjavao imala bi za posledicu eliminaciju jedine postojeće konkurencije, a brodarske kompanije su priznale u toku postupka da su praksu primenjivale upravo u tom cilju. "Odatle sledi da brodarska konferencija, kada selektivno obara cene u nameri da parira cenama svoga konkurenta, izvlači dvostruku korist. Prvo, eliminiše glavno i, moguće, jedino sredstvo konkurencije koje je na raspolaganju konkurentskim preduzećima. Drugo, može da nastavi da naplaćuje više cene svojim korisnicima, koje nisu ugrožene tom konkurencijom."⁶⁵²

Stav Suda pravde u pogledu predatorske prakse je rigidniji u poređenju sa stavovima iskazanim u stručnoj literaturi. Sud je utvrdio neoborivu pravnu pretpostavku postojanja predatorstva kada su cene dominantnog preduzeća ispod njegovih varijabilnih troškova. Pored toga, cene koje su iznad prosečnih varijabilnih troškova, a ispod prosečnih ukupnih troškova mogu se proglasiti predatorskim, ako se ustanove posredni ili neposredni dokazi o nameri eliminacije konkurenta. Čak i cenovno ponašanje dominantnog preduzeća koje je u sferi pretpostavljene legalnosti može biti stavljeno pod sumnju, ako okolnosti konkretnog slučaja ukazuju da je ponašanje sastavni deo strategije za eliminaciju konkurenta, da je postojeća konkurencija na relevantnom tržištu već veoma oslabljena, te da bi ponašanje dovelo do gotovo potpunog eliminisanja konkurencije.

15.1.1.10. Komisija o predatorskoj praksi

Komisija u svom Uputstvu o prioritetima posmatra predatorsku praksu najpre u sklopu generalne analize eliminatornih ponašanja, a zatim i posebno. Ona ističe da će predatorskoj praksi posvećivati posebnu pažnju. Komisija namerava da reaguje kada prikupljeni dokazi ukazuju da dominantno preduzeće upražnjava predatorstvo, tako što namerno podnosi gubitke ili se odriče dobiti (što Komisija označava jednim imenom – žrtva), kako bi eliminisala ili verovatno eliminisala jednog ili više svojih stvarnih ili

⁶⁵¹ *Compagnie Maritime Belge Transports and others v. Commission*, sjedinjeni slučajevi C-395/96 P i C-396/96 P, 2001. ECR I-1365.

⁶⁵² Par. 117 odluke.

potencijalnih konkurenata, u cilju jačanja ili održavanja svoje tržišne snage, čime prouzrokuje štetu za potrošače.⁶⁵³ Iz navedenog proizlazi da se predatorska praksa, po viđenju Komisije, sastoji iz četiri elementa, koji moraju biti dokazani: 1) žrtvovanje, odnosno materijalna šteta dominantnog preduzeća, koja se može sastojati u stvarno pretrpljenom gubitku ili izmakloj dobiti; 2) verovatna ili stvarna eliminacija konkurenata; 3) održavanje ili jačanje tržišne pozicije, kao rezultat eliminacije; i 4) verovatnoća nastupanja štete za potrošače.

Postupak dokazivanja predatorske prakse započinje analizom troškova dominantnog preduzeća. Komisija bazira svoju analizu na modifikovanom metodu Arida i Tarnera – metodu prosečnih troškova koji bi se mogli izbeći⁶⁵⁴ (u daljem tekstu: prosečni troškovi rentabiliteta).⁶⁵⁵ U većini slučajeva taj metod uključuje samo varijabilne troškove, kao i Arida-Tarnerov metod. Razlika će postojati samo izuzetno, kada na primer, dominantno preduzeće mora da proširi svoje kapacitete da bi se upustilo u predatorstvo. U tom slučaju, Komisija će uzeti u obzir i nepovratne troškove, jer je njih dominantno preduzeće moglo da izbegne da se nije upustilo u predatorstvo. Ako dominantno preduzeće ne pokriva ni troškove koje bi moglo izbeći da ne prodaje odnosi proizvod po ceni po kojoj ga prodaje, to će se u većini slučajeva smatrati dovoljnim dokazom o postojanju predatorske prakse. Međutim, Komisija ne ograničava svoj opseg delovanja samo na situacije u kojima dominantno preduzeće prodajom po određenoj ceni produkuje čist gubitak. Prodaja po ceni koja je iznad prosečnih troškova može ipak ukazivati na predatorstvo, ako je dominantno preduzeće imalo na raspolaganju profitabilniju alternativu. Oslanjajući se dosadašnju praksu, Komisija ukazuje da u takvom slučaju direktni dokazi o nameri eliminacije konkurenata mogu potkrepiti zaključak o postojanju predatorske prakse.⁶⁵⁶

U procesu dokazivanja predatorskog ponašanja nije neophodno utvrditi da je ponašanje izazvalo napuštanje tržišta aktuelnih konkurenata. Sasvim je moguće, po mišljenju Komisije, da predator preferira da postojeći konkurenti ostanu na tržištu, ali oslabljeni.⁶⁵⁷ Na takav način, dominantno preduzeće eliminiše rizik da imovina eliminisanog konkurenta bude preuzeta od drugog, produktivnijeg konkurenta, čime se njegova predatorska nastojanja osujećuju. Potrebno je dokazati razumnu verovatnoću takvog ishoda, što Komisija čini procenom faktora koje generalno razmatra u pogledu mogućih efekata eliminatornog ponašanja. Faktori strukturalnog karaktera koje Komisija uzima u obzir su položaj na tržištu dominantnog preduzeća i njegovih konkurenata, uslovi ulaska i ekspanzije i dr. Komisija procenjuje i faktore koji ukazuju na eliminatoran cilj ili efekat predatorskog ponašanja, kao što su dokazi o postojanju namere eliminisanja konkurenta, dokazi o napuštanju tržišta pojedinih konkurenata, obim i trajanje eliminatornog ponašanja i odnos dominantnog preduzeća prema svojim kupcima i dobavljačima. Komisija će posebno uzeti u obzir faktore koji ukazuju na verovatnoću napuštanja tržišta

⁶⁵³ Par. 63 Uputstva o prioritetima.

⁶⁵⁴ Eng. *Average Avoidable Incremental Costs – AAIG*.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, par. 64.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, par. 65–66.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, par. 69.

ili, prosto, slabljenja konkurencije. Tako, na primer, dominantno preduzeće može preduzeti korake da prikrije činjenice ili da dezinformiše konkurente o stvarnoj isplativosti poslovanja na određenom tržištu, kako bi ih odvratilo od namere da mu konkurišu. Dominantno preduzeće može svesno pribegavati taktikama koje doprinose utisku o njegovom predatorskom karkakteru, kako bi se potencijalni konkurenti zastrašili. Osim toga, može preduzimati korake da pogorša finansijsko stanje konkurenata, kako bi im otežalo pribavljanje finansijskih sredstava iz eksternih izvora.⁶⁵⁸

Proces utvrđivanja efekata predatorskog ponašanja u vidu jačanja tržišne pozicije dominantnog preduzeća i nanošenja štete potrošačima je suštinski jedinstven, jer Komisija generalno smatra da detaljna analiza efekata nije neophodna ako iz datih okolnosti proizlazi verovatnoća da će nastupiti štetne posledice za potrošače.⁶⁵⁹ Kada je reč o predatorskoj praksi, Komisija je mišljenja da je razumno pretpostaviti da će potrošačima biti naneta šteta ako predatorsko ponašanje ima za rezultat uvećanje tržišne snage dominantnog preduzeća.⁶⁶⁰ Verovatnoća nastupanja štete za potrošače proporcionalna je verovatnoći eliminatornog efekta predatorskog ponašanja, korigovanoj drugim faktorima, kao što su prepreke ulasku na tržište, odnosno mogućnost ponovnog ulaska eliminisanog konkurenta.

U pogledu mogućih opravdanja za eliminatorno ponašanje, Komisija načelno dopušta mogućnost isticanja objektivnih, u odnosu na preduzeća nezavisnih činioca. Ponašanje preduzeća mora biti srazmerno cilju koji se želi postići, pa bi dominantno preduzeće moralo da dokaže da nema na raspolaganju druga, manje štetna sredstva za postizanje datog cilja. Videli smo da Sud pravde ne dopušta bilo kakvu mogućnost opravdanja za predatorsku cenu koja je ispod prosečnih troškova, jer ne postoje objektivni ekonomski razlozi za opravdanje cena kojima se preduzeću neizbežno nanose gubici. Komisija, međutim, poseže za razlozima izuzeća koji su generalno dopušteni u pravu EU-a, kao što su razlozi javnog zdravlja i bezbednosti,⁶⁶¹ čime izlazi izvan okvira objektivnih opravdanja ekonomske prirode, koje je Sud imao u vidu. Dâ se, na primer, pretpostaviti da bi Komisija prihvatila opravdanje da su prehrambeni proizvodi prodavani u bescenje ili deljeni besplatno nakon vremenske nepogode koja je stanovništvo određenog regiona ostavilo bez urednog snabdevanja.

U pogledu argumenta uvećanja efikasnosti, Komisija izražava sumnju da predatorsko ponašanje može na bilo koji način doprineti većoj produktivnosti predatora.⁶⁶² Ona, ipak, ostavlja odškrinuta vrata za isticanje tog argumenta, pominjući kao moguće opravdanje ispunjavanje uslova ekonomije obima ili drugih vrsta efikasnosti povezanih sa tržišnom

⁶⁵⁸ *Ibid.*, par. 68.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, par. 22.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, par. 70.

⁶⁶¹ *Ibid.*, par. 29.

⁶⁶² *Ibid.*, par. 74.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ *Ibid.*, par. 30.

ekspanzijom, u skladu sa opštim uslovima koji važe za opravdanje svih eliminaturnih ponašanja.⁶⁶³ Argument povećanja efikasnosti sagledava se u svetlu opštih uslova pod kojima je taj argument prihvatljiv u pravu konkurencije EU: 1) mora postajati uzročno-posledična veza između predatorskog ponašanja i uvećanja efikasnosti; 2) predatorsko ponašanje mora biti neophodno za postizanje cilja uvećanja produktivnosti (ne postoji druga razumna alternativa, koja nanosi manje štete za konkurenciju); 3) uvećanje efikasnosti je toliko da kompenzuje štetu koja se nanosi konkurenciji i blagostanju potrošača; 4) predatorsko ponašanje nema za posledicu odvratanje potencijalnih konkurenata.⁶⁶⁴ Na osnovu navedenog, proizlazi da čak i cena koja je ispod nivoa prosečnih varijabilnih troškova (odnosno prosečnih troškova rentabiliteta) može biti zakonita, ukoliko dominantno preduzeće dokaže kumulativnu ispunjenost sva četiri nabrojana uslova. Uobičajena opravdanja, koja se u stručnoj literaturi navode, kao što su oslobađanje od tereta zaliha ili promocija novog proizvoda, mogla bi se podvesti pod uvećanje efikasnosti.

15.1.2. Cenovne makaze (*Margin squeeze*)

Cenovne makaze (eng. *margin squeeze*, *price squeeze*) se mogu smatrati jednim vidom cenovnog predatorstva, s obzirom da obe vrste ponašanja imaju određene zajedničke elemente. Kao prvo, dominantno preduzeće primenjuje taktiku obaranja cena. Kao drugo, dominantno preduzeće redovno primenjuje takvu praksu u nameri eliminacije konkurenta i jačanja svoje tržišne pozicije. Postoje, ipak, razlike, koje opravdavaju da se praksa cenovnih makaza izdvoji u zaseban oblik eliminaturnog ponašanja. Taktiku cenovnih makaza može primenjivati samo vertikalno integrisano preduzeće, koje je dominantno na ushodnom tržištu, a koje je izloženo izvesnoj konkurenciji na nishodnom tržištu. U teoriji još uvek nije postignuta saglasnost oko toga da li je neophodno da vertikalno integrisano preduzeće ima dominantan položaj i na nishodnom tržištu.⁶⁶⁵ Po našem mišljenju, neophodno je da vertikalno integrisano preduzeće ima, ako ne dominantnu tržišnu poziciju, onda makar značajan stepen tržišne snage i na nishodnom tržištu.⁶⁶⁶ U svakom slučaju, potrebno je da se konkurenti dominantnog preduzeća na nishodnom tržištu nalaze u položaju ekonomske zavisnosti, jer od dominantnog preduzeća nabavljaju neophodnu sirovinu ili dominantno preduzeće poseduje infrastrukturu koja je nužna za pružanje usluga na nishodnom tržištu. Dalje, klasično predatorstvo nužno podrazumeva da dominantno preduzeće trpi gubitke ili, makar, da se odriče profita koji bi mogao ostvariti. U slučaju cenovnih makaza, dominantno preduzeće ne mora podnositi gubitke. Ono svoj ukupan profit (od poslovanja na ushodnim i na nishodnom tržištu) preraspoređuje, tako da se većinu, ili celokupan iznos profita ostvaruje na nivou ushodne aktivnosti. Konačno, u slučaju predatorstva potrošači su, naizgled, u

⁶⁶⁵ L. Hou, *Some aspects of price squeeze within the European Union: A case law analysis*, European Competition Law Review, br. 5/2011, s. 250-257.

⁶⁶⁶ Razlozi su isti kao i u slučaju klasičnog predatorstva. Predator mora posedovati sposobnost da apsorbuje tržišnu tražnju izazvanu eliminacijom konkurenata, što mu je lakše ako već poseduje veliki tržišni udeo. Drugo, vertikalno integrisano preduzeće mora da bude cenovni lider na nishodnom tržištu, kako bi njegovo ponašanje imalo uticaja na konkurentsku poziciju ostalih preduzeća.

dobitku dok traje predatorska praksa, jer dominantno preduzeće obara cene. Štetne posledice za njih nastupaju tek ako predator uspe u svojoj nameri da eliminiše konkurente, jer je tada u poziciji da povrati izgubljeno povećanjem cena. U slučaju cenovnih makaza potrošači najčešće ni privremeno nemaju nikave koristi, jer dominantno preduzeće može da ostavi cene na nishodnom tržištu takve kakve jesu, ali povećava troškove konkurenata povećanjem veleprodajnih cena.

Zbog opisanih karakteristika, ova vrsta ponašanja karakteristična je za nedavno liberalizovane privredne grane, kao što su energetika, telekomunikacije i saobraćaj. U državama – članicama EU-a i u drugim evropskim državama, na takvim tržištima redovno postoji jedno dominantno preduzeće, sve do nedavno preduzeće zaštićeno zakonskim monopolom, koje na nacionalnom tržištu kontroliše infrastrukturu ili glavne izvore snabdevanja neophodnom sirovinom, dok se konkurencija ispoljava na nishodnim tržištima robe i usluga. Dojučerašnji monopolista (eng. *incumbent*) nastoji da očuva svoju poziciju tako što povećava cenu osnovnog inputa, a snižava cenu krajnjeg proizvoda. Pošto je reč o tržištima koja po pravilu reguliše sektorski regulator, cena osnovnog inputa je regulisana (tako što je određena maksimalna cena ili kriterijumi za određivanje visine cena), pa dominantno preduzeće, na prvi pogled, ravnopravno tretira sopstveno zavisno preduzeće koje posluje na nishodnom tržištu i njegove konkurente. Međutim, snižavanjem cene na nishodnom tržištu dominantno preduzeće primorava rivale da snize nivo svojih maloprodajnih cena, ostavljajući im malu razliku između cena inputa i cene krajnjeg proizvoda, iz koje oni treba da pokriju svoje troškove i ostvare profit. Dominantno preduzeće je tu u prednosti u odnosu na rivale, jer prihodima od svoje ushodne aktivnosti može da pokrije gubitke izazvane sniženjem cena na nishodnom tržištu. Dugoročno, opisano ponašanje može da dovede do eliminacije konkurenata sa nishodnog tržišta, jer dominantno preduzeće onemogućuje rentabilno poslovanje konkurenata na nishodnom tržištu.⁶⁶⁷

S obzirom da se praksa cenovnih makaza redovno upražnjava na regulisanim tržištima, može se postaviti pitanje dopuštenosti ili, barem, adekvatnosti njihovog sankcionisanja na osnovu opštih pravila konkurencije. Cenovne makaze su upravo rezultat ograničene konkurencije na nedavno liberalizovanim tržištima, neadekvatne regulative i nedovoljnog nadzora sektorskog regulatora nad ponašanjem dominantnog preduzeća. U takvim uslovima organ nadležan za zaštitu konkurencije prinuđen je da reaguje, pri čemu su njegova ovlašćenja za kontrolu ponašanja dominantnog preduzeća ograničena na sferu poslovanja u kojoj to preduzeće uživa slobodu samostalnog donošenja poslovnih odluka. U meri u kojoj je njegovo tržišno ponašanje regulisano, ono ostaje izvan sfere domašaja organa nadležnog za zaštitu konkurencije.

⁶⁶⁷ To je, verovatno, razlog zbog kojeg Komisija u svom Uputstvu o prioritetima razmatra praksu cenovnih makaza zajedno sa drugim oblikom eliminatornog ponašanja karakterističnog za vertikalno integrisana preduzeća, odbijanju snabdevanja. Po svojim efektima, cenovne makaze se izjednačuju sa odbijanjem snabdevanja. I jedno i drugo ponašanje onemogućuju poslovanje konkurenata na nishodnom tržištu.

Slično kao i u slučaju cenovnog predatorstva i ovde se postavlja pitanje razgraničenja zdrave konkurencije cenama i obaranja cena kao vida eliminatornog ponašanja. Snižavanje cena na tržištu krajnjeg proizvoda svakako se mora posmatrati kroz prizmu slobode svakog preduzeća, pa i dominantnog, da se cenovnom konkurencijom izbori za svoje kupce. Sa tog aspekta, razmatranja o metodama analize troškova u vezi sa cenovnim predatorstvom od koristi su i u kontekstu cenovnih makaza.

15.1.2.1. Nešnal Karbonajzing

Komisija se najpre susrela sa pitanjem granica slobode u formiranju cena vertikalno integrisanih preduzeća u slučaju Nešnal Karbonajzing,⁶⁶⁸ u kome nije donela konačnu odluku, već je samo izrekla privremenu meru. Britanska kompanija Nešnal Koul Bord (NKB) imala je gotovo monopolsku poziciju na tržištu proizvodnje sirovog uglja u Velikoj Britaniji, proizvodivši 95% od ukupnih količina. Njeno zavisno društvo u stoprocentnom vlasništvu, Nešnal Smoukles Fjuel (NSF), koje se bavilo preradom uglja za industrijsku upotrebu i upotrebu u domaćinstvima, takođe je imalo vrlo jaku tržišnu poziciju, sa 88% proizvodnje mrkog uglja za domaćinstva i 84% od ukupno proizvedenih količina uglja (za industrijsku i upotrebu u domaćinstvima). Njegov jedini konkurent na tržištu prerađenog uglja bila je nezavisna kompanija Nešnal Karbonajzing Kompani (NKK), koja je uglj prodavala delom na tržištu Velike Britanije, a delom u izvozu. NKB je u jednom trenutku povećalo cene sirovog uglja, a u isto vreme porasli su i ostali troškovi prerade uglja. NSF, kao lider na tržištu prerađenog uglja, međutim, nije povećalo svoje prodajne cene, te je NKK bila primorana da je prati sa svojim cenama. NKB je donela odluku da odobri rabat od 10% na cenu uglja koji se prodaje za upotrebu u domaćinstvima u Velikoj Britaniji, ali je naknadno nekoliko puta povećavala cenu sirovog uglja, tako da odobreni rabat, po tvrđenju NKK-a, nije mogao da kompenzira troškove prerade sirovog uglja. NKK je zatražila zaštitu od Komisije (prethodno se bezuspešno obraćala svojoj vladi), upozorivši je da će morati da zatvori svoje pogone ako se nikakvo rešenje ne pronađe. Postupajući po prijavi NKK-a, a na osnovu analize odnosa cena sirovog uglja i prerađenog uglja, Komisija je ustanovila da nema zloupotrebe dominantnog položaja. Ipak, u odluci o privremenoj meri,⁶⁶⁹ upozorila je "...da preduzeće koje ima dominantan položaj u proizvodnji sirovine i time je u poziciji da kontroliše cene nezavisnih proizvođača derivata, i koje i samo proizvodi iste derivate u konkurenciji sa nezavisnim proizvođačima, može zloupotrebiti svoj položaj ako se ponaša na takav način da eliminiše konkurenciju proizvođača na tržištu derivata... Dominantno preduzeće može imati obavezu da uredi svoje cene tako da dozvoli razumno produktivnom proizvođaču derivata dovoljnu marginu da mu omogući dugoročni opstanak."⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ *National Coal Board, National Smokeless Fuels Ltd and National Carbonising Company Ltd*, Službeni list EZ 1976. L 35.

⁶⁶⁹ Odlukom o privremenoj meri Komisija je naložila NKB da snizi cene sirovog uglja do donošenja odluke Suda.

⁶⁷⁰ Odluka Komisije u slučaju Nešnal Koal Bord.

15.1.2.2. Nepir Braun – Britiš Šugar

Komisija je po prvi put meritorno odlučivala povodom pitanja cenovnih makaza u slučaju Nepir Braun – Britiš Šugar.⁶⁷¹ Kompanija Britiš Šugar je bila dominantna na tržištu proizvodnje sirovog i rafinisanog šećera. Na oba tržišta imala je oko 60% tržišnog udela. Komisija je u relevantno tržište uključila šećer proizveden od šećerne repe i od šećerne trske. Na tržištu šećera od šećerne repe u Velikoj Britaniji kompanija Britiš Šugar uživala je monopol. Proizvođači šećera od šećerne repe u EU-u su u to doba dobijali subvencije, zbog čega su oni diktirali tržišnu cenu šećera, dok su proizvođači šećera od uvozne šećerne trske bili prinuđeni da ih prate sa cenama. Komisija je stoga ocenila da druga britanska kompanija, proizvođač šećera od šećerne trske, nije značajna konkurencija kompaniji Britiš Šugar i pored relativno velikog tržišnog udela, koji je iznosio 37%. Kompanija Nepir Braun, pozicionirana na tržištu industrijskog šećera, pokušala je da uđe i na tržište šećera za upotrebu u domaćinstvu i u tom cilju započela je pregovore sa kompanijom Britiš Šugar o isporuci šećera u pakovanjima od jednog kilograma. Kako nisu postigli dogovor, počela je da nabavlja šećer od kompanije Britiš Šugar preko posredničke kompanije, koja je pakovala šećer u pakovanja pod svojim imenom. Nepir Braun je zbog opisanih problema podneo prijavu Komisiji, optužujući Britiš Šugar za više radnji zloupotrebe. Između ostalog, tvrdio je da Britiš Šugar primenjuje cenovnu politiku koja mu onemogućuje opstanak na tržištu. Komisija je uporedila proizvođačke cene šećera kompanije Britiš Šugar i cene koje je naplaćivala za upakovani šećer. Zaključila je da razlika u ceni nije dovoljna da Nepir Braun ili bilo koji drugi konkurent čiji su proizvodni troškovi na nivou troškova Britiš Šugar, može da pokrije troškove u distribuciji šećera.⁶⁷² Takođe, Komisija je ustanovila da je Britiš Šugar svesno prodavao upakovani šećer trgovcima na malo po ceni nižoj od cene koju je davao Nepir Braunu. Komisija je raspolagala internom dokumentacijom kompanije Britiš Šugar, iz koje se videlo da su njeni rukovodioci bili svesni nastojanja Nepir Brauna da uđe na tržište šećera za maloprodaju i da su namerno obarali svoje cene da bi ga osujetili u tom pokušaju.

Može se primetiti da je Komisija u ovom slučaju pribegla analizi troškova dominantnog preduzeća, kako bi ustanovila da li bi podjednako efikasan konkurent mogao da opstane na tržištu pod tim uslovima. Komisija je zaključila u konkretnom slučaju da bi pojednako efikasan konkurent imao profit ravan nuli,⁶⁷³ odnosno da kompanija Britiš Šugar nije pravila gubitak, ali je žrtvovala profit koji je mogla da ostvari kao lider u cenama na tržištu upakovanog šećera. Ako se ovaj slučaj uporedi sa praksom Komisije i Suda pravde u klasičnim predatorskim slučajevima, uočava se da ovde nije bio ispunjen uslov za neoborivu pretpostavku predatorstva, jer cene Britiš Šugara nisu bile ispod nivoa troškova pakovanja i distribucije, ali je postojao drugi činilac – dokaz o nameri eliminacije konkurenta. Komisija je u svojoj odluci utvrdila i postojanje trećeg i četvrtog neophodnog uslova: verovatnoće eliminacije Nepir Brauna i ojačavanje tržišne dominacije Britiš Šugara. Komisija je ukazala da je Nepir Braun jedini proizvođač šećera koji za preradu,

⁶⁷¹ *Napier Brown-British Sugar*, IV/30.178, Službeni list EZL 284, 1988.

⁶⁷² Par. 30-31 odluke Britiš Šugar.

⁶⁷³ *Ibidem*, par. 30.

pored domaćeg, koristi i uvozni šećer sa evropskog kontinenta i da se njegov značaj za konkurenciju na britanskom tržištu ogledao u tome što je uvozni šećer mogao da doprinese većoj cenovnoj konkurenciji na tržištu šećera u maloprodaji, budući da je drugi veliki konkurent, proizvođač šećera od trske morao da prati sa cenama Britiš Šugar.⁶⁷⁴ Komisija je ustanovila postojanje zloupotrebe dominantnog položaja po osnovu cenovnih makaza i po drugim osnovama, ali je Sud poništio njenu odluku.

15.1.2.3. Dojče Telekom

Konačan stav evropskih organa u pogledu prakse cenovnih makaza može se videti u slučaju Dojče Telekom.⁶⁷⁵ Dojče Telekom je telekomunikacioni operater u vlasništvu nemačke države, koji upravlja kablovskom infrastrukturom neophodnom za fiksni telefonski saobraćaj. Nakon liberalizacije nemačkog tržišta telekomunikacija u oblasti fiksne telefonije, 1996. godine,⁶⁷⁶ Dojče Telekom je imao obavezu da omogući drugim operaterima korišćenje svoje kablovske infrastrukture, kako bi se uspostavila konkurencija na tržištu usluga fiksne telefonije. Obaveza se sastojala u pružanju usluga priključka operatera na tzv. lokalnu petlju, koja omogućuje pristup operatera krajnjim korisnicima telefonskih i internet usluga. Cene usluga Dojče Telekoma bile su u posmatranom periodu (1998–2002.) pod kontrolom nemačkog ministarstva za pošte i telekomunikacije. Ministarstvo je primenjivalo metod kontrole cena preko korpe usluga, putem koga se određuje maksimalni nivo cena za jedan paket srodnih usluga, a Dojče Telekom je bio slobodan da samostalno određuje pojedinačne cene usluga u okviru paketa. Komisija je uočila da je u posmatranom periodu dominantni telekomunikacioni operater dva puta snižavao cene svojih usluga krajnjim korisnicima u značajnim procentima i to, posebno, cene usluga telefonskih poziva. On je, takođe, tražio od nacionalnog regulatora da poveća nivo cena usluga u veleprodaji i maloprodaji, ali je ministarstvo udovoljilo samo njegovom zahtevu za povećanje cena u veleprodaji. Konkurentski operateri su se bezuspešno žalili nacionalnom regulatoru i, nakon toga, Evropskoj komisiji. Komisija je nakon žalbe konkurentskih operatera, ustanovila da je Dojče Telekom zloupotrebio dominantan položaj primenjujući praksu cenovnih makaza. Ona je ocenila da je praksa cenovnih makaza evidentna, jer je ustanovljeno da je Dojče Telekom naplaćivao cenu za veleprodajne usluge (usluge priključenja na lokalnu petlju) u iznosu većem od svoje cene maloprodajnih usluga, koju je naplaćivao krajnjim korisnicima. Na taj način je primorao konkurentске operatere da određuju maloprodajne cene za svoje usluge na mnogo višem nivou u odnosu na njegove maloprodajne cene: "Cenovne makaze postoje ako su cene koje se moraju platiti Dojče Telekomu za veleprodajni pristup tako skupe da su konkurenti primorani da naplaćuju svojim krajnjim korisnicima cene više od onih koje Dojče Telekom naplaćuje svojim krajnjim korisnicima za slične usluge. Ako su veleprodajne cene više od maloprodajnih cena, konkurenti Dojče Telekoma, čak i ako su barem toliko efikasni kao to preduzeće, nikada ne mogu napraviti profit."⁶⁷⁷ Komisija takođe nije sprovela posebnu

⁶⁷⁴ *Ibidem*, par. 78.

⁶⁷⁵ *Deutsche Telekom AG v. Commission*, slučaj C-280/08 P, 2010. ECR I-9555.

⁶⁷⁶ Te godine je nemačka donela svoj Zakon o telekomunikacijama, tako da je liberalizovala nacionalno tržište fiksne telefonije pre roka određenog evropskim direktivama u oblasti telekomunikacija (1998.).

⁶⁷⁷ Par. 102 odluke Komisije u slučaju Dojče Telekom, Službeni list EU L 263, 2003. Stanovište Komisije je potvrđeno od strane Opšteg suda i Suda pravde. Vid. odluku Suda pravde u slučaju Dojče Telekom, par. 200.

analizu efekata ponašanja Dojče Telekoma, jer po njenom mišljenju, to u ovom slučaju nije bilo potrebno, ali je ipak konstatovala da postoje prepreke koje onemogućuju ulazak novih konkurenata na tržište.⁶⁷⁸

Sušтина odbrane Dojče Telekoma sastojala se u tome da je njegovo ponašanje bilo regulisano odlukama nacionalnog regulatora, te da, eventualno, postoji odgovornost nemačke države zbog nesprovođenja evropskih direktiva u oblasti telekomunikacija, ali ne i njegova odgovornost po osnovu člana 102 UFEU-a. Nemački regulator je određivao cene veleprodajnih usluga na visokom nivou, zbog čega je ponašanje koje se Dojče Telekomu stavljalo na teret bilo iznuđeno odlukama nacionalnog regulatora. Navedeni argument nije uvažen, zbog toga što je Dojče Telekom, u okvirima ograničenja koja su mu bila postavljena nacionalnom regulativom, posedovao slobodu da samostalno određuje cene u veleprodaji i maloprodaji i primeni taktiku cenovnih makaza. Komisija je tim povodom ukazala na sledeće: “Čak i ako se dâ zamisliti da su nemačke vlasti takođe povredile komunitarno pravo,... optirajući za postepeno uravnoteženje visine naknada za konekcije i pozive, to propuštanje, ako bi bilo ustanovljeno, ne bi uklonilo polje delovanja u okviru koga je preduzeće moralo da smanji cenovne makaze.”⁶⁷⁹

Sud pravde je potvrdio stavove Komisije i Opšteg suda, podsećajući da je ponašanje preduzeća izvan domašaja pravila konkurencije sadržanih u članovima 101 i 102, samo ukoliko propis države – članice primorava preduzeće na takvo ponašanje, ili mu nacionalni pravni okvir ne ostavlja nikakvu mogućnost konkurentnog ponašanja. “U takvom slučaju ponašanje se ne može pripisati autonomnom ponašanju preduzeća, kako to navedene odredbe impliciraju. Članovi 101 i 102, međutim, mogu biti primenjeni ako se ustanovi da nacionalno zakonodavstvo ostavlja otvorenu mogućnost konkurencije, koja može biti sprečena, ograničena ili narušena autonomnim ponašanjem preduzeća...”⁶⁸⁰ “Stoga, stanovište Suda je da, ako nacionalno zakonodavstvo ohrabruje ili olakšava preduzećima da se angažuju u samostalnom nekonkurentnom ponašanju preduzeća, ta preduzeća ostaju podvrgnuta članovima 101 i 102.”⁶⁸¹ U konkretnom slučaju, podsticaj dat preduzeću od strane nacionalnog regulatornog tela, da održi cene na nivou koji je doveo do cenovnih makaza za konkurente čija je produktivnost barem na istom nivou, ne oslobađa to preduzeće odgovornosti po osnovu članova 101 i 102.⁶⁸² Štaviše, Sud pravde nije prihvatio argument Dojče Telekom da je njegovo ponašanje bilo nehatno. Sud je smatrao da je nemački operater morao da ima u vidu moguće konsekvence svoga cenovnog ponašanja.⁶⁸³ Time je Sud implicitno ukazao da je pravilo o posebnoj odgovornosti dominantnih preduzeća još uvek na snazi.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, par. 180-181.

⁶⁷⁹ Par. 265 odluke Opšteg suda, ECR 2008. II-477.

⁶⁸⁰ Par. 80 odluke Suda pravde u slučaju Dojče Telekom.

⁶⁸¹ *Ibidem*, par. 81.

⁶⁸² *Ibidem*, par. 84.

⁶⁸³ *Ibidem*, par. 113.

U pogledu efekata ponašanja Dojče Telekom, Sud pravde u prvi plan ističe narušavanje ravnopravnosti učesnika tržišne utakmice. Cenovna praksa Dojče Telekom ne stavlja njegove konkurente u jednak položaj na tržištu u poređenju sa njim:⁶⁸⁴ "Pošto je maloprodajno tržište usluga krajnjim korisnicima zasebno tržište, a veleprodajne usluge pristupa lokalnoj petlji su neophodne konkurentima koji su barem toliko efikasni kao žalilac da uđu u efektivnu konkurenciju na tržištu, na kome preduzeće, kao u žaliočevom slučaju, ima dominantnu poziciju uveliko kao rezultat zakonskog monopola koji je uživao pre liberalizacije telekomunikacionog sektora, ustanovljenje sistema neometane konkurencije zahteva da dominantno preduzeće ne bude u stanju da, sredstvima cenovne politike na tom maloprodajnom tržištu, nametne svim svojim jednako efikasnim konkurentima konkurentni hendikep tako da spreči ili ograniči njihov pristup na tržište i rast aktivnosti na tom tržištu."⁶⁸⁵ Ipak, iz obrazloženja odluke jasno je da Sud u isto vreme smatra da cenovna praksa Dojče Telekom izaziva nepremostive barijere za ulazak na tržište. Svaka konkurencija je onemogućena zahvaljujući politici Dojče Telekom da naplaćuje veleprodajne cene na višem nivou od sopstvenih maloprodajnih cena. Kablovska telefonska infrastruktura je prirodan monopol, te konkurentima nije isplativo da grade i razviju alternativnu infrastrukturu. Stoga su prinuđeni da traže priključenje na mrežu Dojče Telekom, koji im formalno ne uskraćuje pristup, ali sprovodi diskriminaciju svojih konkurenata u materijalnom smislu, jer im onemogućava rentabilno poslovanje.

U slučaju Dojče Telekom nije se postavilo pitanje koji metod je primeren za analizu troškova vertikalno integrisanog preduzeća u slučaju cenovnih makaza. Zbog ukazanih sličnosti sa klasičnom predatorskom praksom, logično bi bilo primeniti iste ekonomske metode. Komisija u Uputstvu o prioritetima precizira da će u slučajevima cenovnih makaza primenjivati metod dugoročnih prosečnih troškova rentabiliteta, pri čemu osnov za analizu čine troškovi jedinice dominantnog preduzeća koja posluje na nishodnom tržištu. Praktičan problem koji može da iskrсне jeste nemogućnost zasebnog iskazivanja troškova odgovarajuće jedinice. To se neće dogoditi u slučaju dominantnog preduzeća koje se sastoji od grupe međusobno povezanih društava, ali se može dogoditi ako je poslovanje na ushodnom i nishodnom tržištu integrisano u jednu pravnu celinu (jedinствено privredno društvo). Komisija u takvom slučaju predviđa, kao alternativu, analizu troškova konkurenata.⁶⁸⁶

Prioritet Komisije su slučajevi kada dominantno preduzeće snabdeva konkurente proizvodom koji im je objektivno neophodan kako bi mogli učestvovati u konkurenciji na nishodnom tržištu, a postoji verovatnoća da će ponašanje dominantnog preduzeća eliminisati konkurenciju na nishodnom tržištu i da će biti naneta šteta potrošačima. Objektivnu neophodnost proizvoda Komisija procenjuje u svetlu mogućnosti konkurenata da obezbede alternativne izvore snabdevanja, što uključuje i mogućnost da sopstvenim investicijama uđu na ushodno tržište i sebi obezbede nezavisnost u snabdevanju. Komisija procenjuje koliko je to ekonomski racionalna opcija i ističe, kao izuzetak, slučajeve

⁶⁸⁴ Par. 240 odluke Suda pravde u slučaju Dojče Telekom.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, par. 234.

⁶⁸⁶ Par. 80 Uputstva o prioritetima.

prirodnog monopola, kada nema mogućnosti dupliranja kapaciteta, zbog ograničenja koja su nametnuta uslovima ekonomija obima ili opsega, mrežnim efektima i dr.⁶⁸⁷

Mogućnost eliminacije konkurencije na nishodnom tržištu Komisija procenjuje pre svega na osnovu tržišne pozicije vertikalno integrisanog preduzeća na tom tržištu. Komisija ne navodi da je neophodno da preduzeće ima dominantan položaj na nishodnom tržištu, ali naglašava da je verovatnoća eliminacije konkurenata direktno proporcionalna veličini tržišnog udela dominantnog preduzeća na nishodnom tržištu. Uočljiva je analogija sa slučajevima predatorske prakse, jer je potrebno pokazati da će tržišnu tražnju, nakon eliminacije konkurenata, apsorbovati dominantno preduzeće. Zbog toga su, prilikom procene efekata cenovnih makaza na stanje konkurencije na nishodnom tržištu, od značaja sledeći činioci: slobodni kapaciteti dominantnog preduzeća, stepen zamenjivosti proizvoda dominantnog preduzeća i proizvoda konkurenata, značaj konkurenata koji su ugroženi ponašanjem dominantnog preduzeća za očuvanje konkurencije na nishodnom tržištu i, načelno, stepen verovatnoće da će dominantno preduzeće privući onaj deo tražnje na tržištu koji bi mogli da zadovolje eliminisani konkurenti.⁶⁸⁸

Šteta za potrošače ogleda se u većim cenama koje krajnji kupci, odnosno korisnici usluga dominantnog preduzeća moraju da plaćaju.⁶⁸⁹ Uzročno-posledična veza između eliminisanja konkurencije i štete za potrošače je očigledna. Činjenica da dominantno preduzeće svojim ponašanjem eliminiše konkurenciju na nishodnom tržištu, na kome je konkurencija, kao rezultat njegovog prisustva, već nedovoljna, sama po sebi je dovoljna da opravda zaključak da će, nakon što uspe u svojim nastojanjima, dominantno preduzeće moći da podigne cene u odnosu prema krajnjim kupcima.

U slučaju da se ustanovi postojanje cenovnih makaza na osnovu analize navedenih činilaca, teško je zamisliti da dominantno preduzeće može izneti u svoju odbranu ekonomske argumente koji opravdavaju njegovo ponašanje. Pod pretpostavkom da je veleprodajna cena određena srazmerno troškovima dominantnog preduzeća na ushodnom tržištu, a analiza troškova na nishodnom tržištu pokaže nerentabilnost njegovog poslovanja, nema opravdanja zašto dominantno preduzeće naplaćuje niske cene (koje ne pokrivaju troškove) u prodaji na nishodnom tržištu. Druga je mogućnost da je veleprodajna cena određena na suviše visokom nivou, što u praksi najčešće i jeste slučaj, pa dominantno preduzeće prihodima ostvarenim na ushodnom tržištu subvencionira svoje poslovanje na nishodnom tržištu.⁶⁹⁰ Međutim, dominantno preduzeće nije u poziciji da prizna da je veleprodajna cena suviše visoka, jer time priznaje da primenjuje taktiku cenovnih makaza. U slučaju Dojče Telekom, to preduzeće je pokušalo da prebaci odgovornost za visoke cene priključenja operatera na njegovu mrežu na nemačko ministarstvo, koje je odobravalo veleprodajne cene. Međutim, iz opisa činjeničnog stanja može se videti da su cene menjane na inicijativu Dojče Telekoma, što pokazuje da je ovaj operater svesno primenjivao praksu cenovnih makaza, lobirajući kod nacionalnog regulatora da se veleprodajne cene povećaju.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, par. 83.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, par. 85.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, par. 88.

15.1.3. Selektivni popusti i rabati

Odobranje različitih vidova popusta je vrlo česta praksa u komercijalnim odnosima. Prodavac može odobriti popust kupcu iz različitih razloga, koji su najčešće legitimni: zbog toga što kupac plaća unapred ili u gotovom, pa prodavac beskamratno dolazi do novčanih sredstava;⁶⁹¹ zbog toga što kupac nabavlja odjednom veću količinu robe, pa štedi prodavcu troškove pakovanja, otpreme i sl.;⁶⁹² zbog toga što kupac kontinuirano nabavlja određenu vrstu robe kod istog prodavca, kao neku vrste nagrade kupcu za njegovu lojalnost. U ovom poslednjem slučaju popusti se uobičajeno nazivaju 'rabati za lojalnost'. Rabati za lojalnost imaju za cilj da podstaknu kupce da se snabdevaju kod istog prodavca i na taj način mu obezbede određeni obim poslovanja i, samim tim, prednost u odnosu na njegove konkurente. Iako se mogu uporediti sa popustima za količine, kod rabata za lojalnost više je naglašen podsticaj koji se daje kupcu da uveća svoj obim poslovanja sa određenim prodavcem i na taj način identifikuje i zarobi onaj deo kupčeve tražnje u odnosu na određeni proizvod koji je u većoj meri elastičan.⁶⁹³

Popusti za količine i rabati za lojalnost sadrže u sebi element diskriminarnosti. Manji kupci, koji ne kupuju veće količine robe plaćaju istu robu skuplje od onih koji kupuju više. U pogledu popusta za količine diskriminacija se gotovo uvek kreće u granicama legalnog. Kako je istaknuto, prodavac ima izvesno ekonomsko opravdanje zašto odobrava popust za veće količine kupljene robe. Takođe, popusti koje prodavac odobrava su po pravilu unapred poznati, tako da su svi kupci u ravnopravnoj poziciji u pogledu prilike da popust ostvare.⁶⁹⁴ Što se tiče prodavčevih konkurenata, njima ništa ne stoji na putu da i sami primenjuju isti način poslovanja, izuzev ako je popust tako veliki, da je zapravo reč o prikrivenoj predatorskoj ceni, kada to ponašanje treba upravo tako i posmatrati. Stvar stoji nešto drugačije kada su u pitanju rabati za lojalnost. Rabati za lojalnost ostvaruju se po pravilu retroaktivno, tek nakon proteka određenog vremena, tokom kojeg je kupac kupovao isključivo kod određenog prodavca. Stoga, rabati za lojalnost mogu imati efekat

⁶⁹⁰ Na tu mogućnost ukazuje i Komisija u par. 117 Obaveštenja o primeni pravila konkurencije na ugovore o pristupu u sektoru telekomunikacija (*Notice on the application of competition rules to access agreements in the telecommunication sector*, Službeni list EU C 265, 1998.), gde objašnjava da se praksa cenovnih makaza može dokazati na osnovu činjenice da nishodna delatnost dominantnog preduzeća ne bi bila profitabilna, ako bi se primenjivala cena koje dominantno preduzeće na ushodnom tržištu naplaćuje konkurentima: „Gubitak koji pravi nishodni ogranak dominantnog preduzeća može biti sakriven ako je dominantni operater alocirao troškove koji potiču iz aktivnosti pristupa, koji bi trebalo da budu prikazani u okviru aktivnosti na nishodnom tržištu, ili je na drugi način nepravilno odredio transferne cene unutar svoje organizacije.“

⁶⁹¹ Kamata u ovom slučaju ipak postoji. Ona je jednaka iznosu popusta.

⁶⁹² Postoje mišljenja da popusti za količinu nisu u vezi sa troškovima prodavca, već da pre ukazuju na snagu kupca, koji kupuje veće količine robe odjednom. Prodavci koji imaju velike fiksne troškove i male varijabilne troškove, naročito su skloni odobravanju količinskih popusta, jer imaju potrebu da pokriju svoje fiksne troškove, dok prodaja većih količina odjednom ne utiče bitno na povećanje njihovih ukupnih troškova. Čak i ako postoje uštede u troškovima prilikom kupovine većih količina robe jednokratno, nije sigurno da se oni reflektuju u visini odobrenog popusta. D. Ridyard, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*, European Competition Law Review, 2002. s. 286-303.

⁶⁹³ *Ibidem*, s. 289.

⁶⁹⁴ Sasvim je drugo pitanje njihovih potreba i mogućnosti. U krajnjoj liniji, čak i kupci koji nemaju objektivne potrebe da nabave veće količine robe odjednom mogu ostvariti pravo na popust ako se međusobno udruže. Primeri takvog načina kupovine u privrednoj praksi su vrlo česti.

da umrtvljuju konkurenciju na tržištu prodavca, budući da prodavac, stavljanjem u izgled popusta, veže kupca za sebe. Posebno su sa tog aspekta štetni rabati za ekskluzivnost, koji se ugovaraju uz obavezu kupca da se isključivo snabdeva, ili da sve svoje potrebe za određenim proizvodom zadovoljava isključivo kod određenog prodavca. Ako prodavac ugovori takve klauzule u odnosu na veći procenat kupaca, u poređenju sa ukupnom tržišnom tražnjom, rabati za lojalnost imajuće za efekat onemogućavanje prodavčevih konkurenata, jer mali deo tržišne tražnje ostaje slobodan.

Konačno, popusti ili rabati mogu se odobravati u okviru plana eliminacije određenog konkurenta. Takvi su, na primer, slučajevi kada prodavac odobrava popust samo kupcima u određenim geografskim regijama, gde on trpi konkurenciju drugih prodavaca. Prodavac može ciljano izabrati kupca koji se snabdeva kod njegovog konkurenta i odobriti mu popust, kako bi ovaj napustio dotadašnjeg prodavca i prešao kod njega.

U evropskom pravu konkurencije popusti za količinu se načelno smatraju zakonitim, pod uslovom da je odobreni popust ekonomski opravdan, tj. srazmeran uštedama koje prodavac postiže prodajom odgovarajuće količine robe, kao i da politika popusta za količinu ne služi kao pokriće za prikrivenu diskriminaciju konkurenata.

15.1.3.1. Portugalske tarife za prizemljenje

Slučaj tarifa za prizemljenje koji su naplaćivali aerodromi u Portugalu vrlo dobro odslikava razliku između pravih količinskih popusta i popusta koji su osnov za prikrivenu diskriminaciju.⁶⁹⁵ Visina tarifa za prizemljenje u Portugalu bila je određena na osnovu broja sletanja i poletanja određene kompanije. Tarifa je najviše pogodovala domaćim portugalskim avio-kompanijama, TAP i Portugalija, koje su ostvarivale popuste od 32,7% na lisabonskom aerodromu i 40,6% na ostalim aerodromima, dok su sve ostale inostrane avio-kompanije ostvarivale popuste između 1% i 8%. Evropska komisija je pokrenula postupak protiv Portugala, tokom kojeg je ova država iznela odbranu da su popusti ekonomski opravdani. Opravdanje je nađeno u potrebi da se podstiče korišćenje domaćih aerodroma kako bi se pokrili troškovi njihove izgradnje i upotrebe i tako postignu ekonomije obima, kao i u podsticanju razvoja domaćeg turizima. Takođe je ukazano da je sistem popusta bio javan, te da je svaka avio-kompanija mogla da ostvari pravo na popust.

Evropska komisija nije prihvatila arugmenat da postoji ekonomsko opravdanje koje opravdava uvođenje različitih cena tarifa za prizemljenje, jer Portugal nije ponudio nikakvo konkretno obrazloženje niti dokaze za to. Portugalski aerodromi su primenjivali progresivnu tarifu, prema kojoj se iznos tarife procentualno više smanjivao što je veći broj poletanja i sletanja određena avio-kompanija imala. Komisija je ukazala da je sistem količinskih popusta inherentno diskriminatoran, jer najveći kupac ili korisnik usluga uvek dobija nižu jediničnu cenu za proizvod nego manji kupci ili korisnici, ali da se to ne može

⁶⁹⁵ *Portugal v. Commission*, slučaj C-163/99, 2001. ECR I-02613. Komisija je postupak vodila protiv države Portugal, jer su tarife za prizemljenje na portugalskim aerodromima bile propisane, ali bez obzira na učesnike u postupku, ovaj slučaj vrlo dobro ilustruje pristup evropskih organa pitanju popusta za količinu.

staviti na teret preduzeću koje odobrava popust. U ovom slučaju primenjivan je stepenasti sistem popusta, što je značilo da se procenat popusta povećavao ako bi se dostigla sledeća stepenica sa unapred određenim minimalnim brojem sletanja i poletanja. Upravo je taj stepenasti sistem vodio diskriminaciji, jer je poslednja, najviša kategorija popusta bila postavljena na tako visokom nivou, da je bila nedostižna za sve strane avio-kompanije. U odsustvu dokaza da dominantno preduzeće ostvaruje takvim sistemom popusta određene uštede ili druge oblike efikasnosti, stepenasti sistem popusta nema opravdanja, posebno ako vodi diskriminaciji koja favorizuje samo nekolicinu najvećih trgovačkih partnera, tj. favorizovanju domaćih avio-kompanija.

Komisija i Sud pravde su navedeni slučaj posmatrali sa aspekta cilja integracije unutrašnjeg tržišta EU. Iako se razmatra pitanje ekonomske opravdanosti popusta, ne procenjuje se njihov efekat na stanje konkurencije na tržištu usluga avionskog prevoza, već je ocenjeno da sistem popusta predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja već na osnovu činjenice da vodi diskriminaciji (inostranih) konkurenata.

15.1.3.2. Hofman – La Roš

Rabati za lojalnost po prvi put su bili razmatrani u slučaju Hofman – La Roš. Švajcarska kompanija je sa svojim kupcima zaključivala ugovore o kupovini vitamina u kojima je ugovarala klauzule o rabatima za lojalnost. Bilo je više vrsta takvih klauzula. Kupci su se obavezivali da će sve svoje potrebe za vitaminima, ili najveći deo njih, zadovoljavati kupovinom od kompanije La Roš. Druga grupa ugovora sadržala je sličnu klauzulu o zadovoljavanju svih potreba kupca u pogledu tačno određene vrste vitamina. Kupci iz treće grupe bili su u obavezi da određeni procenat (75-80%) od svojih ukupnih potreba realizuju kupovinom kod kompanije La Roš. Konačno, četvrta grupa kupaca obavezala se samo da će najveći deo svojih potreba zadovoljiti kupovinom kod imenovane kompanije. Ugovori su mahom bili zaključeni na neodređeno vreme, bilo tako što su sadržali izričitu klauzulu o tome, bilo tako što je bila ugovorena mogućnost prećutnog produženja. Komisija je ustanovila da su se svi ugovori primenjivali duže vremena. Svi ugovori su sadržali klauzule o rabatima koje je kompanija La Roš odobravala po isteku određenog perioda (od šest meseci do godinu dana) u procentu prema količini kupljenih vitamina. U pojedinim ugovorima procenat rabata je bio fiksno utvrđen, dok su drugi sadržali odredbu o povećanju procenta odobrenog rabata u slučaju ostvarenja cilja ugovorenih količina. Konačno, većina ugovora je sadržala tzv. englesku klauzulu, u skladu sa kojom su kupci imali pravo da raskinu ugovor ili da kupuju kod drugog prodavca, ako dobiju povoljniju ponudu od tog prodavca i o njoj obaveste kompaniju La Roš. Engleska klauzula je kompaniji La Roš obezbeđivala transparentnost ponude. Njeni kupci su bili podstaknuti da je obavestavaju o ponudama drugih kompanija, kako bi kod nje ostvarili odgovarajuće benefite. Na taj način je švajcarska kompanija pravovremeno mogla da spreči svaki pokušaj konkurenata da preuzmu njene kupce.

Kompanija La Roš se branila time da su ugovoreni popusti ekonomski opravdani, jer se radi o popustima za količinu. Komisija i Sud pravde su stali na stanovište da ugovorena šema

popusta i engleska klauzula imaju za cilj vezivanje kupaca. Prema obrazloženju Suda, svako ugovaranje ekskluzivnosti u snabdevanju od dominantnog prodavca u pogledu dela ili celokupnih kupčevih potreba predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Zabrana ekskluzivnosti je apsolutna, jer načini ugovaranja ekskluzivnosti nisu od značaja u oceni ponašanja sa stanovišta primene člana 86 (sadašnji 102 UFEU-a). Tako, ekskluzivnost u kupovini biće zabranjena bez obzira na činjenicu da je ekskluzivnost ugovorena na traženje kupca i nezavisno od toga da li je ekskluzivnost ugovorena na izričit način, ili posredno, ugovaranjem sistema odobrenih popusta. Na isti način je zabranjeno faktičko ponašanje dominantnog preduzeća, kada ono jednostrano odobrava popuste za lojalnost – popuste koji se odobravaju zavisno od toga da li kupac sve ili većinu svojih potreba obezbeđuje kupovinom od dominantnog prodavca, nezavisno od ukupnih količina kupljenje robe.⁶⁹⁶ Takve prakse su nezakonite, jer nemaju, osim u izuzetnim slučajevima, nikakvo ekonomsko opravdanje, već imaju za cilj ograničavanje konkurencije. One onemogućavaju ili ograničavaju kupca u izboru svojih izvora snabdevanja i sprečavaju pristup na tržište drugim proizvođačima. Sud je istakao razliku između količinskih rabata i rabata za lojalnost, istakavši da rabati za lojalnost nisu zavisni od količina kupljene robe, već predstavljaju finansijsku pogodnost za kupca koja ima za cilj da spreči da se on snabdeva od konkurentskih proizvođača. Rabati za lojalnost se najčešće ugovaraju pojedinačno sa svakim kupcem, pri čemu se određuju ciljevi (količine robe) koje kupac treba da ostvari, kako bi se identifikovale i apsorbivale individualne potrebe kupca za određenom robom. Rabati za količinu se ugovaraju na način da se povećavaju sa količinom kupljene robe i primenjuju se jednako na sve kupce. Drugo, rabati za lojalnost su nezakoniti, jer dovode do diskriminacije kupaca. Kupci plaćaju različitu cenu za istu količinu kupljene robe, zavisno od toga da li kupuju ekskluzivno od dominantnog prodavca, ili se snabdevaju od različitih prodavaca. Treće, ponašanje je nezakonito, jer omogućuje dominantnom preduzeću da ojača svoju poziciju na rastućem tržištu metodama konkurencije koja nema svoju podlogu u ugovorenim činidbama i zbog toga je konkurencija narušena.⁶⁹⁷

Odlukom u slučaju Hofman – La Roš u pravo konkurencije EU uvedena je oboriva pravna pretpostavka nezakonitosti prakse ekskluzivne kupovine, bilo da je ugovorena, bilo da je podsticana od strane dominantnog preduzeća sistemom rabata za lojalnost. Ona je zabranjena iz više razloga. Kao prvo, ona vodi diskriminaciji kupaca, suprotno slovu člana 102 tačka c) UFEU-a. Kao drugo, ona onemogućuje pristup tržištu konkurentima prodavca i time dopinosi održavanju ili ojačavanju tržišne pozicije dominantnog preduzeća. Treće, ekskluzivitet kao forma konkurentске borbe odstupa od normalnih metoda konkurencije, jer nije rezultat ušteda u troškovima koje dominantno preduzeće ostvaruje predmetnom transakcijom. Preduzeće u dominantnoj poziciji može dokazivati da postoji ekonomsko opravdanje za njegovo ponašanje. Iz navedenog proizlazi da nema nikakve potrebe za istraživanjem i dokazivanjem negativnih efekata prakse ekskluzivne kupovine, niti sa aspekta položaja kupaca na tržištu na kome oni učestvuju u konkurenciji, niti sa aspekta položaja konkurenata dominantnog preduzeća. Jezičko tumačenje sugerise zaključak da bi bilo potrebno, makar, ispitati kako rabati za lojalnost utiču na položaj kupaca u

⁶⁹⁶ Par. 90 odluke Suda u slučaju Hofman-La Roš.

⁶⁹⁷ *Ibidem*.

konkurenciji, jer se članom 102 tačka c) propisuje da je ugovaranje nejednakih uslova za iste transakcije zabranjeno, ako se “poslovni partneri dovode time u lošiji položaj u konkurenciji”. Međutim, stav Suda pravde je da između prakse ekskluzivne kupovine i lošijeg položaja u konkurenciji ugovornih partnera dominantnog preduzeća postoji neizbežna uzročno-posledična veza.

15.1.3.3. Mišelin I

Nešto kasnije, u slučaju Mišelin I, Sud pravde je precizirao stav da ugovaranje rabata za lojalnost predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja pod sledećim uslovima: 1) ako nisu ekonomski opravdani, tj. nemaju podlogu u kontračinidbi druge strane i 2) ako rabati vode ukklanjanju ili ograničavanju kupčeve slobode izbora snabdevanja, onemogućavanju pristupa na tržište konkurentima prodavca, primeni različitih uslova na iste transakcije sa ugovornim parnterima ili ojačavanju dominantne pozicije narušavanjem konkurencije.⁶⁹⁸

Kompanija Mišelin je primenjivala vrlo složen sistem progresivnih rabata u svojim ugovornim odnosima sa kupcima – distributerima rezervnih guma. Visina rabata je ugovarana početkom svake godine sa svakim kupcem pojedinačno. Osnov za odobravanje rabata bila je ostvarena prodaja u prethodnoj godini i ostvarivanje ugovorenog obima prodaje u tekućoj godini. Svake godine ugovoreni obim prodaje se povećavao u odnosu na prethodnu. Takođe, visina rabata je bila povezana sa ostvarenim povećanjem prodatih količina. Razlikovali su se minimalni, srednji i maksimalni ciljevi prodaje, a procenti rabata su se povećavali srazmerno uspehu u ostvarenju različitih nivoa ciljeva. Procenat povećanja rabata je načelno bio manji od procenta ostvarenog povećanja količine prodaje, u većini slučajeva za 4%, a nekada i više. Posle određenog vremena, kompanija Mišelin je promenila praksu i primenjivala samo jedan procenat rabata za postizanje ugovorenog cilja prodaje. Mišelin nije unapred objavljivao svoj sistem rabata, već su ciljevi prodaje i visina rabata razmatrani na sastancima, koji su održavani na početku svake godine između predstavnika Mišelina i njegovih kupaca. Kompanija Mišelin nije, čak, praktikovala da svojim kupcima da pismenu potvrdu ugovorenih rabata za tu godinu. Rabati su se delom isplaćivali avansno, davanjem popusta za iskazanu vrednost kupovine na fakturi svakog meseca, a kasnije svaka tri meseca.

Sud pravde je uočio negativan efekat dugotrajnosti perioda za koji se ugovarao sistem rabata. Neposredno pre isteka perioda kupac je bio pod pritiskom da mora da ostvari zadati cilj kako bi zadržao ostvarene pogodnosti u vidu umanjenja iznosa na fakturi. Poslednja narudžbina je imala takav efekat da je mogla da poništi celokupnu dobit ostvarenu tokom jednogodišnjeg perioda. Pritom, sistem rabata je bio netransparentan i menjao se tokom posmatranog perioda, pa kupci nisu imali nikakvu izvesnost u pogledu iznosa rabata koji će ostvariti. Takva situacija je dodatno stvarala pritisak na distributere da ulože sve svoje napore u prodaju Mišelinovih guma, posebno pred kraj poslovne godine. Kupci su bili stavljeni u položaj ekonomske zavisnosti u odnosu na kompaniju Mišelin, koji se nije mogao opravdati željom te kompanije da poveća obim prodaje i proširi proizvodnju.

⁶⁹⁸ Par. 73 odluke Suda pravde u slučaju Mišelin I.

U takvom položaju, oni nisu mogli objektivno da vagaju konkurentske ponude Mišelina i drugih proizvođača guma. Mišelin je ograničio slobodu kupca u izboru snabdevača.

Istovremeno, opisana praksa je prouzrokovala značajnu barijeru za ulazak na tržište Mišelinovih konkurenata. Dominantan položaj Mišelina kao prodavca je povećavao značaj transakcije za kupca, što je otežavalo pristup na tržište konkurentskim proizvođačima guma. Konkurent koji je hteo da pridobije nekog Mišelinovog kupca, morao bi da mu ponudi mnogo veći procenat rabata, imajući u vidu njegovo manje učešće na tržištu maloprodaje guma. Za razliku od svojih konkurenata, Mišelin je odobravao relativno male procentualne rabate, ali je apsolutan iznos ostvarenog rabata bio veoma veliki, te je konkurentskim proizvođačima bilo teško da daju ponudu koja bi kupcima nadomestila gubitak Mišelinovog rabata.⁶⁹⁹

Iako Sud pravde u slučaju Mišelin I ističe neophodnost utvrđivanja postojanja ekonomskog opravdanja i štetnosti ispoljenih efekata, sam proces utvrđivanja navedenih elemenata koji Sud sprovodi je deduktivne prirode. Sud ocenjuje da sistem rabata za lojalnost nema nikakvo ekonomsko opravdanje i da se opisanom praksom ograničava kupčeva sloboda izbora izvora snabdevanja i time stvaraju prepreke za ulazak Mišelinovih konkurenata na tržište. U ovom slučaju, kao i ranije, organi EU-a iskazali su formalistički pristup u primeni člana 102. Ponašanje je zabranjeno samim tim što se ispoljava u formi popusta za lojalnost, a ne u formi popusta za količinu kupljene robe, koji su dozvoljeni.⁷⁰⁰ Za Komisiju i Sud pravde je samo po sebi očigledno da takvo ponašanje nema ekonomsko opravdanje i da izaziva štetan efekat na stanje konkurencije, koja je već ugrožena prisustvom dominantnog preduzeća, jer stvara veštačke prepreke za ulazak nove konkurencije ili jačanje postojeće.⁷⁰¹

Takav stav evropskih organa je kritikovan, zbog toga što implicira apsolutnu zabranu cenovne diskriminacije od strane dominantnog preduzeća. U teoriji se ukazuje da davanje popusta na dodatne količine kupljene robe za prodavca može imati ekonomskog smisla za preduzeća sa velikim fiksnim i malim varijabilnim troškovima, kojima je bitno da uvećaju ukupan obim prodaje proizvoda i na taj način pokriju velike fiksne troškove. Sa druge strane, priznaje se da cenovna diskriminacija može biti problematična sa aspekta njenog uticaja na stanje konkurencije, ako je upražnjava dominantno preduzeće.⁷⁰²

⁶⁹⁹ *Ibidem*, par. 81-82.

⁷⁰⁰ Tako Komisija u svojoj odluci u slučaju Mišelin konstatuje da „izuzev kratkoročnih mera, nikakvi se popusti ne mogu davati osim ako su povezani sa stvarnim smanjenjem proizvođačkih troškova“.

⁷⁰¹ U literaturi se konstatuje da je odluka u slučaju Hofman-La Roš usledila vrlo brzo nakon što je nemački sud potvrdio odluku Bundeskartellamt-a u slučaju *Kombinationstarifs*. U tom slučaju nemački sud je zauzeo stav da se zloupotreba dominantnog položaja pretpostavlja ako ponašanje izlazi iz okvira metoda zdrave konkurencije i ako dominantno prduzeće time ograničava ili sasvim eliminiše konkurenciju na tržištu na kome je njeno stanje već ugroženo. L. L. Gormsen, *Artucle 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, *Competition Law Review*, br. 2/2006, s. 5-25.

⁷⁰² D. Ridyard, *Exclusionary pricing, op.cit.*, s. 291.

15.1.3.4. Mišelin II

Uprkos tome, u novom postupku pokrenutom protiv iste kompanije za slično ponašanje na francuskom tržištu,⁷⁰³ Komisija i Sud pravde su zadržali isti pristup. Kompanija Mišelin je tokom osamdesetih i devedesetih godina prošlog veka primenivala na francuskom tržištu veoma složen sistem rabata. Dugi niz godina primenivala je kombinovani sistem rabata za količine, rabata za kvalitet usluge i progresivne rabate. Sistem rabata za količine zasnivao se na unapred ugovorenom ciljnom obimu prodaje koji distributer treba da dostigne i progresivnom povećanju procenta rabata srazmerno ostvarenju unapred zadatih ciljeva. Rabati za kvalitet usluge su nominalno ugovarani u cilju poboljšanja usluga koje distributeri guma pružaju krajnjim kupcima, ali je njihov procentualni iznos takođe bio povezan sa ostvarenim ciljem vrednosti prodaje. Progresivni rabat je posebno pismeno ugovaran i predstavljao je nagradu za distributera koji prekorači utvrđenu ciljnu vrednost prodaje. Rabat je odobran na bazi povećanja obima prodaje za 20%, pri čemu je procenat odobrenog rabata iznosio 2-2,5%. Krajem posmatranog perioda, kompanija je promenila svoju politiku rabata i uvela nove kategorije rabata: rabat na fakturi, koji je odobran na bazi ostvarenog obima kupovine u prethodnom periodu, ciljni rabat, koji je dodatno odobran na osnovu preuzete obaveze kupca da ostvari ugovoreni ciljni obim kupovine guma, rabat na kraju godine, koji je bio uslovljen ostvarenom pozitivnom razlikom između preuzetih obaveza kupovine i stvarno kupljenih količina i 'multiproizvodni rabat', samo za kupce kod kojih je učešće prihoda od prodaje Mišelinovih guma prelazilo 50% ukupno ostvarenog prihoda. Konačno, kompaniji je stavljen na teret i sistem finansijskih podsticaja za distributere guma, pod nazivom "Mišelinov klub". Članovi kluba su preuzimali niz obaveza u pogledu očuvanja tržišne pozicije Mišelina (koji kompanija zaverenički naziva 'temperatura'), pružanja informacija kompaniji o celokupnim poslovnim transakcijama, učešću u promotivnim aktivnostima, obaveznom prvom servisu kod Mišelina itd.

Kompanija Mišelin se branila argumentom da se radi o količinskim rabatima, koji su ekonomski opravdani. Sud prve instance je odbio argument, istakavši da naziv rabat za količinu ne određuje njegovu ekonomsku prirodu. Sud je pojasnio da rabati za količinu nisu protivni pravu konkurencije EU, pod uslovom da odražavaju uštede prodavca ostvarene prodajom većih količina. Ako rabati za količinu imaju za cilj da spreče kupce da se snabdevaju od konkurentskih prodavaca, na isti način kao što to čine rabati za lojalnost i ciljni rabati, onda takvo ponašanje može predstavljati zloupotrebu dominantnog položaja.⁷⁰⁴ Sud je podsetio da je u slučaju Portugal protiv Komisije konstatovano da je sistem progresivnih rabata po svojoj prirodi diskriminatoran, jer mali kupci nikada ne mogu da dobiju istu jediničnu cenu kao veliki kupci, zbog toga što ne mogu da kupe velike količine robe i dostignu prag koji se zahteva za ostvarivanje većeg procenta rabata, te da preduzeće ne može biti sankcionisano zbog prirodne diskriminatornosti tog sistema. U ovom slučaju, problematično je bilo to što je rabat obračunavan na bazi ostvarenog

⁷⁰³ *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v. Commission*, slučaj T-203/01 (Mišelin II), 2003. ECR II-4071.

⁷⁰⁴ Par. 59 odluke u slučaju Mišelin II.

ukupnog prometa kupca sa Mišelinom, a ne u pogledu količina pojedinih vrsta proizvoda, što je postojao znatan raspon između minimalnog i maksimalnog rabata⁷⁰⁵ i što je obračunski period za odobravanje rabata bio vrlo dug – iznosio je jednu godinu.⁷⁰⁶ Na taj način rabati za količinu suštinski su poprimili karakter rabata za lojalnost. Sud je ukazao na razlike u efektima količinskih rabata, koji se odobravaju na osnovu svake pojedinačne fakture i rabata koji se odobravaju po isteku ugovorenog perioda. U prvom slučaju, količinski rabati nemaju taj efekat da vezuju kupca za prodavca, dok u drugom imaju. Odgovarajuća razlika postoji između rabata koji se odobravaju samo na bazi razlike više kupljene robe i rabata koji se, kao u Mišelinovom slučaju, odobravaju na celokupnu vrednost kupovine u posmatranom periodu. U drugom slučaju rabati imaju vezujući efekat, koji se pojačava što je period u odnosu na koji se rabat određuje duži.⁷⁰⁷

U pogledu rabata za kvalitet usluge, Sud je takođe potvrdio nalaz Komisije da nije reč o rabatu koji se odobrava na osnovu objektivno merljivih kriterijuma, već na osnovu subjektivnih merila prodavca koji odobrava rabat. Osim toga, ustanovljeno je da je Mišelin dodeljivao određeni broj bodova, koji su bili osnov za dobijanje ovog rabata, na osnovu kriterijuma koji su upućivali da se zapravo radi o rabatu za ostvarivanje ciljnih vrednosti prodaje i za druge kupčeve usluge koje nemaju veze sa kvalitetom njegovog servisa, kao npr. pružanje informacija Mišelinu o stanju na tržištu ili broj polovnih guma koje je kupac vraćao Mišelinu. Komisija je ocenila da su te obaveze kupca služile Mišelinu da ojača svoju tržišnu poziciju.⁷⁰⁸

U pogledu sistema finansijske pomoći za članove “Mišelinovog kluba”, Komisija je našla da je imao za cilj očuvanje tržišnog udela Mišelina i da je stavljao kupce u položaj ekonomske zavisnosti, do te mere da je kompanija kontrolisala celokupno poslovanje članova kluba i onemogućavala im da ustanove poslovnu saradnju sa drugim proizvođačem. Stvarni efekat Mišelinovog kluba se ogledao u stvaranju prepreka za ulazak drugih proizvođača guma na tržište.

Mišelin je osporio odluku Komisije zbog toga što nije utvrđivala stvarne ekonomske efekte opisane prakse. Kompanija se oslonila na definiciju Suda pravde, prema kojoj zloupotreba dominantnog položaja predstavlja objektivni koncept, koji podrazumeva štetan uticaj ponašanja dominantnog preduzeća na strukturu odnosnog tržišta. Kompanija se pozvala na činjenicu da je njen tržišni udeo opao tokom posmatranog perioda, što znači da štetnog efekta ponašanja, u vidu očuvanja ili jačanja tržišne pozicije dominantnog preduzeća, nije bilo. Sud je, međutim, podsetio da član 82 (sadašnji 102) zabranjuje svaku zloupotrebu dominantnog položaja i da se u njemu ne pominje razlika između ponašanja koja imaju za

⁷⁰⁵ Sud je naveo primer tabele količinskih rabata za 1995. godinu objavljen u Mišelinovim Opštim uslovima ugovora, iz kojih se može videti da se pravo na minimalan rabat od 7,5% sticalo sa dostizanjem obima prodaje od 7.000, dok se pravo na maksimalan rabat od 13% ostvarivalo dostizanjem obima prodaje od čitavih 22.000.000, ili gotovo 2.500 puta većeg obima prodaje. Par. 69.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, par. 75.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, par. 88.

⁷⁰⁸ Distributeri su, shodno tome, obezbeđivali Mišelinu neophodne informacije o stanju na tržištu i omogućavali mu da prodre na tržište repariranih guma.

cilj ili za posledicu ograničavanje konkurencije. On je prihvatio da je neophodno pokazati restriktivni efekat ponašanja na konkurenciju, za šta je dovoljno utvrditi da je ponašanje podobno da izazove takav efekat.⁷⁰⁹ “Za svrhe primene člana 82, utvrditi anti-konkurentni cilj i anti-konkurentni efekat su jedna te ista stvar... Ako je pokazano da je cilj koji se ostvaruje ponašanjem preduzeća u dominantnoj poziciji da ograniči konkurenciju, ponašanje će takođe biti skloni takvom efektu.”⁷¹⁰ U konkretnom slučaju, Komisija je dokazala da je cilj sistema rabata bio da se distributeri vežu za kompaniju Mišelin. Takva praksa ima ograničavajući efekat za konkurenciju, jer otežava konkurentima prodavca da stupe na tržište. Što se tiče argumenta kompanije Mišelin da je njen tržišni ideo opao, Sud prve instance je lakonski zaključio da bi vrlo verovatno njen tržišni ideo i cene još više pali, da nije bilo tog njenog ponašanja.⁷¹¹

Sud prve instance je našao da kompanija Mišelin nije ponudila suštinsku argumentaciju za tvrdnju da njeno ponašanje ima ekonomsko opravdanje. Kompanija nije pokazala zbog čega je primenila određene procenete rabata na odgovarajuće iznose prometa, već se poslužila načelnim objašnjenjima. Po njegovom stanovištu, neophodno je pokazati uštede koje se ostvaruju primenom sistema popusta, kako bi se dokazala ekonomska opravdanost sistema popusta.⁷¹²

Ovaj slučaj je značajan, ne zbog prirode ponašanja koje se dominantnom preduzeću stavlja na teret, jer se sistem rabata po svojom stvarnom ekonomskom karakteru ne razlikuje od sistema koji je primenjivan u prvom slučaju, već zbog toga što Sud pravde potvrđuje ranije izneta tumačenja njegove prakse, a naime:

- 1) primena rabata za lojalnost od strane dominantnog preduzeća predstavlja *a priori* zabranjeno ponašanje;
- 2) na dominantnom preduzeću je teret dokaza da postoji ekonomsko opravdanje za takvu praksu;
- 3) nije neophodno da Komisija dokaže da je posledica takve prakse u vidu ograničavanja, odnosno eliminacije konkurencije zaista nastupila, već da je dovoljno da pokaže verovatnoću njenog nastupanja.

⁷⁰⁹ Par. 239 odluke u slučaju Mišelin.

⁷¹⁰ *Ibid.*, par. 241.

⁷¹¹ *Ibid.*, par. 245.

⁷¹² U literaturi se Sudu zamera da suviše usko posmatra mogućnost ekonomskog opravdanja eliminatnog ponašanja, svodeći ga na uštedu troškova dominantnog preduzeća. E. Rousseva, *Abuse of Dominant Position Defences*, u G. Amato, C.D. Ehlermann, *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Oxford 2007. s. 377-431, na s. 409.

15.1.3.5. Britiš Ervež

U slučaju Britiš Ervež uočava se da se organi EU-a uopšte nisu osvrtni na rastuće kritike da nedostaje suštinska analiza efekata primenjenog sistema rabata na stanje konkurencije i, konsekvntno, blagostanje potrošača. Britiš Ervež, najveća britanska avio-kompanija, prodavala je avio-karte na teritoriji Velike Britanije posredstvom putničkih agencija sa kojima je imala zaključene ugovore o prodaji karata. Za uslugu posredovanja u prodaji karata Britiš Ervež je svojim agentima isplaćivao proviziju u ugovorenom procentu od cene karte. Britiš Ervež je primenjivao nagradni sistem bonusa, na osnovu koga se procentualni iznos provizije povećavao ukoliko pojedini agent uspe da pređe ugovorenu vrednost obima prodaje i srazmerno procentu uvećanja obima prodaje u tekućoj godini u odnosu na prethodnu. Ukoliko bi agent ispunio postavljene uslove, uvećana provizija obračunavala bi se na ukupnu vrednost prodaje u posmatranom periodu, a ne samo za onu vrednost prodaje koja je iznad ugovorenog praga. Britanska kompanija Virdžin uložila je žalbu Evropskoj komisiji zbog navedenog ponašanja Britiš Erveža. U međuvremenu, Britiš Ervež je počeo da primenjuje još jedan sistem bonusa, u odnosima sa tri putničke agencije koje su prodavale avio-karte na globalnom nivou. U pismu koje je poslala trima agencijama, kompanija Britiš Ervež ih je obavestila da snižava procenat osnovne provizije, ali da se uvodi dodatna provizija, koja je zavisna od ostvarenih rezultata u prodaji avio-karata. Uvećana provizija isplaćivala se ako bi agencija uspela da ostvari obim prodaje od najmanje 95% u odnosu na isti kalendarski mesec prethodne godine, a maksimalan iznos provizije bi se isplaćivao agenciji koja uspe da ostvari uvećanje prometa od 125%. Kompanija Virdžin je uložila dopunu žalbe Komisiji zbog opisanog ponašanja kompanije Britiš Ervež. Godine 1999., Komisija je donela odluku kojom je utvrdila postojanje zloupotrebe dominantnog položaja, zbog ugovaranja sistema bonusa, koji su, slično kao i rabati za lojalnost, zatvarali tržište usluga prodaje avio-karata za druge avio-kompanije.

Kako je već napred ukazano, odluka Komisija je bila sporna, najpre sa stanovišta njenog nalaza da kompanija Britiš Ervež ima dominantan položaj na tržištu prodaje avio-karata posredstvom putničkih agencija u Velikoj Britaniji.⁷¹³ Tržišni udeo kompanije je u posmatranom periodu (1992–1998.) bio u stalnom opadanju. Tako, dok je 1992. godine ta kompanija imala 46,3% tržišnog udela, u 1998. godini njen udeo pao je na svega 39,7%. Udeo prodaje avio-karata preko putničkih agencija u ukupnom obimu prodaje avio-karata iznosio je 80-85%, što znači da je tržišni udeo kompanije posmatran u odnosu na ukupno tržište prodaje avio-karata bio još manji. Komisija se oslonila na poređenje tržišnih udela kompanije Britiš Ervež i njenih konkurenata, našavši da je njen tržišni udeo u poslednjoj posmatranoj godini u proseku bio 2,2 puta veći od zajedničkog tržišnog udela četiri njena najveća rivala. Ipak, bilo je uočljivo da je tržišna pozicija konkurenata jača, jer je na početku

⁷¹³ Odluka je osporena i sa procesnog stanovišta, jer je donela Komisija koja bila u tehničkom mandatu. Pre toga, svi članovi Komisije podneli su ostavke, izjaviši da će nastaviti da rade do izbora novih članova. Pored toga, kompanija Virdžin je podnela tužbu zbog istog slučaja i američkom sudu, koji je njenu tužbu odbio. U literaturi se ukazuje da kompanija tužilac nije dokazala postojanje štete za potrošače, što je u američkom pravu nužno za uspeh tužbe za delo monopolizacije po osnovu člana 2 Šermanovog zakona. Jones, Surfin, *op.cit.*, s. 514.

posmatranog perioda, tržišni udeo Britiš Ervejz bio 3,9 puta veći od zajedničkog tržišnog udela četiri najveća rivala.

Komisija je zaključila da ugovoreni sistem bonusa vezuje agente za kompaniju Britiš Ervejz, primoravajući ih da forsiraju prodaju karata te kompanije. Ustanovljeno je da je u sistemu bonusa najviše problematično bilo to što se agentu koji je ostvario pravo na uvećanu proviziju, ona obračunavala na celokupan iznos ostvarenog prometa, a ne samo na razliku uvećanja prodaje. Uvećana provizija nije održavala uvećanje zarade za kompaniju, već je za nju, naprotiv, značila gubitak zarade, budući da je uvećanu proviziju obračunavala na ukupan ostvareni promet. To je ukazivalo da sistem nagradnih bonusa nema nikakvo ekonomsko opravdanje, osim cilja očuvanja tržišne pozicije kompanije.⁷¹⁴ Agent koji bi se približio magičnoj granici prometa stoga je bio stimulisan da uloži sve svoje napore i uveća obim prodaje, kako bi ostvario pravo na uvećanu proviziju i značajno uvećao svoj prihod. Konkurentska avio-kompanija, koja bi htela da oduzme deo prodaje od kompanije Britiš Ervejz, morala bi da ponudi znatno veću proviziju, kako bi agentu mogla da kompenzuje gubitak izazvan padom provizije Britiš Ervejza.⁷¹⁵ Komisija je ocenila da opisana praksa omogućuje kompaniji Britiš Ervejz da očuva svoju dominantnu poziciju, nakon liberalizacije tržišta avio-saobraćaja u Evropskoj uniji. Suočena sa argumentom kompanije da nije očuvala tržišni udeo, već da je, naprotiv, on imao tendenciju pada, Komisija je konstatovala da to ne pokazuje da sistem bonusa nije imao efekta, već da se može pretpostaviti da bi konkurenti imali više uspeha da nije bilo tog sistema.⁷¹⁶ Komisija je takođe našla da je sistem bonusa diskriminatoran u odnosu na prodajne agente, jer visina provizije nije zavisila od obima prodaje, već uvećanja prodaje svakog pojedinog agenta. Komisija je pokazala da dva agenta koji imaju isti obim prodaje mogu zaraditi različite iznose provizije, ukoliko su u prethodnoj godini imali različite obime prodaje. Sa druge strane, dva agenta sa različitim obimom prodaje mogli su da zarade isti iznos provizije. Kompanija je pokušala da ponudi ekonomsko opravdanje za svoju praksu, ukazavši da su razlike u visini provizije posledica razlike u nivou efikasnosti i nivou usluge svakog pojedinog agenta. Komisija je prihvatila mogućnost takvog opravdanja, ali je ukazala da u konkretnom slučaju razlike u visini provizije nisu odražavale razlike u obimu prodaje, koje bi ukazivale na veću produktivnost pojedinih agenata. Komisija je zaključila da razlike u visini provizije utiču na položaj u konkurenciji agenata prodaje, koji se takmiče međusobno u prodaji avio-karata kompanije Britiš Ervejz i konkurentskih kompanija.⁷¹⁷

⁷¹⁴ Goyder, Llorens, *EC Competition Law*, op.cit. s. 332.

⁷¹⁵ Komisija je objasnila navedeni stav na primeru agenta koji je sačuvao isti obim prodaje karata Britiš Ervejza u odnosu na prethodnu godinu, u vrednosti od 100.000 funti. Njemu bi pripadala osnovna provizija od 7% , plus uvećanje provizije za 0,1% za svaki procenat prodaje preko 95%, odnosno ukupna provizija od 7,5%, koja bi se obračunavala na celokupan iznos od 100.000 funti prometa. Ako bi smanjio prodaju za samo 1000 funti (1% od ukupnog prometa) u korist prodaje karata druge kompanije, njegova bonus provizija bi pala na 0,4%. To bi ga koštalo 17,4% pada vrednosti njegove provizije koju dobija od Britiš Ervejz, što znači da bi konkurentska kompanija morala da mu ponudi najmanje toliki ili veći iznos provizije, kako bi mu bilo isplativo da smanji prodaju karata Britiš Ervejz.

⁷¹⁶ Par. 107 odluke Komisije u slučaju *British Airways*, 2000/74/EC, Službeni list EU L 30, 2000.

⁷¹⁷ *Ibidem*, par. 111.

Sud prve instance je potvrdio odluku Komisije, ukazavši da je u slučajevima koji uključuju sisteme popusta, rabata i slične prodajne stimulacije, potrebno utvrditi da li je u sistemima prisutan efekat vezivanja ugovornih partnera dominantnog preduzeća, kao i da li postoji ekonomsko opravdanje. U konkretnom slučaju efekat vezivanja postojao je zbog dva razloga: progresivnog karaktera bonusa, čiji je iznos eksponencijalno rastao kako se uvećavao obim prodaje karata i veličine tržišnog udela kompanije Britiš Ervejz, koji se direktno odražavao na visinu ukupnog prihoda agenata prodaje. Kod takvog stanja stvari, čak i malo opadanje obima prodaje karata ove kompanije, značilo bi veliki gubitak u prihodima prodajnih agenata. Sistem bonusa onemogućavao je konkurentske avio-kompanije da konkurišu Britiš Ervejzu, jer svi zajedno nisu imali dovoljno finansijske snage da se suprotstave, ustanovljavajući odgovarajući sistem bonusa koji bi doprineo uvećanju prodaje njihovih avio-karata.⁷¹⁸

Sud pravde je takođe potvrdio odluke Komisije i Suda prve instance, ukazajući da je za postojanje zlopotebe po osnovu člana 102 tačka c), bitno pokazati da ponašanje dominantnog preduzeća, bilo da se sastoji u primeni sistema popusta, rabata ili bonusa, ima eliminatorni efekat, koji se ogleda u podobnosti odnosnog načina ponašanja da oteža ili onemogućí ulazak na tržište konkurenata dominantnog preduzeća, kao i da oteža ili onemogućí ugovornim partnerima dominantnog preduzeća slobodu izbora izvora snabdevanja ili ugovornih partnera.⁷¹⁹ Sud pravde je, time, ostao pri svom stavu izraženom u slučaju Mišelin I, da se eliminatorni efekat ponašanja ne mora ogledati u stvarnom pogoršanju stanja konkurencije, već je dovoljno pokazati da je odnosno ponašanje podobno da ugrozi konkurenciju.

15.1.3.6. Tomra

Među poslednjim slučajevima na temu popusta i rabata koje je Komisija raspravljala pre nego što je donela Uputstvo o prioritetima, jeste slučaj Tomra.⁷²⁰ Tomra je proizvođač mašina za povraćaj staklenih i plastičnih boca, koje gotovo tri decenije prodaje trgovinskim lancima, pretežno u zemljama severne i centralne Evrope.⁷²¹ Njena tržišna pozicija je veoma jaka i u pojedinim zemljama se približava faktičkom monopolu ili kvazi-monopolu. Iako su njeni kupci pretežno veliki trgovinski lanci, njihova ekonomska snaga nije mogla da neutralizuje snagu Tomre, jer je Tomrina konkurencija bila zanemarljiva.

⁷¹⁸ Par. 23-24 odluke Suda pravde u slučaju Britiš Ervejz.

⁷¹⁹ *Ibidem*, par. 67.

⁷²⁰ *Prokent-Tomra*, COMP/E-1/38.113, Službeni list EU C 219, 2008.

⁷²¹ Mašina skenira i skladišti svaki primerak staklene ili plastične ambalaže, koju kupac ubacuje unutra i automatski izdaje vaučer. Dobijeni vaučer kupac može da upotrebi za plaćanje kupovine u objektima trgovinskog lanca u kome je mašina instalirana. Uređaji su u upotrebi u zemljama koje imaju razvijenu praksu otkupa sekundarnih sirovina.

Komisija je u postupku ustanovila da postoje dva tipa ovih mašina, jedan koji se koristi u većim trgovinskim objektima, kada je mašina povezana sa posebnim skladišnim prostorom, u pozadini prodajnog objekta, i drugi, pogodan za manje prodajne objekte i kantine, koji ne zahteva poseban prostor za skladištenje. Komisija je ukazala na mogućnost izdvajanja dva zasebna relevantna tržišta proizvoda, ali u ovom slučaju je zaključila da to nije potrebno, imajući u vidu izuzetno jaku tržišnu poziciju kompanije Tomra na oba podržista.

Pored toga, Tomra je konstantno sprovodila poslovnu strategiju preuzimanja manjih konkurenata, što je bio jedan od razloga da nakon dve decenije od njenog osnivanja nije imala značajnijeg konkurenta na evropskom tržištu.

Komisija je ustanovila da je Tomra u odnosima sa svojim kupcima nastojala na različite načine da uspostavi i očuva ekskluzivitet, kako bi onemogućila pojavu i jačanje konkurencije. Sa pojedinim kupcima je ugovarala klauzulu ekskluzivnosti, bilo eksplicitno, bilo korišćenjem termina kao što su 'preferirani snabdevač', 'primarni snabdevač', '100 odsto lojalan'. Sa svojim kupcima ugovarala je minimalnu vrednost kupovine u određenom periodu i sistem progresivnih retroaktivnih rabata. U drugoj grupi ugovora postojale su klauzule o obaveznoj minimalnoj vrednosti kupovine, koje su bile prilagođene individualnim potrebama kupca, tako da je u praktičnom ishodu kupac preuzimao obavezu da sve svoje potrebe zadovolji kupovinom kod Tomre. Komisija je ustanovila da vrednost minimalne kupovine kupci nisu određivali autonomno, već pod pritiskom Tomre ili stavljanjem u izgled posebnih popusta. U trećoj kategoriji ugovora kupcu je dato pravo na posebne bonuse ako pređe utvrđene pragove vrednosti kupovine. Prvi, najniži prag je bio postavljen tako da obuhvata veći deo kupčevih procenjenih godišnjih potreba, po pravilu više od 50% ukupnih potreba, dok su preostala dva praga bila određena tako da podstaknu kupca da celokupne godišnje potrebe za mašinama realizuje kupovinom kod Tomre. Bonusi su se isplaćivali u novcu ili, eventualno, u mašinama, retroaktivno po isteku ugovornog perioda.

Opisane prakse su doprinosile ekskluzivnosti odnosa Tomre i njenih kupaca, jer su uticale na kupca da sve svoje potrebe tokom određenog perioda zadovolji kupovinom kod kompanije Tomra. Komisija je u nizu internih dokumenata kompanije Tomra pronašla dokaze o njenoj eliminatornoj poslovnoj strategiji. U odnosu na konkurente koji su postigli kakav-takav uspeh u osvajanju tržišta, Tomra je pribegla taktici pokretanja sporova zbog navodne povrede njenih patentnih prava.

Komisija je ustanovila da ugovorne klauzule i prakse sa ekskluzivnim dejstvom imaju eliminatorni efekat, jer su podobne da ograniče pristup konkurentima na relevantno tržište. U pogledu štetnog efekta ugovorenog sistema rabata, Komisija je ukazala na kombinaciju progresivnog sistema rabata i njegovog retroaktivnog dejstva, što je vodilo tome da je kupac finansijski trpeo veliku štetu ako bi se odlučio da minimalni deo svojih ukupnih potreba realizuje kupovinom kod drugih proizvođača. Komisija je takođe utvrdila da je značajan deo ukupne tržišne tražnje bio rezervisan za Tomru, upravo kao efekat njenih praksi ekskluziviteta. Po proceni Komisije, oko 40% od ukupne realizacije prodaje Tomre, odnosi se na prodaju na osnovu ugovora sa nekom od varijanti ekskluzivnog odnosa. Imajući u vidu veoma veliki tržišni udeo Tomre na svim posmatranim nacionalnim tržištima, Komisija je lako zaključila da je preostali deo slobodne tražnje na tržištu bio relativno mali, te da su konkurenti koji bi želeli da preuzmu deo tražnje rezervisane za Tomru, morali da ponude kupcima cenu koja ne pokriva troškove, te bi poslovali sa gubitkom. Navedeni zaključak nije potkrepljen posebnom analizom odnosa troškova i cena, niti se iz sadržine odluke može pretpostaviti da je Komisija sprovela takvu analizu.

Komisija se zadovoljila konstatacijom da je ranija sudska praksa ne obavezuje da utvrđuje da li se eliminatorni efekat u praksi ostvario, ali da je, i pored toga, analizirala stanje konkurencije na tržištu. Ona je utvrdila da je Tomra očuvala veliki tržišni udeo, koji je u proseku iznosio oko 80% (priznavši, ipak, da se primećuje tendencija smanjenja, ali da je još uvek tržišni udeo vrlo veliki), kao i da su njeni konkurenti ostali relativno mali i da gotovo da nema ulaska novih konkurenata na tržište. Komisija je dovela u vezu stabilnost tržišnih udela Tomre sa poslovnim politikom ekskluziviteta u odnosu sa kupcima, primetivši korelaciju između veličine tržišnih udela kompanije i stepena zatvorenosti odnosnog tržišta ugovornim klauzulama sa efektom ekskluzivnosti. Zaključila je da je tržište ostalo faktički monopolističko i da nisu primećene nikakve pozitivne promene u vidu sniženja cena ili veće raznovrsnosti ponude. Iako je obim prodaje rastao, cene nisu padale. Umesto toga one su bile u blagoj stagnaciji, a zabeleženo je i povećanje cena. Stoga je Komisija zaključila da opisano ponašanje nije imalo nikakve pozitivne efekte za potrošače.

Komisija je takođe konstatovala da nema ekonomskog opravdanja za primenjenu praksu. Kompanija Tomra je tvrdila da je povećanje obima prodaje bilo potrebno radi pokrića velikih fiksnih troškova, ali Komisija nije prihvatila ovaj argument, jer nisu ponuđeni nikakvi dokazi za tu tvrdnju. Komisija nije mogla da ustanovi nikakvu objektivnu vezu između obima kupovine i visine rabata, već su rabati, kako je uočeno, bili prilagođeni svakom pojedinom kupcu, što je ukazivalo da je njihova stvarna svrha vezivanje kupca za kompaniju Tomra i stvaranje *de facto* ekskluzivnog odnosa.

Kompanija Tomra je pred Opštim sudom pobijala odluku Komisije zbog toga što je, po njenom mišljenju, Komisija trebalo da utvrdi da li je preostali, nerezervisani deo tržišta, bio dovoljan da obezbedi obim prodaje konkurenata na ekonomičnim nivou. Opšti sud je obio ovaj argument, uz tvrdnju da Komisija nema obavezu da precizno utvrđuje da li je preostali slobodan deo tržišta dovoljan da obezbedi opstanak ograničenog broja konkurenata, kao i da kupci unutar zatvorenog dela tržišta imaju takođe pravo na slobodu izbora, dok konkurenti imaju pravo na zdravu konkurenciju na čitavom tržištu, a ne samo na jednom njegovom delu. Stav Suda je da nije na dominantnom preduzeću da diktira koliko će konkurenata imati pravo da se takmiče za preostali, nerezervisani deo tražnje na tržištu. Dalje, ukoliko bi se i prihvatio argument Tomre, da je potrebno pokazati da je značajan deo tražnje rezervisan, Sud ukazuje da je u ovom slučaju taj uslov ispunjen, jer je zatvoreno dve petine (40%) tržišta, a u ključnim godinama, kada je tražnja bila izuzetno velika, zatvorenost tržišta je bila mnogo veća. Takođe je ukazano na činjenicu da je Tomra zatvorila tržište krajnjih kupaca, a ne tržište distribucije, što je Sud video kao otežavajuću okolnost, jer konkurentski proizvođači nisu bili u prilici da pronađu alternativni kanal distribucije.⁷²² Sud pravde je u postupku po drugostepenom pravnom leku potvrdio, takođe, da ne postoji obaveza Komisije i Opšteg suda u primeni člana 102 da utvrđuju egzaktni procenat zatvorenosti tržišta.⁷²³

⁷²² Par. 240-245 odluke Opšteg suda, *Tomra ASA Systems and others v. Commission*, slučaj T-155/06, 2010. ECR II-4361.

⁷²³ Par. 48, slučaj C-549/10 P, 2012.

Obrana kompanije Tomra nije dotakla pitanje na koji način je Komisija ustanovila nemogućnost konkurenata da se takmiče sa njom za zatvoreni deo tržišta, jer bi morali da podnose gubitke. Da je to uradila, Sud bi morao da iznese stav u pogledu neophodnosti analize odnosa troškova i cena kompanije Tomra i visine troškova koje bi morali da podnesu njeni konkurenti, kako bi uspeji da osvoje tržište koje je ona rezervisala za sebe.

Stav Komisije u tom pogledu izražen je u Upustvu o prioritetima. Komisija ukazuje na osobenost uslovnih rabata, tj. rabata koji se daju pod uslovom da kupac postigne utvrđeni cilj u pogledu obima kupovine. Oni daju inherentnu prednost dominantnom preduzeću, koja se ogleda u tome što trošak rabata dat za uslovne količine može da raspodeli na celokupnu količinu kupljene robe. Krajnja posledica je da dominantno preduzeće snižava prosečnu cenu u odnosu prema pojedinom kupcu, ali ne trpi gubitke posmatrano u odnosu na celokupnu količinu prodate robe (iako je, možda, pretrpelo gubitak u odnosu na prodate primerke preko utvrđenog limita). Retroaktivni rabati posebno imaju eliminatorni efekat, jer je za kupca manje privlačno da svoju tražnju usmeri prema alternativnom izvoru snabdevanja, što se više približava zacrtanom limitu. Eliminatorni efekat je veći što je veći procenat rabata u odnosu na ukupnu cenu. Isto tako, što je postavljeni limit na većem nivou, to je veći njegov efekat da navodi kupce da ostanu verni kupovini od prodavca koji ga odobrava.⁷²⁴ Konačno, individualizirani rabati su pogodniji da vežu kupca za određenog prodavca, u poređenju sa standardizovanim rabatima, koji generalno važe za sve kupce.

Analizu eliminatornih efekata uslovnih rabata Komisija zasniva na metodu 'jednako efikasnog konkurenta', utvrđujući cenu koju bi konkurent dominantnog preduzeća morao da ponudi da bi uspešno parirao ceni dominantnog preduzeća. Ona se izračunava tako što se od redovne cene dominantnog preduzeća oduzima iznos rabata za 'relevantni obim' kupovine. Relevantni obim kupovine se razlikuje od slučaja do slučaja. Ako je reč o običnim rabatima, koji se odobravaju samo na dodatne količine kupljene robe, relevantni obim kupovine predstavljaju upravo te dodatne količine. U slučaju retroaktivnih rabata, Komisija će uzeti u obzir onaj deo tražnje na tržištu koja nije rezervisana za dominantno preduzeće. Cilj je da se utvrdi da li je preostali, slobodan deo tražnje dovoljan da obezbedi ekonomski isplativu proizvodnju, imajući u vidu troškove dominantnog preduzeća i cenu koju naplaćuje (redovna cena umanjena za rabat) kako bi apsorbirao slobodan deo tražnje.⁷²⁵ Ako Komisija ustanovi da je konkurentna cena iznad nivoa dugoročnih prosečnih ukupnih troškova (LRAIC), neminovan je zaključak da bi jednako efikasan konkurent mogao da sa takvom cenom uspešno konkuriše, a da ne trpi gubitke u svom poslovanju. Naprotiv, ako je cena ispod prosečnih troškova rentabiliteta (AAC), postoji neoboriva pretpostavka da praksa rabata zatvara tržište konkurentima. Ako je cena negde između prosečnih troškova rentabiliteta i dugoročnih prosečnih troškova, uzeće se u obzir dodatni faktori, kao što je, na primer, mogućnost konkurenata da cenu za rezervisani deo tražnje takođe iskoriste da bi smanjili cenu za slobodni deo.⁷²⁶ Ovaj stav Komisije nameće analogiju sa slučajevima

⁷²⁴ Uputstvo o prioritetima, par. 40.

⁷²⁵ *Ibidem*, par. 40.

⁷²⁶ *Ibidem*, par. 44.

predatorske prakse, kod kojih takođe postoji siva zona između prosečnih varijabilnih troškova (ili prosečnih troškova rentabiliteta, što je samo jedna varijanta varijabilnih troškova) i prosečnih ukupnih troškova. On je, takođe, u skladu sa stavovima izraženim u teoriji da eliminatorno ponašanje ne treba sankcionisati samo radi toga što ima za posledicu eliminaciju manje produktivnih konkurenata, ali da, sa druge strane, treba izbeći zamke suviše blagog pristupa koji neminovno sa sobom nosi opredeljenje za kriterijum prosečnih varijabilnih troškova kao isključivi kriterijum za razgraničenje između legalnih i nelegalnih eliminatornih ponašanja.⁷²⁷

U pogledu argumenata ekonomske opravdanosti rabata, u Uputstvu o prioritetima se ukazuje da je veća verovatnoća da će biti prihvaćeni kada je reč o standardizovanim rabatima i rabatima koji se odnose samo na uvećani obim prodaje. Komisija u načelu ne odriče mogućnost da individualizirani rabati mogu doprineti uštedama troškova, objašnjavajući to na primeru dominantnog preduzeća koje ima posebne troškove povezane sa zadovoljavanjem posebnih potreba individualnog kupca, koji se umanjuju ako se poveća obim kupovine iznad određenog limita.⁷²⁸

15.1.3.7. Intel

Komisija je u 2009. godini okončala postupak protiv američke kompanije Intel,⁷²⁹ koji je vođen zbog pritužbi konkurenta AMD-a (*Advanced Micro Devices Inc.*) da ova kompanija svojom praksom odobravanja popusta vodećim proizvođačima kompjuterske opreme za kupovinu njenog mikro-procesora x86 zatvara tržište. Intel je najveći svetski proizvođač mikroprocesora koji se baziraju na x86 tehnologiji.⁷³⁰ Većina nekadašnjih proizvođača je u međuvremenu napustila tržište, a praktično jedini preostali konkurent je kompanija AMD. Komisija je procenila da je Intelov tržišni udeo iznosio oko 80% tokom čitavog posmatranog perioda. Ulazak na ovo tržište je povezan sa veoma visokim početnim investicijama, koje se odnose na troškove gradnje i upravljanja fabrikom i troškove istraživanja i razvoja dizajna mikroprocesora, koji se štiti pravima intelektualne svojine. Ulaganja u istraživanja i razvoj su nepovratne investicije, pa je ulazak na ovo tržište onemogućen visokim preprekama za ulazak. Druga vrsta prepreka za ulazak, koju je uočila Komisija, jeste visok nivo proizvodne diferencijacije, što takođe zahteva nepovratna ulaganja u marketing novog brenda mikroprocesora.

Mikroprocesori se ugrađuju u kućišta računara (desktopova, laptopova i servera), te su njihovi najveći kupci vodeći svetski proizvođači računara. Krajnji kupci kupuju računare bilo direktno od proizvođača, bilo od distributera specijalizovanih za prodaju

⁷²⁷ S. Albaek, *The European Commission's Priorities for Enforcement of Article 102 TFEU*, u Basedow, Wurmnest, *op.cit.*, s. 41-51; Ridyard, *op.cit.*, s. 301.

⁷²⁸ *Ibidem*, par. 46.

⁷²⁹ Intel, COMP/37.990, Službeni list EU C 227, 2009.

⁷³⁰ Standard X86 za računarske mikroprocesore uvela je tokom osamdesetih godina kompanija IBM, koja je tada bila vodeća u razvoju tehnologija u ovoj oblasti. X86 mikroprocesori su kompatibilni sa *Windows* i *Linux* operativnim sistemima, s tim što je *Linux* kompatibilan i sa mikroprocesorima koji nisu zasnovani na standardu x86.

kompjuterske i elektronske opreme ili velikih trgovinskih lanaca. Intelovi mikroprocesori su nešto skuplji od AMD-ovih. Oba proizvođača mikroprocesora su vrlo aktivna na području istraživanja i razvoja, kako bi poboljšali karakteristike svojih mikroprocesora. Tržište mikroprocesora se vrlo brzo razvija; svake dve godine udvostručava se njihova potražnja. Nakon 2000. godine AMD je počeo da ugrožava lidersku poziciju Intela, jer su proizvođači računara uočili da su AMD-ovi mikroprocesori jeftiniji i boljih performansi.

Kada su pojedini proizvođači računara počeli da razmatraju mogućnost da AMD-ove procesore uključe u svoju proizvodnju, Intel je počeo pregovore sa njima tokom kojih je obećavao popuste, ukoliko zauzvrat sačuvaju ekskluzivnost u snabdevanju od Intela. Dogovori o popustima su mahom bili tajni, usmeno dogovarani između najviših predstavnika Intela i proizvođača računara. Ugovori u pismenoj formi su, čak, sadržavali klauzule kojim se izričito potvrđuje neekskluzivnost, ali su obe strane bile svesne da se ta klauzula u praksi ne primenjuje. Komisija je ustanovila da je Intel odobravanjem popusta obezbedio da četiri od deset najvećih svetskih proizvođača kompjutera, Del, HP, Lenovo i NEC, mikroprocesore kupuju, isključivo ili u najvećoj meri, kod Intela. Tako je Del dobijao popust ukoliko bi kupio procesore u količini koja 100% pokriva njegove potrebe, HP je dobijao popust za kupovinu 95% od ukupnih svojih potreba, NEC je ostvarivao pravo na popust kada bi dostigao prag od 80% svojih potreba. Popusti za Lenovo bili su uslovljeni ekskluzivnošću u odnosu na njegovu liniju noutbuk računara. Komisija je pribavila dokumentaciju iz koje se vidi da je proizvođač Del razmatrao mogućnost nabavke mikroprocesora od AMD-a, ali da je odustao, jer AMD nije mogao da ponudi dovoljno nisku cenu i jer je strahovao da će ga Intel kazniti uskraćivanjem popusta. Kada je Del konačno prihvatio ekskluzivnost, Intel ga je nagradio povećanjem popusta. Kompanija HP je odložila lansiranje Acer noutbuk računara sa AMD-ovim procesorom, jer je Intel to od nje tražio i zbog toga što je shvatila da će izgubiti popust ako ne udovolji zahtevu. Pregovori sa NEC-om su započeti nakon što je taj proizvođač počeo u većoj meri da se oslanja na AMD-ove procesore u proizvodnji računara. Pregovori su uspešno okončani tako što se NEC obavezao da će 80% svojih potreba podmirivati kod Intela, a ostatak kod AMD-a, a zauzvrat bi stekao pravo na popust od redovne cene. Kompanija Lenovo je takođe dva puta odložila promociju svojih leptopova baziranih na AMD-ovom procesoru, na zahtev Intela. Na kraju je potpuno odustala od proizvodnje računara sa AMD-ovim procesorima, kako bi Intelu obezbedila ekskluzivnost. Za ove usluge bila je nagrađena posebnim finansijskim sredstvima. Media-Saturn-Holding, najveći trgovac na malo računarima u Evropi, takođe je imao ugovor o ekskluzivnosti sa Intelom, na osnovu koga je dobijao značajna finansijska sredstva. Ovaj trgovac je preuzeo obavezu da će isključivo prodavati računare sa Intelovim procesorom. Iako je bio nezadovoljan saradnjom sa Intelom i pokušavao da otvori mogućnost prodaje i računara sa AMD-ovim procesorom, nije uspevao u tome, jer je strahovao od finansijske odmazde Intela.

Komisija je sproveda detaljnu ekonomsku analizu kako bi ustanovila da li je ponašanje Intela bilo podobno da eliminiše 'jednako efikasnog konkurenta'. Poslužila se metodologijom koja je objašnjena u Uputstvu o prioritetima. Najpre je utvrdila koji deo

tražnje kupaca za Intelovim procesorima se može supstituisati AMD-ovim procesorima. Ona je ustanovila da su proizvođači zavisni od Intela u pogledu određenog procenta svojih ukupnih potreba, bilo zbog toga što njihovi kupci traže računare sa tom vrstom procesora, bilo zbog toga što u tekućoj proizvodnji imaju marke računara sa tim procesorom. Komisija je sprovedla analizu troškova Intela, oslanjajući se u osnovi na metod prosečnih varijabilnih troškova, ali korigovan tako da isključi sve troškove koji bi se mogli izbeći ukoliko Intel ne bi proizveo onaj broj procesora koji se odnosi na slobodnu tražnju proizvođača. U konkretnom slučaju, iz analize su isključeni troškovi istraživanja i razvoja, marketinga i troškovi upravljanja, jer su to za Intel neizbežni troškovi. Zatim je Komisija utvrđivala koliko bi mikroprocesora konkurent morao da proda po Intelovoj diskontnoj ceni, kako bi mu proizvodnja bila isplativa. Dobijeni broj je upoređen sa brojem mikroprocesora u okviru slobodnog dela tražnje kupaca. Takva analiza sprovedena je za svakog kupca pojedinačno. Analiza je pokazala da je slobodan deo tražnje kupaca bio relativno mali, dok su, sa druge strane, popusti koje je Intel davao bili vrlo veliki. Stoga je zaključeno da konkurent sa istim nivoom efikasnosti kao Intel (tj. istim nivoom troškova) ne bi mogao da kompenzuje kupcima gubitak popusta, jer bi morao da ponudi cenu koja ne pokriva ni varijabilne troškove neophodne za proizvodnju odgovarajućeg broja mikroprocesora. Konačan zaključak Komisije je bio da Intelovi popusti imaju eliminatoran efekat u pogledu jednako efikasnog konkurenta (u ovom slučaju AMD-a). Komisija je u okviru analize posebnu pažnju posvetila činjenici da su proizvođači sa kojima je Intel imao *de facto* ugovore o ekskluzivitetu strateški značajni kupci, zbog njihove jake tržišne pozicije, prisustva na najprofitabilnijim segmentima tržišta računara i snage brenda. Oni su zauzimali značajan deo tržišta, te je preostali segment tržišta bio suviše mali da bi omogućio vitalnost AMD-a. Komisija je u delu svoje odluke posvećenoj analizi tržišne pozicije Intela, napravila poređenje profitabilnosti najznačajnijih kompanija na tržištu proizvodnje komponenata za računare. Lako se uočava da Intel višestruko premaša AMD po visini neto-profitu (22% neto-profit Intela u poređenju sa svega 3% profita AMD-a).⁷³¹

Komisija je analizirala efekte Intelovog ponašanja na dobrobit potrošača. Ona je istakla da je praksa ugovaranja popusta za lojalnost u ovom slučaju posebno štetna, jer se istovremeno sprovodila na različitim nivoima lanca proizvodnje i isporuke. Intel je onemogućavanjem konkurencije uskratio potrošačima mogućnost izbora kompjutera sa različitim performansama, i to u odnosu na proizvođače kompjutera i distributere kojima poklanjaju najviše poverenja. Intel je sprečio AMD da povрати svoja ulaganja u istraživanja i razvoj, onemogućujući mu pristup dvojici najvećih proizvođača kompjutera, Del i HP, koji su bili najviše prisutni u najatraktivnijim segmentima tržišta računara.⁷³² Onemogućavanjem konkurenta koji se dokazao na polju inovativnosti, unapređenja i razvoja proizvoda, sprečen je razvoj tržišta na štetu potrošača.

U pogledu mogućih opravdanja za Intelovo ponašanje, Komisija je sugerisala da bi Intel morao da pokaže uštede ili neki drugi legitiman cilj koji ostvaruje takvim ponašanjem, da

⁷³¹ Par. 875 odluke Komisije.

⁷³² Podaci o veličini tržišnih udela proizvođača kompjutera su označeni kao poslovna tajna i nisu navedeni u verziji odluke Komisije za javnost.

nije imao na raspolaganju drugu alternativu koja bi bila manje restriktivna u odnosu na konkurenciju, kao i da je njegovo ponašanje srazmerno cilju koji se namerava postići. Intel je u svoju odbranu izneo dva argumenta: 1) da su njegovi rabati samo reakcija na konkurentsku cenu i 2) da su rabati bili neophodni kako bi se postigle neophodne efikasnosti u vidu nižih cena, ekonomija obima, podele rizika i troškova marketinga. U pogledu prvog argumenta, Komisija je uočila da je on u suprotnosti sa tvrdnjama ove kompanije tokom postupka da je AMD slab konkurent, sa velikim troškovima i nekonkurentnim proizvodom. Takođe je uočeno da su se Intelovi rabati odnosili na celokupan promet pojedinog proizvođača sa Intelom, a ne na određenu nabavku kada je AMD konkurisao nižom cenom. Konačno, protiv Intelovog opravdanja govorila je i činjenica da su rabati bili individualizirani, odnosno prilagođeni potrebama pojedinog proizvođača.

Komisija nije prihvatila ni Intelov drugi argument, jer nije podneo materijalne dokaze ni da su navedene efikasnosti zaista ostvarene, niti o uzročno-posledičnoj vezi između odobrenih rabata i ostvarenih efikasnosti. Generalno, Intel nije uspeo da pokaže zašto je bilo neophodno da odobrene rabate uslovljava ekskluzivnim odnosom.

Odluka Komisije u slučaju Intel potvrđena je u celini od strane Opšteg suda.⁷³³ Iako je postupak vođen pre nego što je Komisija donela Uputstvo o prioretitima, vidljiv je njen napor da tvrdnju o postojanju zloupotrebe dominantnog položaja potkrepi analizom efekata prakse uslovnih rabata na stanje konkurencije na tržištu, sa aspekta kriterijuma jednako efikasnog konkurenta, kao i na dobrobit potrošača. Imajući u vidu prethodnu sudsku praksu u oblasti popusta i rabata, taj napor Komisije izgleda suvišan.⁷³⁴ On je, međutim, bio potreban kako bi se pokazala ispravnost stava Komisije i Suda pravde iskazanog u ranijim slučajevima, da su rabati uslovljeni ekskluzivnošću odnosa prodavca i kupca i prilagođeni individualnim kupčevim potrebama, po svojoj prirodi eliminatorni, izuzev individualnih, u evropskoj praksi još nezabeleženih slučajeva dokazane objektivne opravdanosti takve prakse.

15.2. Odbijanje poslovanja

Generalno, u oblasti privatnih odnosa, sloboda odluke da li će se, i pod kojim uslovima, sa drugim licem uspostaviti poslovni odnos, posmatra se kao izraz opšteg načela slobode ugovaranja. U pravu konkurencije, sloboda ugovaranja dominantnog preduzeća je ograničena. Pod određenim uslovima, dominantno preduzeće ima obavezu da zaključi ugovor u kome se pojavljuje na strani prodavca robe ili usluge, kako bi drugoj ugovornoj strani omogućio opstanak u konkurenciji. Odbijanje zaključenja ugovora, prema tome, može predstavljati povredu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja. Takvo ponašanje predstavlja jedan vid diskriminacije ugovornih partnera dominantnog preduzeća,

⁷³³ *Intell v Commission*, slučaj T-286/09, odluka Opšteg suda od 12.06.2014.

⁷³⁴ I sama Komisija se u odluci ograđuje da nema obavezu da sprovede ekonomsku analizu efekata ponašanja Intela, u skladu sa praksom Evropskog suda.

podoban da ugrozi njihov položaj u konkurenciji i zbog toga je suprotan članu 102 tačka c) UFEU-a.

Evropski organi su sukob legitimnih privatnih poslovnih interesa da se odbije zaključenje ugovora i javnog interesa očuvanja konkurencije prvi put rešavali u slučaju Komeršal Solvents.⁷³⁵ Sukob je, kako smo već pokazali, tada rešen u korist javnog interesa, bez primetnog napora Komisije i Suda pravde da konstruišu rukovodne principe za buduće slučajeve. Norma koja proizlazi iz ovog slučaja glasi da preduzeće koje je dominantno na ushodnom tržištu ne može odbiti snabdevanje neophodnom sirovinom svom konkurentu na nishodnom tržištu, ako time ugrožava njegov opstanak u konkurenciji.

15.2.1. Američka teorija i sudska praksa o teoriji neophodnih postrojenja

Kasnija praksa evropskih organa u ovoj oblasti inspirisana je američkom doktrinom o neophodnim postrojenjima (eng. *essential facilities*). Doktrinu je razvila američka pravna teorija na osnovu prakse apelacionih sudova, iako je američki sudovi nikada nisu na generalan način formulisali, niti ju je Vrhovni sud SAD-a eksplicitno potvrdio. Ipak, u američkoj teoriji sve do nedavno je preovladavalo mišljenje da se na osnovu principa teorije neophodnih postrojenja može rešiti spor kada monopolsko preduzeće poseduje infrastrukturu, a drugo preduzeće zahteva pristup i korišćenje te infrastrukture kako bi moglo da obavlja svoju poslovnu delatnost. Naznake teorije javljaju se već četrdesetih godina prošlog veka, u slučaju Lorejn Džurnal.⁷³⁶ Izdavač jedinih gradskih novina odbio je da objavljuje reklame lokalnih biznismena, zbog toga što su objavljivali reklame i na jedinoj gradskoj radio-stanici. Sud je rešio spor tako što je izdavaču naložio obavezu da prihvata reklame. Prvim precedentom u pogledu obaveze dominantnog preduzeća da omogući korišćenje sopstvene infrastrukture konkurentu smatra se slučaj Oter Tejl.⁷³⁷ Nekoliko opština obratilo se vertikalno integrisanoj kompaniji u oblasti proizvodnje, prenosa i distribucije električne energije, sa zahtevom da im proda na veliko električnu energiju radi snabdevanja stanovništva na njihovoj teritoriji, ili da im omogući prenos električne energije putem sopstvenih prenosnih postrojenja od drugog proizvođača. Kompanija je odbila, jer je želela da sačuva tržište maloprodaje električne energije za sebe. Vrhovni sud SAD-a je presudio na njenu štetu, ustvrdivši da na pojedinim tržištima, kao što je tržište električne energije, pristup postrojenjima za prenos električne energije predstavlja jedini mogući način da se uspostavi konkurencija.

Kasnije su američki sudovi više puta doticali sporno pitanje obaveze monopolskog preduzeća da uspostavi poslovnu saradnju sa svojim konkurentima. U slučaju Aspen Skiing,⁷³⁸ postavilo se pitanje opravdanosti prekida poslovne saradnje između dve kompanije koje su upravljale skijalištima u zimskom centru Aspen. Kompanija Aspen Skiing upravljala je skijalištima na tri planine u zimskom centru, dok je njen konkurent posedovao samo skijalište na četvrtoj planini. Neko vreme su obe kompanije prodavale

⁷³⁵ *Commercial Solvents v. Commission, op.cit.*

⁷³⁶ *Loraine Journal Co. v. United States*, 1951. 342 US 143.

⁷³⁷ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 1973. 410 US 366.

⁷³⁸ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 1985. 472 US 585

jedan ski-pas, koji je omogućavao sedmodnevno korišćenje svih skijališta u Aspenu po nižoj ceni. Iznenada, Aspen Skiing odbio je da učestvuje u prodaji zajedničkih ski-pasova, već je skijašima ponudio ski-pas za svoja tri skijališta po istoj ceni. Sud je stao na stranu tužioca, utvrdivši da je uskraćivanje poslovne saradnje način da se eliminiše konkurencija slabije kompanije, da ne postoji opravdan razlog za prekid ugovora i naložio je odgovarajuće obaveze kompaniji Aspen Skiing.

Nakon ovog i drugih manje poznatih slučajeva, američka teorija definisala je principe za primenu doktrine o neophodnim postrojenjima: 1) monopolski položaj preduzeća koje kontroliše neophodna postrojenja ili resurse; 2) praktična ili razumna nemogućnost konkurenata da ih dupliraju; 3) odbijanje monopolskog preduzeća da omogući njihovo korišćenje konkurentu; 4) objektivna mogućnost da se resursi ustupe na korišćenje konkurentu.⁷³⁹ Doktrina neophodnih postrojenja je kritikovana od strane pojedinih američkih teoretičara. Oni ne odriču neophodnost da se resursi monopoliste, koje nije moguće ili nije ekonomski opravdano duplirati, ustupe na korišćenje konkurentu, ali oni ukazuju da teorija nije dovoljeno utemeljena u sudskoj praksi i da stvara brojne principijelne i praktične probleme. Tako se ističe da primena teorije od strane sudova znači da se oni pretvaraju u regulatore, budući da moraju da utvrde pravične uslove pod kojima će konkurent imati pravo korišćenja neophodnih resursa. U slučaju *Oter Tejl*, sud nije imao tu nezgodnu ulogu i mogao je komotno da presudi u korist tužioca, jer je detalje obaveze snabdevanja električnom energijom prepustio na uređivanje nadležnoj regulatornoj agenciji.⁷⁴⁰ U slučaju *Aspen Skiing*, presuđeno je u korist oštećene kompanije, jer su na sudu izneti dokazi o postojanju namere tužene kompanije da monopolizuje tržište, što je sastavni deo inkriminacije dela monopolisanja iz člana 2 Šermanovog zakona. Niži sud je u tom kontekstu govorio o postojanju obaveze omogućavanja korišćenja neophodnih postrojenja, ali je Vrhovni sud, koji je rešavao po žalbi, odbio da razmatra to pitanje. Zbog toga se taj slučaj ne može posmatrati kao presedan za teoriju neophodnih postrojenja, već pre svega kao još jedan slučaj dela monopolisanja. Čak i ako se tako posmatraju, stavovi suda u slučaju *Aspen Skiing* mogu destimulativno uticati na privatno preduzetništvo, jer se

⁷³⁹ R. Pitofsky, *Essential Facilities Doctrine under the United States Antitrust Law*, *Antitrust Law Journal*, 2002. s. 443-462.

⁷⁴⁰ P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, *Antitrust Law Journal*, 1989. s. 848. On ukazuje na osobenost ovog slučaja i razloge zašto je kompanija odbila da prodaje električnu energiju na veliko. Veleprodajnu cenu i druge uslove veleprodaje električne energije propisivalo je savezno regulatorno telo, dok je maloprodaja bila u nadležnosti država članica. Cene u maloprodaji električne energije nisu, po svojoj prilici, bile regulisane, pa je kompanija *Oter Tejl* mogla u maloprodaji da naplaćuje monopolsku cenu. Da je pristala na veleprodaju, tu mogućnost ne bi imala, jer su veleprodajne cene bile ograničene. Na neadekvatnost uloge sudova kao regulatora cena i drugih uslova poslovanja ukazuje i H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution*, Harvard, 2005. s. 247.

⁷⁴¹ Areeda, *Essential Facilities*, *op.cit.*, s. 849. On podseća na drugi slučaj vođen protiv kompanije Kodak, od koje je njen konkurent Berki Foto tražio da mu preda podatke zaštićene patentom koji su se odnosili na njegovu novu kameru, pre nego što se kamera pojavila na tržištu. Sud je odbio zahtev tužioca, jer ne postoji obaveza monopoliste da ustupa svoju industrijsku svojinu konkurentima, ali je izneo stav da bi presudio u korist Berki Foto, da je ustanovljeno da je Kodak kriv za delo monopolisanja. *Berkey Photo v. Eastman Kodak*, 1980. 444 US 1090.

lice koje sopstvenim ulaganjima i radom osvoji tržište može naći u situaciji da deli plodove svoga uspeha sa konkurentima.⁷⁴¹

Važenje teorije neophodnih postrojenja u američkom pravu ponovo se postavilo nakon presude Vrhovnog suda SAD-a u slučaju *Trinko*.⁷⁴² Taj slučaj se odnosio na kompaniju *Verajzon* (eng. *Verizon*), koja je u skladu sa američkom Zakonom o telekomunikacijama iz 1996. godine imala obavezu da konkurentskim operaterima omogući priključenje na sopstvenu mrežu radi pružanja usluga telefonskih razgovora i prenosa podataka. Na pritužbe konkurenata da njihovi zahtevi ostaju neispunjeni, pokrenuti su postupci pred regulatornim telom države Njujork i Saveznom komisijom za komunikacije, koji su okončani obavezujućim nalogima za kompaniju *Verajzon* i poravnanjem sa Saveznom komisijom za komunikacije. Nakon toga, advokatska kancelarija *Trinko*, u svojstvu kolektivnog zastupnika oštećenih, pokrenula je postupak zbog diskriminacije klijenata sa ciljem da se onemogući njihov prelazak kod konkurentskih operatera pred Vrhovnim sudom SAD-a. Vrhovni sud je generalno potvrdio pravo svakog preduzeća da slobodno osvaja tržišnu poziciju gradnjom infrastrukture koja ga čini jedinstvenim u pogledu sposobnosti pružanja određenih usluga svojim klijentima. Očigledno inspirisan teorijskim raspravama, Sud je dalje potvrdio načelnu slobodu svakog preduzeća da odlučuje sa kim će poslovati, koju antimonopolski zakoni ne ograničavaju. Sud je ukazao da obaveza deljenja infrastrukture može delovati destimulativno na preduzeća koja ulažu svoj kapital u te svrhe, da bi to sudove stavilo u poziciju centralnih planera koji treba da se bave određivanjem cena, za šta oni nisu osposobljeni, kao i da obaveza zaključenja ugovora sa konkurentima stvara rizik postizanja dogovora da se ograniči konkurencija, što je svakako nepoželjno.

Ipak, Sud je potvrdio da pod određenim okolnostima, odbijanje saradnje sa rivalima može predstavljati povredu antimonopolskih propisa. Sud nije hteo da precizira koji su izuzeci od načela slobode ugovaranja, zbog svesti o nepredvidivih posledica obaveze da se dele kapaciteti i teškoća u utvrđivanju eliminatornog ponašanja preduzeća. Sud je, dalje, analizirao činjenično stanje u slučaju *Trinko*, poredeći ga sa slučajem *Aspen Skiing*, našavši da između njih postoji velika razlika. U slučaju *Aspen*, dominantno preduzeće prekinulo je bez posebnog opravdanja raniju poslovnu saradnju, odbivši da prodaje kapacitete skijališta po ceni koju je prethodno samo odredilo. U slučaju *Trinko*, kapaciteti nisu prethodno bili na tržištu, već je regulatornim okvirom stvorena obaveza za kompaniju *Verajzon* da ih ustupi na korišćenje po ceni koju je ustanovio regulator.

Sud je našao da doktrina o neophodnim postrojenjima gubi svoju svrhu kada je obaveza omogućavanja pristupa postrojenjima ustanovljena sektorskim propisima. Oblast primene antimonopolskog prava se sužava kada se usvoji posebna regulativa za određeni sektor privrede, koja služi tome da se prepozna i otkloni šteta za konkurenciju. Kada postoje propisi koji regulišu ponašanje dominantnog preduzeća, umanjuje se korist koja se dobija dodatnom primenom antimonopolskih propisa u toj oblasti. Sud je ukazao i na neekonomičnost primene antimonopolskih propisa u regulisanom sektoru, zbog teškoća u prepoznavanju i utvrđivanju specifičnog eliminatornog ponašanja i teškoća za sud i

⁷⁴² *Verizon Communication Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 2004. 540 US 398.

porotu da razumeju detaljnu sektorsku regulativu.

Značaj presude u slučaju *Trinko* je različito tumačen o strane američke teorije. Po jednim, presuda je bila izraz ideologije jednog od najkonzervativnijih sudija američkog Vrhovnog suda, Skelije (eng. *Scalia*), pristalice Čikaške škole i zastupnika minimalne državne intervencije u sferi slobodnog tržišnog privređivanja.⁷⁴³ Po drugima, ova presuda je označila kraj teorije o neophodnim postrojenjima u američkom pravu.⁷⁴⁴ Istina je, po svemu sudeći, negde na sredini.⁷⁴⁵ Opisana američka sudska praksa mora se posmatrati u kontekstu osobenosti američkog antimonopolskog prava. U SAD veliki broj sporova po osnovu Šermanovog zakona pokreće se privatnom tužbom oštećenog lica, kome Šermanov zakon daje pravo da traži naknadu štete u trostrukom iznosu. U suđenju učestvuje porota, sastavljena od običnih građana, koja nema posebna stručna znanja. Otuda, sa jedne strane, rezervisanost američkih sudova da omoguće oštećenom pravnu zaštitu kada ima na raspolaganju druga pravna sredstva. Sa druge strane, razumljiva je sklonost američke porote da presudi u korist tužioca, kada se na sudu iznese dovoljno dokaza o postojanju namere tuženog da eliminiše konkurenta. Presuda u slučaju *Trinko* vrlo dobro odražava prvi pristup. Ako je ponašanje monopoliste regulisano sektorskim propisima, njegova sloboda tržišnog ponašanja je ograničena. U tom kontekstu, ograničena je primena antimonopolskog prava, u odnosu na koje sektorski propisi predstavljaju *lex specialis*.

Američka teorija i sudska praksa saglasni su u stavu da mogu postojati situacije kada je opravdano da antimonopolsko pravo uspostavi obavezu poslovne saradnje monopolskog preduzeća sa njegovim konkurentima. Slučaj *Oter Tejl* odlikava jednu takvu situaciju, nespornu sa stanovišta i pobornika i protivnika teorije o neophodnim postrojenjima – delatnosti u kojima postoji prirodan monopol, ali je sektorska regulativa (ili sektorski regulator) zakazala ili uopšte ne postoji, pa monopolsko preduzeće raspolaže slobodom da svoju monopolsku moć iskoristi da spreči nastanak ili jačanje konkurencije. U pogledu drugih situacija nema potpune saglasnosti. Američka teorija i sudska praksa nikada nisu dali definiciju neophodnih postrojenja (ili resursa).⁷⁴⁶ Sudska praksa pokazuje da je taj pojam vrlo rastegljiv. On može uključivati kako materijalna dobra (zgrade, objekte, transportna postrojenja, oglasni prostor), tako i nematerijalna dobra (prava intelektualne svojine, članstvo u udruženju koje omogućuje vršenje određene delatnosti).⁷⁴⁷ Profesor

⁷⁴³ E. Fox, *The Problem with Trinko*, referat na godišnjem skupu Antimonopolske sekcije Američkog udruženja advokata, 2004. Navedeno prema: D. Geradin, *Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can EU Learn from the U.S. Judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom*, *Common Market Law Review*, 2004, s. 1519-1553.

⁷⁴⁴ Evans, *What's Yours Is Mine*, *The Wall Street Journal Europe*, 3.2.2004., navedeno prema Geradin, *op.cit.*, s. 1519.

⁷⁴⁵ Hovenkamp smatra da Vrhovni sud SAD u presudi u slučaju *Trinko* nije ni potvrdio niti odbacio teoriju. Hovenkamp, *op.cit.*, s. 248. Takođe se iznosi mišljenje da su presudom dometi teorije samo ograničeni. F. Schoen, *Exclusionary Conduct After Trinko*, *New York University Law Review*, Vol. 80, s. 1625-1664.

⁷⁴⁶ Hovenkamp, *op.cit.*, s. 247.

⁷⁴⁷ U slučaju *Esošejtend Pres*, postavilo se pitanje obaveze prijema u članstvo udruženja, koje je omogućavalo svojim članovima razmenu vesti. Udruženje nije primalo u članstvo konkurentne novinske kuće iz istog grada. *Associated Press v. United States*, 1945. 326 US 1.

Arida iznosi stav da se neophodnim može smatrati samo onaj resurs koji je nužan za opstanak preduzeća u konkurenciji i koji je, u isto vreme, nužan za očuvanje konkurencije.⁷⁴⁸ Saglasnost takođe postoji oko toga da preduzeće od koga se zahteva uspostavljenje poslovne saradnje može odbiti zahtev, ako za to ima legitimne poslovne razloge.

15.2.2. Praksa Komisije i Suda pravde EU

Pitanje obaveze dominantnog preduzeća da omogući korišćenje resursa u svom vlasništvu u evropskoj praksi najčešće se postavljalo u pogledu objekata infrastrukture i prava intelektualne svojine. Potrebno je naglasiti da su organi Evropske unije obavezu dominantnog preduzeća da uspostavlja i održava ugovorne odnose u kojima se pojavljuje u ulozi prodavca robe ili usluge postavili vrlo široko, tako da se može slobodno reći da predmet prodaje nije relevantan za teoriju neophodnih resursa u pravu konkurencije EU. Slučaj *Komeršal Solvents* nikako nije usamljen. Svako davanje ili činidba može biti predmet obaveze dominantnog preduzeća, ukoliko se utvrdi da je neophodno za opstanak drugih preduzeća u konkurenciji.

15.2.2.1. Junajted Brends

Slučaj *Junajted Brends* uključivao je i aspekt odbijanja snabdevanja distributera banana. Prema tvrdnji Komisije, *Junajted Brends* je zloupotrebio dominantan položaj i time što je bez opravdanog razloga prekinuo isporuku banana danskom distributeru *Olesenu*. Kompanija se branila da je prekid isporuke usledio kao reakcija na ponašanje distributera, koji je u prodaji favorizovao banane konkurentskog proizvođača i uzeo učešća u njegovoj reklamnoj kampanji. Prema navodima kompanije *Junajted Brends*, *Olesen* se najpre njoj obratio sa zahtevom da mu obezbedi preferencijalan tretman u snabdevanju za dansko tržište. Pošto je kompanija to odbila, *Olesen* je sklopio ugovor sa konkurentskim proizvođačem o ekskluzivnoj distribuciji njegovih banana za dansko tržište. U isto vreme, nastavio je da distribuira banane marke *Čikita*, ali se obim prodaje te marke banana stalno smanjivao, zbog toga što je *Olesen* ulagao sve svoje napore da prodaje banane konkurentskog proizvođača. Prekid isporuke bio je normalna reakcija kompanije *Junajted Brends*. Taj čin nije imao nikakav uticaj na stanje konkurencije na tržištu, jer je cena banana u Danskoj opala za čitavih 40%.

Sud je zauzeo načelan stav da dominantno preduzeće ne može, u cilju marketinga svog proizvoda, koji unovčava na osnovu reputacije brenda, poznatog i cenjenog među potrošačima, da prestane da snabdeva svog dugogodišnjeg kupca, koji poštuje uobičajenu poslovnu praksu i čije narudžbe ni na koji način ne odstupaju od uobičajenih. Takvo ponašanje ograničava tržište na štetu potrošača i vodi diskriminaciji ugovornih partnera, koja u krajnjoj liniji može da dovede do eliminacije jednog od njih sa relevantnog tržišta.⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ *Areeda, Essential Facilities, op.cit.*, s. 852.

⁷⁴⁹ Par. 182-183 odluke *Junajted Brends*.

Sud je prihvatio argument kompanije da je njen legitiman interes da se suprotstavi napadima konkurencije, ali je ukazao da odbrana od napada mora biti proporcionalna. U konkretnom slučaju, prestanak snabdevanja, odnosno potpuni prekid poslovne saradnje nije sankcija koja je srazmerna radnji koja je Olesenu stavljena na teret – da je učestvovao u reklamnoj kampanji konkurenta. Sud je istakao još jedan značajan aspekt slučaja. Sankcija prema Olesenu trebalo je da posluži kao upozorenje ostalim distributerima banana ako pomažu reklamiranje konkurentskih brendova. Stvarni cilj radnje Junajted Brendsa je bio očuvanje i jačanje njegove dominantne pozicije. Sud pravde je, u tom kontekstu, izrekao još jedan generalan stav – da dominantno preduzeće nema pravo da osujećuje nezavisnost malih i srednjih preduzeća u njihovim odnosima sa poslovnim partnerima, što uključuje i njihovo pravo da daju prednost konkurentovoj robi.⁷⁵⁰ Sud nije prihvatio argument odbrane da konkurencija nije ograničena, jer je cena banana pala, pripisavši to ratu cenama koji se jedno vreme odvijao između kompanije Junajted Brands i konkurentске kompanije.⁷⁵¹

15.2.2.2. Si Kontejner – Stena Silink

Slučajevi odbijanja ustupanja na korišćenje objekata infrastrukture redovno uključuju vertikalno integrisano preduzeće, koje poseduje monopol ili dominantnu poziciju na ushodnom tržištu i uskraćivanjem njihovog korišćenja onemogućuje uspostavljanje i jačanje konkurencije na nishodnom tržištu. Prvi takav slučaj, Si Kontejner – Stena Silink⁷⁵² okončan je poravnanjem preduzeća učesnika postupka pred Komisijom, pa Sud pravde nije dobio priliku da se o njemu izjasni. Stena Silink imala je u vlasništvu celokupno zemljište i lučka postrojenja u luci Holihed. Holihed je jedina luka iz koje se može obavljati brodski saobraćaj između Velike Britanije i Irske na tzv. centralnom koridoru. Preostala dva pomorska koridora, južni i severni, nisu adekvatne alternative centralnom koridoru zbog lokacije većih gradova na britanskom i irskom ostrvu. Komisija je navela primer putovanja do Dablina, koje vremenski dvostruko duže traje ako se putuje trajektom koji polazi iz Liverpula, luke na južnom koridoru. Zbog toga je Komisija kao relevantno tržište odredila centralni koridor. Luka Holihed ima ograničene kapacitete, jer je uzana i uska. Stena Silink održavala je već trajektni saobraćaj na centralnom koridoru, zajedno sa kompanijom Bi end Aj, koja je upravljala lukom na irskoj strani koridora, kada joj se obratila kompanija Si Kontejner sa zahtevom da joj dodeli slotove za pristanak brzog trajekta u njenom vlasništvu, kako bi uspostavila svoju liniju na istoj ruti. Kompanija Stena Silink je odugovlačila sa pozitivnim odgovorom, braneći se nedostatkom kapaciteta, protivljenjem irske kompanije, planovima za rekonstrukciju luke i drugim razlozima. Kompanija Si Kontejner je ponudila da sama izgradi privremeni terminal, dok Silink ne završi planirane radove na proširenju kapaciteta luke, ali bezuspešno. Na kraju se Si Kontejner obratio Komisiji sa zahtevom da se obaveže Silink da mu omogući korišćenje lučkih postrojenja. Komisija je utvrdila da Silink ima dominantan položaj na tržištu pružanja lučkih usluga na centralnom koridoru između Velike Britanije i Irske i da je konkurentima fizički i ekonomski

⁷⁵⁰ *Ibidem*, par. 192.

⁷⁵¹ *Ibidem*, par. 196.

⁷⁵² *Sea Containers Ltd/Stena Link*, IV/34.689, Službeni list EU L 15, 1994.

nemoguće da izgrade sopstvene lučke kapacitete na centralnom koridoru. Odbijanje ustupanja postrojenja u luci Holihed predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja: “Preduzeće koje zauzima dominantan položaj u pružanju neophodnog resursa i koje samo koristi taj resurs (odnosno postrojenje ili infrastrukturu, bez kojeg nije moguće pružati uslugu klijentima) i koje odbija drugim preduzećima pristup tom resursu bez opravdanog razloga, ili daje pristup konkurentima pod nepovoljnijim uslovima od onih pod kojim pruža svoje usluge, krši član 86 (sadašnji 102, prim. aut.) ukoliko su ostali uslovi tog člana ispunjeni. Preduzeće koje ima dominantan položaj ne može diskriminatorno da se ponaša u korist sopstvenih aktivnosti na datom tržištu. Vlasnik neophodnog resursa, koji koristi svoju moć na jednom tržištu da bi zaštitio ili ojačao svoju poziciju na drugom, povezanom tržištu, a posebno odbijajući da dâ pristup svojim konkurentima, ili davanjem pristupa pod manje povoljnim uslovima u odnosu na sopstvene usluge i time nameće konkurentu lošiji položaj u konkurenciji, krši član 86.”⁷⁵³ Komisija je pojasnila da navedeno pravilo važi, bez obzira da li konkurent prvi put stupa na tržište ili je reč o konkurentu koji je već prisutan na tržištu. Ona je podvukla da je Si Kontejner nameravao da ponudi na tržištu novu, kvalitetniju uslugu prevoza putnika brzim i udobnim katamaranom. Konstatovala je da kompanija Silink tokom dugotrajnih pregovora nijednom nije ponudila svoj predlog kako da se kompaniji Si Kontejner omogući korišćenje luke Holihed. Komisija je takođe ukazala na neaktivnost lučkih vlasti, koje bi imale koristi od uvođenja dodatnih trajektnih linija, u vidu uvećanja prihoda od lučkih taksi, ali koje ništa nisu preduzele da pronađu rešenje koje bi zadovoljilo interese svih strana u spornom odnosu.

Činjenično stanje u ovom slučaju potpuno opravdava stav Komisije, jer je kompanija Stena Silink imala prirodni monopol u pogledu lučkih postrojenja, a konkurencija na relevantnom tržištu faktički nije postojala.⁷⁵⁴ Nalaganje obaveze ustupanja na korišćenje lučkih kapaciteta je bilo neophodno da bi se uspostavila konkurencija na tržištu usluga trajektnog prevoza. Međutim, Komisija se u svojoj odluci pozvala na neophodnost očuvanja ravnopravnosti konkurenata dominantnog preduzeća. Time je stvorila preduslove da se obaveza ustupanja neophodnih resursa u pravu EU-a široko tumači – kao obaveza dominantnog preduzeća da uvek kada postojeći ili potencijalni konkurent traži korišćenje resursa koji su objektivno neophodni za obavljanje određene delatnosti, dominantno preduzeće ima obavezu da mu izađe u susret. Takođe, u odluci nema reči o pravu dominantnog preduzeća da štiti svoje legitimne poslovne interese. To se pitanje već postavilo u slučaju Komeršal Solvents, kada se moglo videti da evropski organi nisu imali razumevanja za tu vrstu argumentacije.

⁷⁵³ Par. 66 odluke Komisije u slučaju Si Kontejner/Stena Silink.

⁷⁵⁴ Kompanija Bi en Aj, koja je upravljala lukom sa irske strane centralnog koridora, nije imala sopstveni trajektni prevoz, već se bavila prevozom tereta. Irska kompanija je takođe prethodno imala spor sa kompanijom Stena Silink, jer je britanska kompanija promenila raspored vožnje svojih feribota, tako da je ometala brodove irske kompanije prilikom utovara i istovara. Spor je okončan odlukom o privremenim merama Komisije. *Sealink/B&I Holyhead*, IV-34.174, 11.06.1992.

15.2.2.3. Aerodrom Frankfurt

Pravo nezavisnih preduzeća da pružaju usluge koristeći infrastrukturu dominantnog preduzeća bilo je predmet rasprave u slučaju frankfurtskog aerodroma, koji je okončan odlukom Komisije.⁷⁵⁵ Odluka je doneta u vreme kada je Komisija već bila započela program liberalizacije sektora vazdušnog saobraćaja. Direktivom br. 96/67⁷⁵⁶ Evropska unija je naložila državama – članicama uvođenje konkurencije u sektoru aerodromskih usluga opskrbe aviona za vreme dok je prizemljen na aerodromu (eng. *ground-handling*). Usluge opskrbe uključuju različite vrste usluga: prihvat putnika i posade aviona, utovar i istovar prtljaga, tankanje aviona gorivom, pranje aviona, katering usluge i dr. Obaveza otvaranja za konkurenciju se odnosila na veće aerodrome sa prometom od preko tri miliona putnika godišnje. Direktivom je bio predviđen izuzetak, u tom smislu što su države – članice mogle da očuvaju pravo monopolskog pružanja navedenih usluga u odnosu na aerodrome sa malim prostornim i fizičkim kapacitetima i to u ograničenom vremenskom trajanju. Cilj direktive bio je razbijanje monopola aerodroma u pružanju aerodromskih usluga, tako što su usluge koje nisu direktno vezane za bezbednost vazdušnog saobraćaja otvorene za konkurenciju. Otvaranjem za konkurenciju snizile bi se cene aerodromskih usluga, a time i cene avio-prevoza. Nemački propisi u oblasti vazdušnog saobraćaja su bili usklađeni sa pomenutom direktivom, ne predviđajući nikakva ograničenja u pogledu lica koja mogu pružati usluge opskrbe aviona na aerodromu.

Aerodrom Frankfurt je jedan od najvećih evropskih aerodroma, važno čvorište za mnoge vazdušne linije unutar evropskog kontinenta i izvan njega. Nekoliko evropskih avio-kompanija podnelo je pritužbe protiv aerodroma, zbog toga što je zadržao monopol u oblasti pružanja usluga opskrbe aviona na zemlji, ne dozvoljavajući niti da avio-kompanije samostalno vrše pomenute usluge, ni da koriste usluge trećih lica. Aerodrom Frankfurt je u postupku izneo argument nedovoljnih prostornih kapaciteta. Za usluge opskrbe aviona na aerodromu neophodna su servisna vozila. Uvođenje konkurentskih operatera podrazumevalo je povećanje broja servisnih vozila na aerodromu, što bi povećalo intenzitet saobraćaja, ugrozilo bezbednost na aerodromu i optimalno vreme prijvata i otpreme putnika na povezanim letovima.⁷⁵⁷ Nakon analize prostornih kapaciteta aerodroma, Komisija je stala na stanovište da argumenti Aerodroma Frankfurt nisu potpuno opravdani. Utvrđeno je postoji dovoljno mesta za parking servisnih vozila, ali da je saobraćaj na Terminalu 1 dosta gust, te da bi samostalne handling usluge avio-kompanija mogle prouzrokovati problem. Prema mišljenju Komisije, ti problemi bi se mogli prevazići boljom organizacijom aerodromskih usluga, te da Aerodrom Frankfurt nema objektivno opravdanje da onemogući konkurenciju nezavisnih handling operatera i da potpuno zabrani avio-kompanijama samostalne handling usluge. Komisija je bila eksplicitna u stavu da svojinska i upravljačka prava Aerodroma Frankfurt nisu prepreka

⁷⁵⁵ FAG - Flughafen Frankfurt/Mein AG, IV/34.801, Službeni list EU L 72, 1998.

⁷⁵⁶ Council Directive 96/67/EC of 15 October 1996 on access to the ground-handling market at Community airports, Službeni list EU L 272, 1996.

⁷⁵⁷ Aerodrom Frankfurt je imao najkraće vreme prijvata i otpreme putnika na povezanim letovima u Evropi – garantovao je vreme od 45 minuta od sletanja aviona do ulaska putnika u drugi avion. Vreme prijvata i otpreme utiče na konkurentnost aerodroma kao čvorišta za transkontinentalne i interkontinentalne letove.

uspostavljanju konkurencije u pružanju usluga opskrbe aviona. Obaveza omogućavanja vršenja konkurentskih usluga na prostoru aerodroma predstavlja ograničenje prava svojine, ali je ono opravdano ciljevima Ugovora o osnivanju EU i srazmerno nameravanom cilju. Komisija je konstatovala da Aerodrom Frankfurt ima pravo na pravičnu naknadu zbog toga što ustupa svoje objekte na korišćenje konkurentskim operaterima. Komisija takođe nije osporila pravo uprave aerodroma da reguliše način i vreme obavljanja usluga na rampi, ali je ukazala da upravljačko pravo ne znači i pravo aerodroma da samostalno obavlja pomenute usluge.⁷⁵⁸

15.2.2.4. Britiš Midlends – Er Lingus

Komisija je odbila da uvaži legitimne poslovne interese kao opravdanje za odbijanje poslovne saradnje i u drugom slučaju sa početka devedestih godina prošlog veka, Britiš Midlends – Er Lingus.⁷⁵⁹ Slučaj se odnosio na prekid ugovora o prodaji jedinstvene avio-karte za prevoz linijama različitih avio-kompanija (eng. *interlining*). Interlajning je usluga koja je uvedena na inicijativu međunarodnog udruženja avio-prevoznika i u najvećem broju slučajeva avionske kompanije pristaju na taj oblik saradnje, jer je u njihovom interesu. Za putnika je taj aranžman takođe povoljan, jer mu omogućuje da putuje na linijama različitih prevoznika. Kompanija koja proda kartu naplaćuje putniku cenu po tarifi kompanije koja realizuje prevoz, a za sebe zadržava ugovorenu proviziju. Interlajning povećava iskorišćenost avionskih kapaciteta i time profit svih kompanija koje na taj način sarađuju. Kompanija Britiš Midlends je dugi niz decenija imala sporazum o interlajningu sa Er Lingusom. Godine 1989. najavila je da će uspostaviti sopstvenu liniju na ruti između Londona (aerodrom Hitrou) i Dablina. Nakon njene najave, Er Lingus je raskinula ugovor o interlajningu, a pored toga odbila je da prima u svoje avione putnike sa kartama za njegove letove, koje je izdala kompanija Britiš Midlends. I pored očiglednih prepreka koje je Er Lingus postavljala, Britiš Midlends je uspela da se održi na toj ruti. Pre njenog ulaska, na istoj ruti prevoz su obavljali samo Er Lingus i druga britanska kompanija, Britiš Ervejz. Irska kompanija imala je 75% udela, dok je Britiš Ervejz imao 25%. Nakon pojave Britiš Midlensa, udeo obe kompanije je opao za jednu sedminu. Posle nekog vremena, Britiš Ervejz je napustio tržište, a Er Lingus je relativno brzo povratio svoju tržišnu poziciju. Britanske vlasti više nisu dozvolile nijednoj avio-kompaniji da uspostavi liniju na toj ruti. Pored aerodroma Hitrou, saobraćaj između Dablina i Londona se obavlja i preko aerodroma Getvik, Ljuton i Stensed. Pored dve kompanije koje su bile u sporu, letove na liniji Dablin – London imala je još samo irska kompanija Rajan Er. Posmatrano u odnosu na ukupan broj putnika između Londona i Dablina, Er Lingus je imao 66% udela. Udeo kompanije meren na osnovu vrednosti prodaje karata bio je približan.

Komisija je kao relevantno tržište odredila liniju London (Hitrou) – Dablin. Odluku da isključi linije sa polascima sa drugih londonskih aerodroma obrazložila je time da je Hitrou pogodniji za većinu putnika zbog boljih konekcija sa ostalim vrstama prevoza i da ovaj aerodrom predstavlja tranzitnu destinaciju za mnoge avio-kompanije, pa se putnici preko

⁷⁵⁸ Par. 89-96 odluke FAG Frankfurt.

⁷⁵⁹ *British Midland/Air Lingus*, IV-33.544, Službeni list EU L96, 1992.

ovog aerodroma konektuju na druge međunarodne i interkontinentalne letove. Stav Komisije u pogledu određivanja relevantnog tržišta nije uticao na ishod postupka, jer je dominantan položaj kompanije Er Lingus na liniji London – Dublin bio nesporan. Komisija je zaključila da ta kompanija ima veliki udeo na tržištu i da prepreke ulasku na tržište onemogućuju dolazak nove konkurencije. Pored toga, uzela je u obzir i činjenicu da na liniji između Londona i Dablina većinom lete irski državljani, koji preferiraju domaću avio-kompaniju.

Komisija je konstatovala da prekid ugovora o zajedničkoj prodaji karata nije ponašanje koje se može smatrati normalnom konkurencijom. Ukazala je na činjenicu da velika većina svetskih avio-kompanija ima slične aranžmane, te da sam Er Lingus nije prekinuo praksu zajedničke prodaje karata sa druga dva konkurenta na istoj ruti, Britiš Ervejzom i Rajan Erom. Odbijanje zajedničke prodaje karata u praksi se dešava samo u slučajevima platežne nesposobnosti i lošeg boniteta određene kompanije. Er Lingus je kao argument u svoju odbranu istakao da bi nastavkom poslovne saradnje sa Britiš Midlendsom, njegov tržišni udeo opao za nekoliko procenata. Komisija je odbila taj argument: “Čak i kada bi se mogao dokazati, argument da bi interlajning prouzrokovao gubitak prihoda odbijanje ne čini legitimnim.”⁷⁶⁰ Irska kompanija nije podnela dokaze da bi zajednička prodaja karata njoj prouzrokovala značajnije troškove. Sa druge strane, u postupku su predloženi dokazi da bi za britansku kompaniju prekid saradnje predstavljalo značajan hendikep. Komisija je ukazala na činjenicu da je avio-kompanija koja započinje prevoz na određenoj liniji suočena sa problemom da joj je potrebno određeno vreme da dostigne optimalno punjenje svojih aviona, kako bi letovi na toj liniji bili isplativi. Odbijanje interlajninga otežava ulazak na tržište, jer agencije i putnici doživljavaju avio-kompaniju koja nije uključena u aranžman zajedničke prodaje karata kao kompaniju drugog reda, u koju se ne može imati poverenje. Nadalje, mnogim putnicima je mogućnost kombinovanja letova različitih kompanija potrebna. Ako nema te mogućnosti, oni se radije opredeljuju za kompaniju koja ima više letova na istoj liniji, a to je bila, u ovom slučaju, Er Lingus. U takvoj situaciji, jedina opcija koju na raspolaganju ima Britiš Midlends, jeste da uspostavi veći broj letova od samog početka, što će je izložiti velikim troškovima dok ne postigne optimalno punjenje aviona.

Komisija konstatuje da Er Lingus nije uspeo da istisne Britiš Midlends sa tržišta. Štaviše, kompanija je uspela da osvoji značajnu tržišnu poziciju, uspostavljajući “razuman” broj letova na datoj ruti. Putnici sa kartama Britiš Midlendsa još uvek su imali mogućnost da menjaju kartu za neki drugi let iste avio-kompanije. Komisija je priznala da je Britiš Midlends uspela da održi svoju aktivnost na toj liniji, ali suočena sa velikim teškoćama, te da to ne znači da štetnog efekta na konkurenciju nije bilo, jer bi ponašanje Er Lingusa verovatno sprečilo razvoj konkurencije. Njen konačni zaključak bio je da “...zakonitost ponašanja u vreme kada se dogodilo ne može zavisiti od toga da li je konkurent kasnije bio voljan i sposoban da ostane na toj ruti, uprkos teškoćama koje su mu nametnute.”⁷⁶¹

⁷⁶⁰ *Ibidem*, par. 26.

⁷⁶¹ *Ibidem*, par. 29.

Komisija je osudila ponašanje Er Lingusa zbog toga što se, po njenim rečima, u isto vreme ponašao selektivno (diskriminatorno) i eliminatorno.

Odluka Komisije u slučaju Britiš Midlends – Er Lingus ilustruje njen formalistički pristup, zbog koga je mnogo puta kritikovana. Izvesno tržišno ponašanje se sankcioniše zbog toga što je po formi diskriminatorno i zbog toga što preduzeće koje ga upražnjava time ispoljava svoju nameru da eliminiše konkurenta. Raskid poslovne saradnje u prodaji karata ne predstavlja normalnu konkurenciju, jer to nije uobičajeno među avio-kompanijama. Dominantna avio-kompanija nema legitimno pravo da štiti svoje poslovne interese (rizik da će joj prihod biti umanjen), a druga avio-kompanija ima legitimno pravo da troškove svog ulaska na tržište prevale na dominantnog konkurenta. Uprkos teškoćama, mala avio-kompanija opstaje na tržištu, ali to ne znači da razvoj konkurencije nije ugrožen. Vokabular Komisije je u skladu sa jezičkim tumačenjem člana 102 tačka c). Ponašanje kompanije Er Lingus je diskriminatorno, jer se ugrožava položaj u konkurenciji njenog rivala. Međutim, dublja analiza pokazuje protivrečnosti u odluci. Komisija je definisala kao relevantno tržište avio-rutu London (Hitrou) – Dablin, a zatim je ustanovila da se Er Lingus ponaša diskriminatorno, jer ne primenjuje iste uslove prema konkurentu na toj ruti i avio-kompanijama koje voze na drugim rutama. Ali, odnos Er Lingusa prema kompanijama koje voze na drugim rutama ne utiče na konkurentski položaj Britiš Midlendsa na ruti London (Hitrou) – Dablin, jer one ne pripadaju istom relevantnom tržištu. Er Lingus se na isti način ponaša prema Britiš Midlendsu, kao što se ponaša i prema sebi samom, jer se ni on ne može koristiti pogodnostima zajedničke prodaje karata. Diskriminacije, prema tome, uopšte nema. Postoji, evidentno, lošiji položaj u konkurenciji britanske kompanije, ali to nije posledica ponašanja Er Lingusa, već činjenice da se kompanija Britiš Midlends tek pojavila na tržištu, a Er Lingus nema nameru da joj olakša ulazak na svoju štetu. Otkazom poslovne saradnje gube obe kompanije, ali Komisija nije ustanovila koliko iznose gubici jedne i druge kompanije po tom osnovu, već jednostavno zaključuje da je opstanak Britiš Midlendsa na tržištu otežan, ali ne i onemogućen. Čini se da je u ovom slučaju na odluku Komisije presudno uticala evidentna namera Er Lingusa da ukloni svoga konkurenta, u čemu ta kompanija nije uspela, tako da se u konačnom ishodu može zaključiti da je stav Komisije bio da u prisustvu dokaza o nameri eliminisanja, dokaz o stvarnoj eliminaciji konkurenta nije potreban. Drugim rečima, Komisija kažnjava i za pokušaj eliminisanja, iako postoji dokaz da pokušaj nije uspeo. Svaka sličnost sa slučajem Aspen Skiing je slučajna.

15.2.2.5. Magil

Obaveza dominantnog preduzeća da ustupi na korišćenje pravo intelektualne svojine je više puta bila predmet spora pred Komisijom i sudovima EU. Nakon početnog stava Suda pravde da ovlašćenje dominantnog preduzeća da odbije da ustupi licencu za korišćenje prava intelektualne svojine predstavlja suštinu tog monopolskog prava, izraženog u preliminarnom mišljenju Suda pravde na zahtev engleskog suda,⁷⁶² pristup rešavanju problema sukoba privatnog interesa titulara prava intelektualne svojine i javnog interesa

uspostavljanja konkurencije promenjen je u slučaju Magil.⁷⁶³

Na teritoriji Irske u vreme kada je slučaj bio aktuelan, televizijski gledaoci mogli su da gledaju kanale tri televizije, dve irske (tužioci u ovom predmetu) i britanske televizije BBC. Irske televizije su redovno dostavljale izdavačima novina raspored TV programa za naredni dan. To su činile besplatno, uz uslov da novinske kuće poštuju njihove naloge u pogledu formata objavljivanja TV programa. Obe kuće su takođe izdavale posebne TV vodiče sa rasporedom svog TV programa za narednu sedmicu. Izdavačka kuća Magil pokušala je da objavljuje publikaciju koja bi objedinjeno predstavljala TV programe sve tri televizijske kuće. TV kompanije su reagovalе tako što su od irskog suda izdejtvovalе privremenu meru zabrane objavljivanja TV vodiča, zbog kršenja njihovih autorskih prava. Magil se nakon toga obratio Komisiji sa pritužbom da TV kompanije zloupotrebljavaju dominantan položaj odbijanjem da mu daju licencu za objavljivanje TV vodiča.

Sud je našao da tržište izdavanja TV vodiča predstavlja posebno relevantno tržište, koje je ipak povezano sa tržištem emitovanja TV programa. On je stao na stanovište da posedovanje prava intelektualne svojine, samo za sebe, nije dovoljan činilac za izvođenje zaključka o postojanju dominantnog položaja, ali da TV kuće, zahvaljujući tom pravu, uživaju faktički monopol u pogledu objavljivanja informacija o rasporedu TV programa, jer se samostalni izdavači nalaze u položaju ekonomske zavisnosti u pogledu pribavljanja informacija neophodnih za objavljivanje TV vodiča. Sud je zatim izneo stav da ekskluzivnost prava intelektualne svojine, koja je inherentna tom pravu, ne znači da dominantno preduzeće ne može, pod određenim uslovima, zloupotrebiti svoj položaj odbijanjem ustupanja licence za korišćenje tog prava. U konkretnom slučaju, Sud pravde je našao da su TV kompanije odijanjem davanja informacija o nedeljnom rasporedu TV programa onemogućile pojavu proizvoda na tržištu za kojim postoji potreba. Sud je konstatovao da su TV programi koje objavljuju dnevne novine, sa rasporedom za taj dan, najavom sutrašnjeg programa vikendom i praznicima i najavom pojedinih emisija za narednu nedelju, samo u ograničenom obimu zamenjivi sa informacijom o kompletnom rasporedu TV programa u narednoj nedelji, koja gledaocima omogućuje njihovo poređenje i izbor. Gledaoci su bili primorani da kupuju TV vodiče različitih TV kuća, kako bi mogli da prave poređenje. Na taj način su tržište sekundarnog proizvoda zadržale za sebe, bez opravdanog razloga.

⁷⁶² *AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd*, slučaj 238/87, 1988. ECR 6211. Kompanija Volvo registrovala je dizajn za karoseriju svojih vozila u Velikoj Britaniji. Erik Veng je uvezio delove karoserije od neovlašćenih proizvođača, nakon čega ga je Volvo tužio pred engleskim sudom zbog povrede prava intelektualne svojine. Engleski sud je zatražio od Suda pravde preliminarno mišljenje da li kompanija Volvo, odbijanjem da drugim licima ustupi licencu za dizajn za pravičnu naknadu, zloupotrebljava dominantan položaj. Sud pravde je stao na stanovište da pravo vlasnika dizajna da spreči treća lica da proizvode, prodaju ili uvoze, bez njegove saglasnosti, proizvode koji inkorporišu u sebi njegov dizajn, čini suštinu njegovog ekskluzivnog prava. Sud je primetio da bi zloupotreba dominantnog položaja titulara dizajna postojala ako bi dominantno preduzeće odbilo da isporučuje rezervne delove, naplaćivalo visoku cenu za njih ili prestalo da proizvodi rezervne delove, iako je veliki broj vozila tog modela još uvek u opticaju.

⁷⁶³ *Radio Telefís Eirann (RTE) & Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Commission*, sjedinjeni slučajevi C-241/91 P i 242/91 P, 1995. ECRI-743.

Implicitan stav Suda u slučaju Magil je da postoji obaveza ustupanja na korišćenje prava intelektualne svojine ako titular prava uskraćuje pojavu na tržištu proizvoda za kojim postoji potreba.⁷⁶⁴ Ovde se nameće analogija sa institutom prinudne licence u pravu intelektualne svojine, kojim se štiti javni interes da se potrošačima omogući korišćenje novog proizvoda ili inovacije, u slučaju kada pronalazač ne iskorišćava komercijalno svoj pronalazak. *Argumentum a contrario*, da su TV kuće preduzele objavljivanje predmetnog vodiča, ne bi postojala zloupotreba dominantnog položaja.⁷⁶⁵ Težište u ovom slučaju je na zaštiti interesa potrošača, ne toliko na ciljevima ravnopravnosti u tržišnoj utakmici i jačanju konkurencije. Pored toga, komentatori ovog slučaja primećuju da je na odluku Suda da nametne obavezu ustupanja verovatno uticala i činjenica da je reč o “slabom” autorskom pravu, kakvo je pravo na informacije o rasporedu TV programa.⁷⁶⁶

15.2.2.6. Oskar Broner

Sud je odbio da utvrdi odgovarajuću obavezu kada preduzeće koje se obraća sa zahtevom za ustupanje prava na korišćenje intelektualne svojine ima alternativne mogućnosti da obezbedi neophodne resurse ili kada mu pravo korišćenja nije neophodno za obavljanje osnovne delatnosti. U slučaju Oskar Broner, Sud pravde je ponovo bio pozvan da dâ preliminarno mišljenje u sporu između izdavača austrijskog dnevnog lista Standard i izdavačke kuće Medijagrup.⁷⁶⁷ Medijagrup je posedovala distributivnu mrežu za kućnu dostavu dnevnih novina koje je ona izdavala. Na austrijskom tržištu postojalo je više lokalnih i regionalnih distributivnih mreža, ali je Medijagrup mreža jedina obuhvatala nacionalnu teritoriju. Broner je tražio od Medijagrup da preuzme distribuciju Standarda uz pravičnu naknadu. Medijagrup je odbila, pa je Broner podneo tužbu austrijskom sudu, tvrdeći da Medijagrup zloupotrebljava dominantan položaj. Broner se oslanjao na činjenice da kućna dostava novina putem pošte nije adekvatan supstitut distributivnoj mreži Medijagrup, jer pošta dostavlja pošiljke kasnije tokom dana, kao i da njemu kao malom izdavaču nije ekonomski isplativo da uspostavi sopstvenu distributivnu mrežu. Takođe je ukazao na diskriminatorno ponašanje izdavačke kuće Medijagrup, koja je prihvatila distribuciju novina drugog nezavisnog austrijskog izdavača. Sud pravde je našao da nisu ispunjeni uslovi da se u tom slučaju odbijanje poslovanja smatra zloupotrebom dominantnog položaja, koji se ogledaju u sledećem: 1) da bi odbijanjem poslovanja bila eliminisana konkurencija preduzeća koje traži pristup distributivnoj mreži u potpunosti; 2) da odbijanje nije opravdano objektivnim razlozima; 3) da je usluga distribucije neophodna za obavljanje poslovanja, jer ne postoje ni potencijalni supstituti za kućnu dostavu dnevnih novina.⁷⁶⁸ U konkretnoj situaciji, izdavač novina je još uvek imao mogućnost da novine prodaje na kisocima i u prodavnicama. Iako takav način distribucije nije savršeni

⁷⁶⁴ Sud je našao da postoji zloupotreba dominantnog položaja po osnovu člana 86 (sadašnji 102) tač. b) – ograničavanje tržišta na štetu potrošača, iako je utvrdio i postojanje diskriminacije na štetu Magila, a u sopstvenu korist TV kuća.

⁷⁶⁵ Tako i J. Temple Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*, Fordham International Law Journal, br. 2/1994, s. 515.

⁷⁶⁶ Ezrachi, *op.cit.*, s. 167.

⁷⁶⁷ *Oscar Bronner GmbH Co KG v Mediaprint*, slučaj C-7/97, 1998. ECRI-7791.

suspstitut za kućnu dostavu novina, on se ipak praktikuje od strane izdavača novina. U pogledu argumenta da nije ekonomski isplativo da mali izdavač napravi sopstvenu distributivnu mrežu na nacionalnom nivou, Sud je ukazao da je to pogrešan način posmatranja, već da se ekonomska isplativost mora sagledavati sa aspekta isplativosti distribucije novina sa tiražom uporedivim sa onim koje imaju novine Medijagrup (kriterijum jednako efikasnog konkurenta).

Navedenim obrazloženjem Sud pravde je akcentovao potrebu balansiranja legitimnih poslovnih interesa dominantnog preduzeća i javnog interesa očuvanja, odnosno uspostavljanja konkurencije. Obaveza stavljanja na raspolaganje sopstvenih poslovnih resursa konkurentskim preduzećima može delovati destimulativno na ulaganja dominantnog preduzeća u razvoj sopstvenih poslovnih aktivnosti, što u konačnom ishodu nanosi štetu potrošačima. Sa druge strane, postoje situacije kada bi odbijanje poslovanja dovelo do značajnog ograničenja ili eliminisanja konkurencije, što takođe može prouzrokovati štetu potrošačima, na kraći ili duži rok. Generalni advokat, na čije se mišljenje Sud pravde oslonio u slučaju Oskar Broner, skrenuo je pažnju da su sporovi oko ustupanja na korišćenje prava intelektualne svojine u tom pogledu posebno osetljivi, jer je intelektualno vlasništvo redovno plod značajnih finansijskih ulaganja.⁷⁶⁹

15.2.2.7. Tirs Ledbrouk

Odgovarajući način rezonovanja primenjen je i u slučaju Tirs Ledbrouk, kada je Sud prve instance potvrdio odluku Komisije da ne postoji zloupotreba dominantnog položaja na tržištu televizijskog prenosa konjskih trka, ako asocijacija koja organizuje trke odbije da ustupi autorska prava za prenos trka u objektima kladionice.⁷⁷⁰ Kladioničar Ledbrouk, koji je držao lanac kladionica u Belgiji, obratio se asocijaciji koja je organizovala konjske trke u Francuskoj sa zahtevom da mu ustupi prava televizijskog prenosa konjskih trka u svojim objektima. Francuska asocijacija je to odbila, jer je prava prenosa ustupala samo u onim zemljama u kojima je prikupljala novac od klađenja, kako bi podstakla klađenje na konjske trke i time uvećala svoj prihod. Francuska asocijacija u Belgiji nije imala poslovni interes da omogućiti televizijski prenos konjskih trka.

Sud prve instance je našao da u ovom slučaju nema diskriminacije konkurenata, jer nijedan kladioničar u Belgiji nije imao pravo televizijskog prenosa francuskih konjskih trka. Francuska asocijacija takođe nije bila prisutna na belgijskom tržištu, tako da nije moglo biti reči o odbijanju poslovanja u cilju održavanja ili jačanja sopstvene tržišne pozicije dominantnog preduzeća. Nezavisno od te činjenice, Sud je konstatovao da nisu ispunjeni drugi uslovi za postojanje zloupotrebe dominantnog položaja, koji su utvrđeni u slučaju Magil: 1) da je ustupanje autorskih prava neophodno za obavljanje delatnosti ili 2) da se odbijanjem ustupanja sprečava pojava novog proizvoda, uprkos određenoj, konstantnoj i redovnoj potencijalnoj tražnji potrošača.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ *Ibidem*, par. 41.

⁷⁶⁹ Navedeno prema Ezrachi, *op.cit.*, s. 168.

⁷⁷⁰ *Tiercé Ladbroke SA v. Commission*, slučaj T-504/93, 1995. ECR II-923.

⁷⁷¹ *Ibidem*, par. 131.

16. Vezana prodaja

Članom 102 stav 2 tačkom d) UFEU-a zabranjeno je dominantnom preduzeću da uslovljava zaključenje ugovora prihvatanjem druge strane dodatnih obaveza koje po svojoj prirodi ili trgovačkim običajima, nemaju veze sa predmetom tih ugovora. Takvo ponašanje označava se skraćeno vezana prodaja.

Pojam vezana prodaja obuhvata različite trgovačke prakse kojima je zajedničko to da se nabavka jednog proizvoda vezuje za nabavku drugog. U nekim granama trgovine takve prakse su uobičajene. Na primer, prodavci automobila redovno kupcu uz automobil daju i dodatnu opremu ili set rezervnih delova. Prodavac nameštaja uobičajeno prodaje trpezarijski sto u paketu sa četiri ili šest stolica. Prodavci posuđa prodaju servise za ručavanje za šest ili dvanaest osoba. Na tržištu telekomunikacija raširena je praksa da se mobilni telefon kupuje u paketu sa pretplatom na određeni period, ili da se usluge interneta, mobilne i fiksne telefonije i kablovske televizije prodaju kao paket od dve, tri ili čak četiri usluge zajedno.

- 1) Oblici vezane prodaje mogu se svrstati u nekoliko kategorija: Vezivanje u užem smislu (eng. *tying*) – postoji kada se jedan proizvod nalazi u prodaji samostalno, ali prodavac drugog proizvoda primorava kupce da uz drugi proizvod kupe i prvi. Primer za tu praksu je prodaja kompjuterske opreme zajedno sa softverskim operativnim sistemom. Iako se softver može na tržištu naći kao samostalan proizvod, proizvođač kompjuterske opreme primorava kupce da zajedno sa kompjuterom kupe i softver;
- 2) Prodaja u paketu (eng. *bundling*) – postoji kada se dva ili više proizvoda prodaju tako da se nijedan ne može kupiti samostalno (čista prodaja u paketu, eng. *pure bundling*) ili kada se dva ili više proizvoda prodaju i samostalno i u paketu (mešana prodaja u paketu, eng. *mixed bundling*). Primer za čistu prodaju u paketu je prodaja usluga noćenja sa doručkom u hotelima, ili prodaja paket-aranžmana koji uključuju prevoz, smeštaj i ishranu od strane turističkih agencija. Primer za mešanu prodaju u paketu jeste praksa telekomunikacionih operatera da prodaju mobilne telefone i pretplatu na mobilni odvojeno i zajedno, ili da prodaju pretplatu na internet, mobilni i kablovsku televiziju samostalno ili u paketu.

Oblici vezane prodaje	Opcije na raspolaganju kupcima
Vezivanje	A+B B
Čista prodaja u paketu	A + B
Mešana prodaja u paketu	A+ B+C A+B, B+C, A+C A, B, C

Način vezivanja može biti ugovorni, ekonomski ili tehnički. Ugovorno vezivanje postoji kada se kupcu ugovorom nameće obaveza da kupi proizvod B zajedno sa proizvodom A. U osnovi ugovornog vezivanja redovno je nadmoćnija ekonomska pozicija prodavca. Ekonomsko vezivanje postoji kada se kupcu nudi povoljnija cena ili druge ekonomske pogodnosti ako kupi dva ili više proizvoda zajedno – na primer, cena prodaje mobilnog u paketu sa pretplatom je značajno niža nego ako se mobilni aparat kupuje odvojeno i odvojeno se plaća pretplata na mobilnu telefoniju. Ekonomsko vezivanje je često samo sofisticiraniji oblik ugovornog vezivanja, jer cena po kojoj se dva proizvoda prodaju odvojeno može biti mnogo veća od stvarnih troškova njihove proizvodnje. Kupac stiče utisak da kupovinom u paketu štedi, iako zapravo plaća punu cenu. Tehničko vezivanje postiže se tako što proizvođač osnovnom proizvodu daje specifične tehničke karakteristike, tako da se uz njega mogu koristiti samo sporedni proizvodi koji imaju odgovarajuće karakteristike. Primer za tehničko vezivanje je prodaja tehničkih aparata i uređaja, za koje nije moguće koristiti rezervne ili sporedne delove drugih proizvođača.

16.1. Ekonomska teorija o vezanoj trgovini

Već iz navedenih primera vidljivo je da stav ekonomije i prava konkurencije prema vezanoj prodaji ne može biti jednoznačan. U pojedinim slučajevima prodaja dva ili više proizvoda u paketu u skladu je sa njihovom namenom ili potrebama kupaca, pa takav način prodaje predstavlja ekonomsku nužnost. Na primer, teško bi bilo zamislivo da trgovci odeće i obuće prodaju levu i desnu cipelu odvojeno, ili da nude samo po jednu čarapu ili rukavicu. Automobili se redovno prodaju sa osnovnim paketom rezervnih delova, jer je to kupcima pogodnije nego da kasnije troše vreme na pronalaženje prodavnice i kupovinu dela koji treba zameniti (npr. rezervnu sijalicu za far). Trgovci nameštajem prodaju garniture nameštaja, jer kupci žele da imaju stilski i po dizajnu usklađen nameštaj u jednoj prostoriji.

U nekim drugim slučajevima, koristi za kupce nisu toliko očite, ali se ekonomska teorija potrudila da dâ argumentovano obrazloženje i za njih. Jedno od tih obrazloženja su pozitivni efekti cenovne diskriminacije, koji se ogledaju u povećanju obima ponude. Primer su proizvođači kopir-aparata i štampača, kojima proizvođači opreme prodaju

specijalne tonere. Prema količini prodatih tonera, proizvođač može da sazna koliko koji kupac koristi prodati aparat i da naplati veću cenu onom kupcu koji ga više koristi (što znači da mu je više potreban) i manju cenu onom ko ga manje koristi (i samim tim nije mu toliko neophodan, pa spada u kategoriju nerezervisanih kupaca).⁷⁷² Prema teoriji diskriminacije cenama koja je napred izložena, mogućnost prodavca da snizi cenu nerezervisanim kupcima u odnosu na cenu koju naplaćuje rezervisanim kupcima povećava ukupan obim ponude određenog proizvoda na tržištu, čime se uvećava društvena korist, jer proizvod kupuju i kupci koji su manjih platežnih sposobnosti. Sličan efekat postiže se putem tehničkog vezivanja, kada proizvođači trajnih tehničkih dobara i uređaja uslovljavaju kupce da koriste sporedne uređaje i rezervne delove vlastite proizvodnje, pri čemu snižavaju cenu osnovnog proizvoda, a razliku izgubljene dobiti nadoknađuju povećavanjem cene sporednog proizvoda ili rezervnog dela. Ekonomska teorija objašnjava da ta praksa može da uveća ekonomsko blagostanje, jer sniženje cene osnovnog proizvoda uvećava tražnju za njim i samim tim i prodaju, budući da veći broj kupaca može da priušti sebi neko trajno dobro. Povećanje obima prodaje trajnog dobra dovodi i do povećanja obima prodaje sporednih ili rezervnih delova za njega, što omogućuje snižavanje proizvodnih troškova, a time i cene sporednih i rezervnih delova.⁷⁷³ Ekonomsko opravdanje za vezivanje ne mora se kretati isključivo u cenovnim kategorijama. Prodavci koji uživaju reputaciju na tržištu štite kvalitet svog proizvoda tako što uslovljavaju njegovo korišćenje nabavkom potrošnih ili rezervnih delova sopstvene proizvodnje. Korist od takve prakse imaju i kupci, jer mogu biti sigurni u kvalitet proizvoda koji koriste.

Ekonomska korist od prodaje dva ili više proizvoda u paketu se ogleda u tome što prodavac ostvaruje uštedu u troškovima. Na primer, operater koji pruža usluge kablovske televizije, interneta i fiksne telefonije preko jedne kablovske mreže, povećava broj korisnika mreže i time smanjuje udeo fiksnih troškova u ceni usluge. Poznato je da su fiksni troškovi u telekomunikacionim uslugama veoma visoki. Osim toga, snižavanjem cene paketa operater privlači i kupce čija je tražnja u odnosu na samostalnu ponudu svakog proizvoda iz paketa veoma elastična. Na primer, kupcu koji nije spreman da plati 600 KM za mobilni telefon i 60 KM mesečne pretplate za mobilni, ukoliko ih nabavlja odvojeno, može biti prihvatljivo da nabavi oboje zajedno po ceni od 70 KM mesečno, kupovinom na ugovor u trajanju od 24 meseca. Na taj način povećava obim svoje prodaje, a time i profit, uprkos tome što mu je margina profita po jedinici proizvoda nešto niža. Sa druge strane, kupci imaju korist, jer kod kupovine u paketu plaćaju nižu cenu za svaki proizvod posebno.

Praksa vezane prodaje može da bude i štetna, kada se koristi da bi se tržišna moć na tržištu jednog (glavnog) proizvoda prenela na tržište drugog (sporednog) proizvoda. Dominantno preduzeće uslovljava kupce koji nabavljaju glavni proizvod (na tržištu na kome je prodavac dominantan) da uz njega kupuju i sporedan proizvod (na tržištu na kome je prodavac izložen većoj konkurenciji). Snaga na jednom tržištu koristi se kao poluga za povećanje

⁷⁷² Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, op.cit., s. 278.

⁷⁷³ *Ibidem*, s. 280.

snage na drugom tržištu.⁷⁷⁴ To je bilo jedino obrazloženje prakse vezivanja i razlog što je u ranim decenijama primene američkog prava konkurencije ona bila apsolutno zabranjena.⁷⁷⁵ U slučaju *Junajted Šu Mašineri* iz 1922. godine, Vrhovni sud SAD-a je proglasio nezakonitom praksu te kompanije da uslovljava svoje klijente da uzimaju na lizing ili kupuju čitav njen proizvodni asortiman mašina za pravljanje obuće, našavši da opisana praksa ima za cilj eliminaciju konkurencije i tendenciju stvaranja monopola, te da je stoga suprotna članu 2 Šermanovog zakona.⁷⁷⁶ Nekoliko decenija kasnije, u slučaju *Tajms Pikejn*, Vrhovni sud SAD-a iznosi rafiniraniji stav: da je praksa vezivanja nezakonita ako kompanija ima monopol na tržištu glavnog proizvoda i ako je konkurencija na tržištu drugog, vezanog proizvoda već ograničena.⁷⁷⁷ Slučaj je imao za predmet praksu izdavačke kuće koja je izdavala dnevne novine da oglašivače uslovljava da moraju zakupiti oglasni prostor u oba izdanja. Na tržištu jutarnjeg izdanja novina nije imala konkurenciju, dok je na tržištu večernjeg izdanja imala jednog konkurenta.

Čikaška škola osporila je ovaj argument teorijom da postoji samo jedan monopolski profit koji prodavac može da naplati. Ako prodavac ima monopolsku moć na tržištu jednog proizvoda, on ne može povećati taj profit tako što će kupce primorati da uz njega kupuju i drugi proizvod, u odnosu na koga ima konkurenciju. Za taj drugi proizvod može naplatiti samo konkurentnu cenu. Ako pokuša da naplati višu cenu za oba proizvoda, opašće mu prodaja, pa će izgubiti i profit na tržištu proizvoda na kome ima monopol. To se dešava upravo zato što su prvi i drugi proizvod kompatibilni na određen način, te kupci uzimaju u obzir cenu jednog i drugog proizvoda, bilo da ih kupuju odvojeno, bilo zajedno.⁷⁷⁸ Teoriju jednog monopolskog profita podržali su *Pozner*⁷⁷⁹ i *Bork*.⁷⁸⁰ Monopolista može da ostvari monopolski profit u celini bilo na jednom tržištu, bilo na drugom, ili kombinacijom profita na oba tržišta. Ukupna suma koju može da naplati je fiksna. Slabost teorije jednog monopolskog profita ogleda se u tome što počiva na više pretpostavki koje su u stvarnosti retko kad realizovane: 1) da je tržište vezanog proizvoda konkurentno; 2) da se vezani proizvodi koriste u fiksnim proporcijama; 3) da su potrošači savršeno informisani o ponudi na tržištu.⁷⁸¹

Ekonomisti koji su se pojavili nakon Čikaga su osporili ovu argumentaciju primedbom da posmatra pojavu vezivanja na statički način. Više teoretičara je ponudilo obrazloženje da praksa vezivanja može dugoročno predstavljati isplativu strategiju, jer eliminiše postojeću

⁷⁷⁴ Otuda se u engleskom jeziku ova pojava označava izrazom „leveraging“, izvedenicom od reči „lever“ - poluga.

⁷⁷⁵ Vid. L. Kaplow, *Extention of Monopoly Power through Leverage*, Discussion paper No. 4, 5/84, Harvard Law School Program in Law and Economics.

⁷⁷⁶ *United Shoe Machinery Corp. v U.S.*, 1922, 258 U.S. 451.

⁷⁷⁷ *Times Picayne Publishing Co. v U.S.*, 1953., 345 U.S. 594.

⁷⁷⁸ A. Director, E. Lewi, *The Law and the Future: Trade Regulation*, Northwestern University Law Review, 1956, Vol. 51, s. 281- 296, na s. 290-292.

⁷⁷⁹ Posner, *Antitrust Law, op.cit.*, s. 173.

⁷⁸⁰ Bork, *The Antitrust Paradox, op.cit.*, s. 140.

⁷⁸¹ J. Langer, *A Four Steps Test to Assess the Exclusionary Effects of Bundling under Article 82*, u Amato, Ehlermann, *EC Competition Law, op.cit.*, s. 297- 331, na s. 301.

konkurenciju i sprečava dolazak nove.⁷⁸² Monopolista se može upustiti u predatorstvo na tržištu vezanog proizvoda, kako bi izbacio konkurente sa tog tržišta. Dalje, on može povećavati ulaganja u istraživanja i razvoj komplementarnih proizvoda, zbog toga što mu povećan obim prodaje to omogućava i tako očuvati poziciju na tržištu osnovnog proizvoda i ojačati poziciju na tržištu vezanog proizvoda. Taktikom vezivanja on može onemogućiti dolazak nove konkurencije ili jačanje postojeće, sprečavajući je da širi poslovanje do nivoa koji zahteva ekonomija obima. Taktika vezivanja je naročito pogodan način da se očuva ili ojača tržišna pozicija u delatnostima koje zahtevaju velike fiksne troškove, kao što su telekomunikacije. Pružanje dodatnih usluga na postojećoj mreži operatera košta vrlo malo ili gotovo ništa, pa može da ponudi paket usluga po ceni koja je samo nešto malo veća od cene za jednu uslugu.⁷⁸³ Zbog toga je on u prednosti u odnosu na novu konkurenciju, koja mora da ulaže značajna sredstva u izgradnju sopstvene mreže i ponudu odgovarajućeg paketa proizvoda. Pritom, nema garancije za nju da će fiksni troškovi biti pokriveni ako je slobodan deo tražnje na tržištu mali. Konačno, iznosi se i argument da praksa vezivanja umrtvljuje cenovnu konkurenciju na tržištima vezanih proizvoda. Proizvod koji se kupcima nudi u paketu postaje u njihovim očima diferenciran u odnosu na odgovarajući proizvod koji se prodaje samostalno, pa između njih više nema direktne konkurencije. To omogućuje povećanje cene proizvoda koji se prodaje u paketu, a posledično dovodi i do povećanja cene konkurentskog proizvoda.⁷⁸⁴

Iz navedenog proizlazi da štetni efekti prakse vezivanja mogu biti dvojaki: ostvarivanje monopolskog profita kratkoročno, ili, dugoročno, stvaranje prepreka za ulazak nove konkurencije, odnosno jačanje postojeće.⁷⁸⁵

16.2. Praksa Evropske unije

Komisija i Sud pravde su se u prvim slučajevima koji su imali za predmet prakse vezane trgovine držali jezičkog značenja člana 101 stav 2 tačka d). U skladu sa njim, preduzeće koje je dominantno na tržištu jednog proizvoda, ne može da uslovljava svoje kupce da kupuju drugi proizvod zajedno sa prvim, ako za to nema opravdanja u karakteristikama proizvoda koji se zajedno prodaju ili trgovačkim običajima.

⁷⁸² *Ibidem*, s. 302-304.

⁷⁸³ Bishop, Walker, *op.cit.*, s. 286.

⁷⁸⁴ *Ibidem*.

⁷⁸⁵ Langer, *op.cit.*, s. 304.

16.2.1. Nepir Braun – Britiš Šugar

U slučaju Nepir Braun – Britiš Šugar,⁷⁸⁶ Komisija je našla da praksa Britiš Šugar da prodaje šećer isključivo po ceni koja uključuje i troškove prevoza do kupca predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja, jer Britiš Šugar nije ponudio nikakvo opravdanje zašto je upražnjavo tu praksu. Komisija se pozvala na činjenicu da je tokom postupka Britiš Šugar prihvatio obavezu da kupcima prodaje šećer po ceni *franco* fabrika, što znači da nikakvog komercijalnog opravdanja za uslovljavanje kupaca da ugovore prodavčev prevoz nije bilo. Komisija je našla da je na taj način kompanija Britiš Šugar iskoristila svoju dominantnu poziciju na tržištu šećera da bi eliminisala svu konkurenciju na tržištu sporedne usluge prevoza šećera do kupca.

16.2.2. Telemarketing

Sud pravde se oglosio u pogledu prakse vezivanja u slučaju Telemarketing,⁷⁸⁷ u kome je odlučivao po zahtevu za preliminarno mišljenje belgijskog suda. Spor pred sudom u Belgiji se vodio po tužbi kompanije specijalizovane za aktivnost telemarketinga – reklamiranja putem televizije, pri čemu oglašivač na televiziji tokom reklame objavljuje telefonski broj na koji kupci mogu zvati radi dobijanja informacija o reklamiranom proizvodu i izvršiti narudžbinu. Tuženi su bili kompanija vlasnik luksemburške televizije RTL i njeno zavisno društvo, ekskluzivni zastupnik za ugovaranje TV reklama u zemljama Beneluksa. Tokom 1983. godine Telemarketing je imao ugovor o zakupu vremena na RTL-u, tokom koga je objavljivao reklame i svoj telefonski broj na koji su potencijalni kupci mogli da zovu. Zaposlio je izvestan broj službenika koji su odgovarali na pozive klijenata. Po isteku ugovora agent RTL-a je obavestio oglašivače da od aprila 1984. ta televizija neće više prihvatati objavljivanje reklama ukoliko telefonski broj u reklami ne bude broj njenog zavisnog društva. Telemarketing je tražio od belgijskog suda da izda privremenu meru kojom će zabraniti RTL-u da postupa na taj način, sa obrazloženjem da ponašanje RTL-a predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Tužena kompanija je obrazložila da je njena praksa opravdana sa komercijalnog stanovišta, jer je neophodna da bi sačuvala poslovni ugled (!?). Sud pravde je podržao stav tužioca, istakavši da zloupotreba dominantnog položaja postoji ako preduzeće koje je dominantno na jednom tržištu, bez opravdanog razloga, rezerviše za sebe ili za preduzeće koje pripada istoj grupi društava sporednu aktivnost koju bi moglo da obavlja drugo preduzeće kao deo aktivnosti na susednom, ali odvojenom tržištu, uz mogućnost da eliminiše svu konkurenciju tog drugog preduzeća.⁷⁸⁸

⁷⁸⁶ *Napier Brown/British Sugar*, slučaj IV/30.178, Službeni list E Z L 284, 1988.

⁷⁸⁷ *Centre Belge d'Etudes de Marché Télémarketing v Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion SA, Information Publicite Benelux SA*, slučaj 311/84, 1985. ECR 3261.

⁷⁸⁸ Par. 27 odluke u slučaju Telemarketing.

16.2.3. Alsatel

U drugom slučaju Alsatel⁷⁸⁹ naveo je da je bitan uslov za postojanje zloupotrebe dominantnog položaja u kontekstu vezane prodaje, dominantan položaj na relevantnom tržištu. Regionalni francuski telekomunikacioni operater Alsatel je upražnjavao praksu da svojim klijentima iznajmljuje telefonske instalacije uz ugovorni uslov da isključivo on održava i vrši opravke i modifikacije instalirane opreme. Jedan od klijenata ga je tužio sudu zbog nepravičnih ugovornih uslova i previsokih naknada koje je Alsatel naplaćivao za sporedne usluge. Sud pravde je našao da ugovorna obaveza isključivog održavanja opreme od strane operatera može biti opravdana činjenicom da oprema ostaje vlasništvo operatera tokom trajanja ugovora, ali da dužina trajanja ugovora (automatsko produženje na 15 godina) i visoka cena ugovorenih usluga koja je jednostrano nametnuta od strane operatera mogu predstavljati nepravične ugovorne uslove koji su suprotni zabrani zloupotrebe dominantnog položaja. Međutim, Sud je našao da u konkretnom slučaju operater nema dominantan položaj, jer je geografsko tržište obuhvatalo čitavu francusku teritoriju, a operater je poslovao na regionalnom tržištu.

Ni Komisija niti Sud pravde se u navedenim slučajevima nisu uopšte upuštali u analizu osnovanosti njihove pretpostavke da će praksom vezivanja dominantno preduzeće eliminisati konkurenciju na tržištu vezanog proizvoda, već je *a priori* pihvataju. Takav pristup nastavljen je tokom devedesetih, u slučajevima Hilti i Tetra Pak II.

16.2.4. Hilti

Komisija je našla da je kompanija Hilti zloupotrebila dominantan položaj praksom uslovljavanja kupaca heft-mašina njene proizvodnje, da od nje nabavljaju i šaržere za heftalice i municiju. Komisija je našla da postoje tri relevantna tržišta proizvoda – tržište heft-mašina, tržište šaržera za heftalice i tržište municije za heftalice. Tužena kompanija je osporila ovaj stav, smatrajući da se radi o jednom tržištu sistema za heftanje. Kako je već napred istaknuto, Komisija je svoj stav o tri odvojena tržišta obrazložila prvenstveno činjenicom da su na tržištu prisutni nezavisni proizvođači šaržera i municije, što govori u prilog tome da je reč o odvojenim delatnostima. Komisija je našla da je kompanija Hilti dominantna na tržištu heft-mašina, ali i na tržištima šaržera kompatibilnih za njene mašine i tržištu municije za njih. Svoju praksu vezivanja kompanija je obrazložila razlozima bezbednosti, tj. željom da korisnike heftalica zaštiti od povređivanja. Bezbednost prilikom korištenja heftalica sopstvene proizvodnje mogla je garantovati samo ako korisnici upotrebljavaju i njene šaržere i municiju, za čiji kvalitet je takođe garantovala. Komisija nije prihvatila njeno obrazloženje, ukazujući da postoje propisi o tehničkim standardima koji imaju za cilj zaštitu korisnika tehničkih uređaja. Ocenila je, bez posebne analize, da praksa vezivanja uskraćuje kupcima pravo na izbor u pogledu nabavke municije za heftalice i da takva praksa ima za cilj ili za posledicu eliminisanje nezavisnih proizvođača municije, koji bi mogli ugroziti Hiltijev dominantan položaj na tržištu municije, na kome je njena

⁷⁸⁹ *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique v Novasam (Alsatel)*, slučaj 247/86, 1988. ECR 5987.

dominantna pozicija bila ranjiva.⁷⁹⁰ Komisija je našla da je reč o politici kompanije koju je ona organizovano upražnjavala, a ne o izolovanim slučajevima.

Sud prve instance i Sud pravde potvrdili su odluku Komisije.⁷⁹¹ Sud prve instance se pozabavio obrazloženjem Hiltija da je njena praksa imala za cilj bezbednost korisnika njenih proizvoda. Sud je konstatovao da „nije na kompaniji da preduzima korake na sopstvenu inicijativu da bi eliminisala sa tržišta proizvode koje, ispravno ili pogrešno, smatra opasnim ili barem lošijeg kvaliteta u odnosu na sopstvene proizvode.“⁷⁹² Kompanija nije pružila nikakve dokaze o nesrećnim slučajevima prouzrokovanim korišćenjem municije drugih proizvođača sa njenim heftalicama, niti o tome da je nezavisne proizvođače ili nadležne organe upozoravala na loš kvalitet municije drugih proizvođača.

16.2.5. Tetrapak II

Činjenično stanje u slučaju Tetrapak II je u osnovi slično onom u slučaju Hilti. Kompanija Tetrapak je imala patente za proizvodnju mašina za aseptično i ne-aseptično pakovanje tečnosti. Kupce svojih mašina uslovljavala je prihvatanjem obaveze da kupuju kartone za aseptično pakovanje od nje, zadržavanjem ekskluziviteta na usluge održavanja i opravki mašina i snabdevanja rezervnih delova pod pretnjom prestanka garancije na kupljenu opremu ukoliko se kupci ne pridržavaju ugovorenih uslova. Komisija je našla da postoje četiri odvojena relevantna tržišta proizvoda: tržište mašina za aseptično pakovanje tečne hrane, tržište mašina za ne-aseptično pakovanje tečne hrane, tržište kartona za aseptično pakovanje i tržište kartona za ne-aseptično pakovanje. Ustanovila je da je kompanija Tetrapak dominantna i na tržištu mašina za aseptično i na tržištu mašina za ne-aseptično pakovanje tečne hrane. Na prvom tržištu imala je gotovo monopolski položaj, sa tržišnim udelom od 90-95%. Jedini konkurent bila joj je kompanija Elopak. Na drugom tržištu je takođe bila dominantna, sa udelom od 50-55%, dok je Elopak bio njen najveći konkurent sa udelom oko 27%. Kompanija je, sa druge strane, iznela tezu da postoji samo jedno tržište integrisanih sistema za pakovanje svih vrsta tečne i polu-tečne hrane, koje uključuje i staklene i plastične boce, kao i metalne konzerve. Komisija je osporila ovaj argument, jer je raspolagala dokazima o niskoj unakrsnoj elastičnosti tražnje između kupaca aseptičnih pakovanja i kupaca ne-aseptičnih pakovanja. Zamenjivost aseptičnih i ne-aseptičnih pakovanja sa aspekta tražnje je postojala samo dugoročno, a Komisija je bila mišljenja da se ona mora posmatrati kratkoročno ili srednjeročno.⁷⁹³

Što se tiče zloupotrebe dominantnog položaja, ocena Komisije je bila da ugovorne klauzule ekskluziviteta u održavanju i snabdevanju rezervnim delovima i potrošnim materijalom nisu opravdane prirodom ugovora o kupovini ili zakupu mašina. Tim

⁷⁹⁰ *Eurofix-Bauco v Hilti AG*, slučaj IV/30.787, Službeni list EZ L 165, 1988., par. 74-75.

⁷⁹¹ *Hilti AG v Commission*, slučaj T-30/89, 1990. ECR II-163 i *Hilti AG v Commission*, slučaj C-53/92 P, 1994. ECR I-667.

⁷⁹² Par. 118 odluke Suda prve instance, slučaj T-30/89.

⁷⁹³ *Elopak/Tetra Pak (Tetra Pak II)*, odluka Komisije, slučaj IV/31.043, Službeni list EZ L 72, 1992., par. 93; *Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)*, odluka Suda prve instance, slučaj T-83/91, 1994. ECR 461, par. 59.

klauzulama se druga strana lišava svake slobode izbora i vezuje u najvećoj mogućoj meri za grupu Tetrapak. Šta više, one su omogućile kompaniji da prati komercijalnu aktivnost kupaca i zakupaca i da na osnovu iskorišćenosti proizvodnih kapaciteta određuje cenu prodaje, odnosno zakupa, vršeći cenovnu diskriminaciju svojih klijenata. Vezana prodaja mašina i kartona omogućavala je kompaniji, po oceni Komisije, da skoro monopolsku poziciju na tržištu mašina za aseptično pakovanje iskoristi za jačanje svoje pozicije na tržištu aseptičnih kartona, koristeći monopolski profit na prvom tržištu da pokriva gubitke izazvane sniženjem cena na drugom tržištu. Nezavisni proizvođači kartona nisu imali tu mogućnost na raspolaganju, pa je praksa vezane prodaje vodila njihovoj eliminaciji sa tržišta.⁷⁹⁴

Tužena kompanija je u svoju odbranu istakla argument da vezana isporuka mašina i kartona koji se na njima koriste predstavlja trgovački običaj. Sud prve instance je našao da takav običaj ne postoji. Posebno je značajno što Sud u vezi sa ovim argumentom ističe da „čak i kad bi taj običaj postojao, on ne bi bio dovoljan da opravda vezanu prodaju od strane dominantnog preduzeća.“⁷⁹⁵ Po našem mišljenju, Sud je ovde izašao izvan okvira jezičkog tumačenja tačke d) člana 102. Ipak, Sud pravde je potvrdio stav nižeg suda: „Čak i kad je vezana prodaja u skladu sa trgovačkim običajem ili postoji prirodna veza između dva proizvoda u pitanju, takve prodaje mogu ipak predstavljati zloupotrebu u smislu člana 86, izuzev ako su objektivno opravdane.“⁷⁹⁶ Drugi argument kompanije Tetrapak ticao se zaštite javnog zdravlja. Uslovljavanjem kupaca i zakupaca svojih mašina da nabavljaju kartone za pakovanje isključivo od nje, mogla je da im garantuje zdravstvenu ispravnost upakovanih namirnica. Ukoliko bi se na tržištu prodavali neispravni proizvodi, isključivo bi Tetrapak bio odgovoran. Sud nije prihvatio ovaj argument, sa sličnim obrazloženjem kao i u slučaju Hilti. Zaštita javnog zdravlja se može obezbediti na drugi način, kao na primer, obaveštavanjem proizvođača tečne hrane o tehničkim specifikacijama koje kartoni za pakovanje moraju ispunjavati, kako bi se garantovala zdravstvena ispravnost namirnica. Nadalje, ukoliko zaista postoji inkompatibilnost kartona drugih proizvođača sa mašinama tužene kompanije, koja utiče na bezbednost sistema pakovanja, taj problem se može rešiti donošenjem odgovarajućeg zakonodavstva ili regulative, a ne jednostranim nametanjem ugovornih uslova od strane tužene kompanije.⁷⁹⁷

Obrazloženja Komisije i Suda u slučajevima Hilti i Tetrapak, pokazuju prvenstvenu zabrinutost za konkurentnu strukturu tržišta. Nesporno je da je praksa Hiltija i Tetrapaka vodila očuvanju ili jačanju dominantne pozicije na tržištu sporednog proizvoda, ali se organi EU-a nisu bavili pitanjem da li će eliminacija konkurencije imati za posledicu štetu za ekonomsko blagostanje, odnosno za potrošače. Pojedini komentatori navedenih slučajeva osporavali su tu vrstu štetnih posledica, oslanjajući se na argumente Čikaške škole. Tako, prof. Korah, oslanjajući se na Borka, iznosi pretpostavku da Tetrapak ne bi sam proizvodio kartone, ako bi na tržištu mogao da dobije jeftinije kartone drugog

⁷⁹⁴ Odluka Komisije, par. 108-117.

⁷⁹⁵ Odluka Suda prve instance, par. 134.

⁷⁹⁶ *Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II)*, 1996. ECRI-59521, par. 37.

⁷⁹⁷ Odluka Suda prve instance, par. 84, 138 i 139.

proizvođača. U skladu sa tim, praksa vezivanja vodila bi eliminaciji konkurenta samo ako je on manje efikasan od dominantnog preduzeća (test jednako efikasnog konkurenta).⁷⁹⁸ Ta pretpostavka možde jeste ispravna, ali ona ne kaže ništa o tome da li je Tetrapak bio u situaciji da izvlači monopolski profit i na tržištu osnovnog i na tržištu sporednog proizvoda? Čini se da odgovor na ovo pitanje zavisi od strukture tržišta osnovnog proizvoda. Ako na primarnom tržištu konkurencije gotovo uopšte nema (što je bio slučaj sa Tetrapakom na tržištu aseptičnih mašina za pakovanje), ništa ne stoji na putu dominantnom preduzeću da vezanom prodajom uvećava svoj profit i na sekundarnom tržištu. Jer, ako kupci nemaju izbora na tržištu primarnog proizvoda, onda nemaju kud nego da pristanu na cenu koju im dominantno preduzeće naplaćuje na tržištu sporednog proizvoda.

16.2.6. Van den Berg Fuds

Slučaj Van den Berg je osoben po tome što je dominantno preduzeće sporedni proizvod davalo bez naknade uz prodaju glavnog, kako bi ojačalo svoju poziciju na tržištu glavnog proizvoda, što je postignuto istovremenim ugovaranjem klauzule ekskluziviteta. Van den Berg je bio vodeći proizvođač sladoleda u Irskoj, koji je imao samostalan sistem distribucije sladoleda trgovcima na malo. Kupcima sladoleda davao je rashladne uređaje za čuvanje sladoleda besplatno na korišćenje, a nije im naplaćivao ni naknadu za održavanje i servisiranje frižidera. Jedini uslov za trgovca na malo bio je da u frižideru Van den Berga ne drži sladoled drugih proizvođača. Zbog pritužbi ostalih proizvođača sladoleda prisutnih na irskom tržištu da takvom praksom Van den Berg eliminiše konkurenciju, Komisija EU-a je sprovela detaljno istraživanje. Ustanovljeno je da je vrlo mali procenat trgovaca na malo raspolagao sopstvenim rashladnim uređajima u maloprodajnim objektima. Više od 80% njih je koristilo uređaje koje su im davali na korišćenje proizvođači sladoleda. Velika većina njih je imala uređaje u vlasništvu Van den Berga. Zbog ograničenog prodajnog prostora i dodatnih troškova, većina njih nisu mogli da u objektima drže i frižidere za sladoled drugih proizvođača. U 56% prodajnih objekata nalazio se samo jedan frižider za sladoled. Komisija je ustanovila da je kombinovanom politikom vezivanja i ekskluziviteta, kompanija Van den Berg obezbedila sebi ekskluzivitet u preko 40% maloprodajnih objekata. Svi drugi proizvođači sladoleda zajedno imali su ekskluzivitet u 15% prodajnih objekata. Nijedan od njih nije imao značajniji tržišni udeo, dok je tržišni udeo kompanije Van den Berg na tržištu impulsnog sladoleda bio veoma veliki (preko 70%). Najveći deo prodaje impulsnog sladoleda kompanija je realizovala upravo u objektima u kojima je imala ekskluzivitet (40% tržišnog udela). Komisija je našla da praksa kompanije da trgovcu na malo besplatno dâ na upotrebu i održavanje frižider za sladoled predstavlja suptilnu taktiku vezivanja. Trgovci su podstaknuti da ulaze u takve aranžmane, iako nisu primorani na to, jer štede na troškovima nabavke i održavanja rashladnog uređaja. Međutim, klauzula ekskluziviteta koja prati takvu praksu, sužava slobodu izbora, kako trgovaca na malo, tako i krajnjih potrošača. Trgovci na malo nemaju više mogućnost da se prilikom nabavke sladoleda

⁷⁹⁸ V. Korah, *The Paucity of Economic Analysis in the EEC Decisions on Competition - Tetra Pak II*, Current Legal Problems, 1993., s. 148-189, na s. 165.

rukovode kvalitetom i cenom proizvoda. Krajnji potrošači imaju suženu mogućnost izbora sladoleda ostalih proizvođača.⁷⁹⁹

Kompanija je u svoju odbranu istakla prigovore da je snabdevanje trgovca rashladnim kabinetom trgovački običaj i da je klauzula ekskluzivnosti opravdana njenim svojinskim pravima. Kao vlasnik rashladnih kabineta, kompanija ima pravo da zahteva od trgovca da u kabinetima drži samo sladoled njene proizvodnje. Komisija je odbacila ove prigovore, istakavši da oni imaju težinu u normalnim uslovima konkurencije. Kada je konkurencija na tržištu ograničena, trgovački običaji i svojinska prava prestaju da budu relevantni prilikom ocene da li postoji zloupotreba dominantnog položaja. Sud prve instance podržao je Komisiju u ovim stavovima. „Poslovno ponašanje koje doprinosi unapređenju proizvodnje i distribucije robe i ima koristan efekat na konkurenciju na izbalansiranom tržištu, može ograničiti konkurenciju kada ga upražnjava preduzeće koje ima dominantan položaj na relevantnom tržištu.“⁸⁰⁰ Što se tiče svojinskih prava kompanije, Sud je našao da ona nisu povređena, jer je kompanija ovlašćena da se njima koristi. Njoj je jedino ograničeno pravo da rashladne uređaje u svom vlasništvu daje na besplatnu upotrebu uz uslov ekskluziviteta u situaciji kada ima dominantan položaj na tržištu impulsnog sladoleda.⁸⁰¹

16.2.7. Majkrosoft

Evropska komisija je 2004. godine donela odluku o zloupotrebi dominantnog položaja kompanije Majkrosoft na tržištu operativnih sistema za personalne računare.⁸⁰² Komisija je našla da kompanija sa svojim programom za operativni sistem na personalnim računarima Vindous ima dominantan položaj sa oko 90% tržišnog učešća, te da njen operativni sistem predstavlja *de facto* standard, sa kojim se moraju usaglašavati svi proizvođači softverskih aplikacija. Komisija je ustanovila da je Majkrosoft zloupotrebjavao svoj dominantan položaj na dva načina. Kompanija, pozivajući se na svoja autorska prava, odbijala je da proizvođačima operativnih sistema za servere⁸⁰³ saopšti tehničke informacije koje su im bile neophodne da bi se personalni računar sa operativnim sistemom Vindous mogao povezati sa serverom na kome je bio ugrađen operativni sistem njihove proizvodnje. Druga zloupotreba se sastojala u praksi kompanije da prilikom prodaje Vindousa kupcima besplatno daje instalisani softverski program Vindous Medija Plejer, koji omogućuje gledanje različitih video sadržaja na računaru. Komisija je našla da opisanim praksama kompanija nastoji da proširi svoju dominaciju i na tržištu operativnih sistema za servere, te da je već značajno eliminisala konkurenciju na tržištu medija-plejera. Majkrosoft je kažnjen kaznom od blizu pola milijarde evra (497,5 miliona EUR) i nametnute su mu značajne obaveze. Kompanija je bila dužna da u kratkom roku saopšti konkurentima neophodne protokole, te da prodavcima softvera omogući da prodaju operativni sistem

⁷⁹⁹ *Van den Bergh Food Ltd.*, slučaj IV/34.395, Službeni list EU L 246, 1998., par. 266.

⁸⁰⁰ *Van den Bergh Food v Commission*, odluka Suda prve instance, slučaj T-65/98, 2003. ECR II-4653, par. 159.

⁸⁰¹ *Ibidem*, par. 171.

⁸⁰² *Microsoft*, COMP/C-3/37.792, Službeni list EU L 32, 2007.

⁸⁰³ Kompjuteri koji opslužuju više korisnika personalnih računara povezanih jednom mrežom. Prim. aut.

Vindous bez medija-plejera VMP, kako bi kupci mogli da biraju koji će plejer imati na svom računaru. Komisija nije potpuno zabranila Majkrosoftu da prodaje Vindous u paketu sa VMP, već je naložila kompaniji da omogući i kupovinu Vindousa bez VMP, pri čemu ne sme naplaćivati veću cenu za paket proizvoda nego kada prodaje Vindous samostalno. U kontekstu našeg izlaganja od značaja je drugi opisani oblik zloupotrebe.

U pogledu prakse vezivanja, Komisija je ustanovila postojanje faktora koji su, shodno njenoj dotadašnjoj praksi, neophodne da bi se dokazao ovaj oblik zloupotrebe dominantnog položaja: 1) dva proizvoda su zasebni proizvodi; 2) okrivljena kompanija je dominantna na tržištu glavnog proizvoda; 3) okrivljena kompanija ne dozvoljava kupcima da nabavljaju glavni proizvod bez sporednog proizvoda; 4) praksa vezivanja onemogućava konkurenciju; 5) okrivljena kompanija nije ponudila objektivno opravdanje za takvo postupanje.

Majkrosoft je tvrdio da su operativni sistem Vindous i VMP jedan integralni proizvod, ali je Komisija zastupala stanovište da je reč o dva kompatibilna proizvoda. To njeno stanovište podržao je i Sud prve instance, oslonivši se na opis tehničkih karakteristika operativnog sistema i medija-plejera. U praksi se operativni sistem Vindous isporučivao kupcima zajedno sa VMP-om, ali to nije značilo da je u pitanju jedan proizvod, jer se umesto VMP-a mogao instalirati drugi medija plejer.⁸⁰⁴ Činjenica da postoje dva zasebna tržišta glavnog i sporednog proizvoda dokazuje se ponašanjem (tražnjom) kupaca. Komisija je ustanovila da postoji kategorija kupaca koji imaju potrebu da nabavljaju medija-plejer drugačijih performansi, te da je to dovoljan dokaz da postoji zasebno tržište. Majkrosoft je prihvatio taj argument, ali je smatrao da tražnja tih, zahtevnijih kupaca softvera, nije značajna.

Što se tiče mogućnosti kupaca da odvojeno kupuju glavni i sporedni proizvod, Komisija je našla da su kupci bili primorani da nabavljaju sporedni proizvod uz glavni, uprkos tome što je kompanija davala VMP besplatno uz kupljeni operativni program Vindous. Tehnička veza između operativnog programa i medijske aplikacije je bila tako načinjena da korisnici Vindousa nisu mogli da deinstaliraju VMP. Jedan od argumenta kompanije bio je da ništa ne sprečava korisnike računara da ugrade još neki medija-plejer, pored VMP-a, jer u memoriji računara postoji dovoljno prostora da se uskladište i druge aplikacije. Drugi medija-plejeri nalaze se besplatno u ponudi na internetu. Navedeno je u osnovi tačno, ali ta velika većina manje zahtevnih kupaca često ne poseduje dovoljno znanja ni vremena da se sama bavi nabavkom i instalacijom drugih aplikacija.⁸⁰⁵ U odgovarajućem slučaju koji je vođen protiv iste kompanije pred američkim antimonopolskim organima, kompanija se poravnala tako što se obavezala da će kupce operativnog sistema snabdeti uputstvom na koji način da izvrše de-instaliranje VMP-a.⁸⁰⁶ Komisija se time nije zadovoljila, već je zahtevala od Majkrosofta da VMP izgubi status „difot“ (eng. *default* - uobičajen) aplikacije na operativnom sistemu Vindous.

⁸⁰⁴ *Microsoft Corp. v Commission*, slučaj T-201/04, 2007. ECR II-360, par. 922.

⁸⁰⁵ P. Larouche, *The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation*, Antitrust Law Journal, 2008., s. 601-631, na 621.

⁸⁰⁶ *United States v Microsoft Corp.*, 231 Fed.Supp.2d 144 (D.D.C. 2002.)

U pogledu zatvaranja tržišta za konkurenciju, Komisija je našla da je način distribucije operativnog programa Vindous, koji se u najvećem broju slučajeva prodavao kao već instaliran na personalnim računarima, doprineo penetraciji VMP-a u obimu koji nisu mogli da dostignu konkurentski proizvođači medijskih aplikacija. VMP je bio instalisan na 196 miliona personalnih računara od ukupno 207 miliona, koliko ih je bilo prodato u periodu od 2001. do 2003. u svetu.⁸⁰⁷ Nijedan drugi proizvođač medijskih aplikacija nije mogao da dostigne taj nivo tržišne penetracije. Sud prve instance je potvrdio taj nalaz Komisije.⁸⁰⁸ Distributeri personalnih računara bili su demotivisani da prodaju Vindous u paketu sa drugim medija-plejerom, jer bi kupcima morali da naplate višu cenu za takav paket, a razumno je bilo očekivati da kupci ne bi bili spremni da plate višu cenu. Sud je potvrdio nalaz Komisije da bi instalacija dodatnog plejera umanjila slobodan prostor na hard-disku, a kupci bi bili zbunjeni postojanjem dva alternativna medija-plejera, što bi za prodavce iziskivalo dodatne troškove tehničke podrške. Sud je našao da pristup proizvođača medija-plejera korisnicima personalnih računara putem interneta, tako što bi korisnici „skidali“ aplikaciju sa interneta, ne može da obezbedi zadovoljavajuću penetraciju konkurentskih aplikacija na tržište medija-plejera, zbog niza razloga: inertnosti korisnika, njihove sklonosti da smatraju da unapred instalisana aplikacija bolje funkcioniše na operativnom sistemu istog proizvođača nego aplikacija koja se preuzme sa interneta itd. Sud je među argumentima kompanije našao dokaze za ovo, jer su upravo njihovi podaci potvrđivali da je mnogo veći broj aplikacija VMP-a distribuiran prodajom u paketu sa operativnim sistemom Vinodus, u poređenju sa brojem VMP-ovih aplikacija preuzetih sa interneta.⁸⁰⁹ Sve navedeno je doprinelo da VMP postane sveprisutni medija-plejer na personalnim računarima širom sveta, što je demotivisalo korisnike personalnih računara da koriste medija-plejere drugih proizvođača i distributere da prodaju računare sa instalisanim medija-plejerima drugih proizvođača.⁸¹⁰ Sud je ocenio da je taj nalaz Komisije sam po sebi dovoljan dokaz da je konkurencija na tržištu sporednog proizvoda ograničena, iako je Komisija u svojoj odluci ponudila i dokaze o zatvaranju susednog tržišta provajdera sadržaja za medija-plejere, koji, zbog sveprisutnosti VMP-a, oportunistički kreiraju aplikacije kompatibilne softverskim rešenjima VMP-a.⁸¹¹ Komisija je ocenila da su u pitanju indirektni mrežni efekti – zbog velikog broja korisnika VMP-ovi provajderi sadržaja kreiraju proizvode koji korisnici računara mogu upotrebljavati upravo na tom medija-plejeru, jer im to garantuje veći broj korisnika.

Majkrosoft se branio iznoseći ekonomsko opravdanje za svoju praksu. Tvrdio je da je vezivanjem VMP-a za Vindous doprineo uštedi troškova za provajdere sadržaja, jer su imali na raspolaganju samo jednu platformu sa čijim softverskim parametrima je trebalo da usklađuju svoje aplikacije. Sud je odbacio ovaj argument, primetivši da je Majkrosoft sprovodio neku vrstu *de facto* standardizacije. Sud je potvrdio da standardizacija može

⁸⁰⁷ *Microsoft v Commission, op.cit.*, par. 1038.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, par. 1039.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, par. 1051.

⁸¹⁰ *Ibidem*, par. 1054.

⁸¹¹ *Ibidem*, par. 983.

doneti ekonomske koristi, ali je upozorio da dominantno preduzeće nema pravo da jednostrano nameće te standarde putem prakse vezivanja proizvoda.⁸¹²

Nastojanje Komisije da u slučaju Majkrosoft analizira efekte prakse vezivanja na konkurenciju na tržištu ocenjuje se kao prekid sa dotadašnjim stavom evropskih organa, u skladu sa kojim je vezana prodaja imala status apsolutno zabranjenog ponašanja dominantnog preduzeća. Treba primetiti da su naznake novog odnosa vidljive već u slučaju Van den Berg Fuds, gde je Komisija takođe analizirala stepen zatvaranja tržišta.

Analitičari ocenjuju da se procena Komisije o eliminisanju konkurencije na tržištu medija-plejera nije ostvarila, jer je Majkrosoft sa svojim VMP-om uspeo da osvoji tek oko 50% tržišnog udela. Oni, međutim, ne daju odgovor da li je takav rezultat posledica odluke Komisije i mera koje su tom odlukom nametnute kompaniji Majkrosoft, ili prosto činjenice da novi operativni sistem Vindous XP nije doživeo uspeh na tržištu. Slabljenje položaja kompanije na tržištu glavnog proizvoda neminovno vodi i gubljenju pozicija na tržištu.

⁸¹² *Ibidem*, par. 1152-53.

Bibliografija

Knjige

- Akman P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Oxford, Portland, 2012.
- Antić O., *Obligaciono pravo*, Beograd, 2009.
- Amato G., *Antitrust and the Bound of Power*, Oxford, 1997.
- Amato G., Ehlermann C.D., *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Oxford 2007.
- Bain J., *Barriers to New Competition*, Cambridge, Massachusetts, 1956.
- Basedow J., Wurmnest W., *Structure and Effects in EU Competition Law*, Hague, 2011.
- Bishop S., Walker M., *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 1999.
- Bogdandy A., Mavroidis P.C., Mény Y., *European Integration and International Co-ordination*, Hague, 2010.
- Bork R., *Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1993.
- Emmerich V., *Kartellrecht*, München, 2012.
- Faull J., Nikpay A., *The EU Law of Competition*, Oxford, 1999.
- Faull J., Nikpay A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 2014.
- Ezrachi A., *EC Competition Law*, Oxford, 2008.
- Gellhorn E., *Antitrust Law and Economics*, St. Paul, Minnesota, 1986.
- Gerber D., *Law and Competition in Twentieth Century Europe - Unbounded Prometheus*, Oxford University Press, 2001.
- Goyder D.G., Goyder J., Albor-Llorens A., *Goyder's EC Competition Law*, London, 2009.
- Hilderbrand D., *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, Kluwer, 2009.
- Horváth Z., *Handbook on the European Union*, Hungarian National Assembly, 2007.
- Hovenkamp H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Publishing, St. Paul, Minnesota 2005.
- Irwin R.D., *The Organisation of Industry*, Homewood, Illinois, 1968.
- I. Jankovec I., *Privredno pravo*, Beograd, 1999.
- Joliet R., *Monopolisation and Abuse of Dominant Position*, Hague, 1970.
- Jones A., Surfin B., *EC Competition Law*, Oxford, 2004.
- Korah, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, 2004.
- Marković-Bajalović D., *Pravni aspekti liberalizacije međunarodnog prometa usluga*, Beograd, 2011.
- Marković-Bajalović D., *Tržišna moć preduzeća i antimonopolsko pravo*, Beograd, 2000.
- Mestmäcker E.J., Schweitzer H., *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 2004.
- Neal A.D., Goyder D.G., *The Antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge, Massachusetts, 1980.
- Nolte N., *Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*, Frankfurt am Mein, 2004.
- O'Donoghue R., Padilla A.J., *The Law and Economic of Article 82 EC*, Oxford, Portland, 2006.
- Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1981.
- Posner R., *Antitrust Law*, Chicago, 1976.
- Posner R., *Antitrust Law*, 2nd ed., Chicago, 2001.
- Scherer F., Ross M., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, New York, 1990.
- Schröter H., Jacob T., Mederer W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 2003.

- Stigler G., *The Organization of Industry*, Chicago, 1968.
- Sullivan E.T., Harrison J.L., *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, New York, 1994.
- Imennga U., Mestmäcker E.J., *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Kommentar zum Kartellgesetz*, München, 2001.
- Williams P., *The Emergence of the Theory of Firm*, London, 1978.
- Whish R., *Competition Law*, Oxford, 2008.

Članci

- Ahlborn C., Evans D., *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, www.ist-socrates.berkeley.edu/~scotch/DigitalAntitrust/Ahlborn_Evans.pdf
- Albaek S., *The European Commission's Priorities for Enforcement of Article 102 TFEU*, u Basedow J., Wurmnest W., *Structure and Effects in EU Competition Law*, Hague, 2011, s. 41-51.
- Areeda P., *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, *Antitrust Law Journal*, 1989. s. 848.
- Areeda P., Turner D., *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, *Harvard Law Review*, br. 4/1975, s. 697-733.
- Arrezo E., *Is there a Role for Market Definition and Dominance in an Effects-Based Approach?*, u Mackenroth M.O., Conde Callego B., Enchellmaier S., *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlin 2008. s. 36-40.
- Azevedo J.P., Walker M., *Dominance: Meaning and Measurement*, *European Competition Law Review*, 2002. s. 363-367.
- Baden Fuller C.W., *Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, *European Law Review*, 1979. s. 426-427.
- Baker J., *Market Definition: An Analytical Overview*, *Antitrust Law Journal*, 2007. s. 129- 173.
- Basaran H.R., *How Should Article 81 Addresses Agreements that Yield Environmental Benefits*, *European Competition Law Review*, 2006. s. 479-484.
- Baumol W., *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, *American Economic Review*, br. 1/1982, s. 1-15.
- Baumol W., *Predation and the Logic of Average Variable Cost Test*, *Journal of Law and Economics*, 1996, s. 49-59.
- Bork R., *Legislative Intent and the Policy of Sherman Act*, *Journal of Law and Economics*, oktobar 1966. s. 7-48
- Broder D., Badaracco A., Pincus D.A., *Vertical Price Fixing in the United States*, *European Competition Law Review*, br. 4/2013, s. 183-188.
- Clark J.M., *Toward a Concept of Workable Competition*, *American Economic Review*, jun 1940. s. 241-256.
- Demsetz H., *Barriers to Entry*, *American Economic Review*, mart 1982. s. 47-57.
- Director A., Lewi E., *The Law and the Future: Trade Regulation*, *Northwestern University Law Review*, 1956, Vol. 51, s. 281- 296.
- Edward D., Hoskins M., *Art. 90: Deregulation and EC Law: Reflections Arising from the XVI FIDE Conference*, *Common Market Law Review*, 1995. s. 157-186
- Eilsmansberger T., *Dominance – The Lost Child? How the Effects-based Rules Could and Should Change Dominance Analysis*, *European Law Journal*, 2006. s. 15-16.

- Franzosi M., *Oligopoly and Prisoner's Dilemma: Concerted Practices and 'as if' Behaviour*, European Competition Law Review, 1988. s. 385-389.
- Fox E., *The Problem with Trinko*, 52nd Annual Antitrust Spring Meeting, 2004.
- Fox E., *We Protect Competition, You Protect Competitors*, World Competition, br. 2/2003. s. 149-165.
- Fox, E., Pitofsky R., *Antitrust – Retrospective and Perspective: Where are We Coming from? Where are We Going?*, New York University Law Review, novembar 1987. s. 936-988.
- Gavil A., *Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance*, Antitrust Law Journal, br. 1/2004, s. 3-81.
- Geradin D., *Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can EU Learn from the U.S. Judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom*, Common Market Law Review, 2004, s. 1519-1553.
- Gormsen L.L., *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, Competition Law Review, br. 2/2006, s. 5-25.
- Gyselen L., *Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale in the EEC Competition Law*, Common Market Law Review, 1984, s. 647-667.
- Hou L., *Some aspects of price squeeze within the European Union: A case law analysis*, European Competition Law Review, br. 5/2011, s. 250-257.
- Hovenkamp H., *Antitrust Policy after Chicago*, Michigan Law Review, 1985, s. 213-285.
- Howarth D., *Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC: From Cost-Price Comparison to the Search for Strategic Standards*, u: G. Amato, C.D. Ehlermann, EC Competition Law – A Critical Assessment, Portland, 2007. s. 249-295.
- Jacobs M., *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, North Carolina Law Review, Vol. 74, 1995., s. 219-266.
- Jenny F., *Competition and Efficiency*, u: Fordham Corporate Law Institute, *Antitrust in a Global Economy*, New York, 1994. s. 185-220.
- Jones A., *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Paralellism*, European Competition Law Review, 1993, s. 273-279.
- Joskow P.L., Klevorick A.K., *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, Yale Law Journal, br. 2/1979, s. 213-270.
- Kaplow L., *Extention of Monopoly Power through Leverage*, Discussion paper No. 4, 5/84, Harvard Law School Program in Law and Economics.
- Korah V., *The Paucity of Economic Analysis in the EEC Decisions on Competition Tetra Pak II*, Current Legal Problems, 1993., s. 148-189.
- Langer J., *A Four Steps Test to Assess the Exclusionary Effects of Bundling under Article 82*, u Amato, Ehlermann, *EC Competition Law – A Critical Assessment*.
- Landes W., Posner R., *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law Review, br. 5, 1981. s. 937- 996.
- Larouche P., *The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation*, Antitrust Law Journal, 2008., s. 601-631.
- Lerner A.P., *The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power*, Review of Economic Studies, jun 1934. s. 157-175.
- Mann F.A., *The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities*, International and Comparative Law Quarterly, br. 1/1973, s. 35-55.

- Marenco G., *The Birth of Modern Competition Law in Europe*, u Von Bogdandy A., Mavroidis P.C., McAfee R.P., Mialon H.M., Williams M.A., *What is a Barrier to Entry?*, American Economic Review, Papers and proceedings, 2004. s. 461-465. www.service.emory.edu
- Montes A., Givaja A., *When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios*, World Competition, br. 4/2006, s. 555-574.
- Monti G., *EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?*, u Zäch R., Heinemann A., Kellerhals A., *The Development of Competition Law, Global Perspective*, Cheltenham, 2010. s. 3-28.
- Monti G., *The Dominance Treshold in Article 102 TFEU*, u Basedow, Wurmest, *Structure and Effects in EU Competition Law*.
- Mostovo C.E., *The More Economic Approach Paradigm – An Effects-based Approach to EU Competition Policy*, u: Basedow J., Wurmest W., *Structure and Effects in EU Competition Law*, Hague, 2011.
- Pitofsky R., *Essential Facilities Doctrine under the United States Antitrust Law*, Antitrust Law Journal, 2002. s. 443-462.
- Pitofsky R., *The Political Content of Antitrust*, University of Pennsylvania Law Review, april 1979., s. 1051-1075.
- Posner R., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, University of Pennsylvania Law Review, br. 4/1979, s. 945-947.
- Ridyard D., *Exclusionary Pricing and Pricing Discrimination Abuses under Article 82 - An Economic Analysis*, European Competition Law Review, 2002, s. 286-303.
- Rousseva E., *Abuse of Dominant Position Defences*, u Amato G, Ehlermann C.D., *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Oxford 2007. s. 377-431.
- Salop S.C., Scheffman D.T., *Raising Rivals' Costs*, American Economic Review, br. 2/1982, s. 267-271.
- Sato C., *Extraterritorial Application of EU Competition Law*, Journal of Political Science and Sociology, br. 11/2010, s. 25-27.
- Schmalensee R., *Output and Welfare Implications of Third Degree Price Discrimination*, American Economic Review, br. 1/1981, s. 242-247.
- Schmalensee R. *Sunk Costs and Barriers to Entry*, American Economic Review, Papers and Proceedings of the Hundred Sixteenth Annual Meeting of the American Economic Association San Diego, br. 2/2004, s. 471-475.
- Schoen F., *Exclusionary Conduct After Trinko*, New York University Law Review, Vol. 80, 2006, s. 1625-1664.
- Simović D., *Lisabonski ugovor naspram Predloga ustava za Evropsku uniju*, Zboirnik radova „Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – Stanje i perspektive“, sveska 1, Niš, 2009. s. 355-372.
- Sosnick S., *A Critique of Concepts of Workable Competition*, Quarterly Journal of Economics, avgust 1958. s. 380-423.
- Szysczak E., *Controlling Dominance in European Markets*, Fordham International Law Journal, br. 6/2011, s. 1738-1775.
- Temple Lang J., *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*, Fordham International Law Journal, br. 2/1994, s. 515.
- Temple Lang J., O'Donoghue R., *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC?*, Fordham International Law Journal, 2002. s. 83-162.
- Vickers J., *Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint*, European Competition Journal, jun 2007. s. 1-15.

- Werden G., *Assigning Market Shares*, *Antitrust Law Journal*, br. 1/2002, s. 67-104.
- Werden G., *Ancillary Restraints Doctrine*, ABA Section of Antitrust Law, 54th Antitrust Law Spring Meeting, Washington 2006., s. 5.
- Werden G., *Competition Policy on Exclusionary Conduct: Towards an Effects-Based Analysis?*, *European Competition Journal*, 2006. posebno izdanje, s. 53-67.
- Werden G., *Network Effects and Conditions to Entry: Lessons from Microsoft*, *Antitrust Law Journal*, br. 1/2001, s. 87-111.
- Werden G., *'No Economic Sense' for Exclusionary Conduct*, *Journal of Corporation Law*, 2006, 294-305.
- Williamson O., *Wage Rates as a Barrier to Entry: The Pennington Case*, *Quarterly Journal of Economics*, br. 1/1968, s. 85-116.
- Wills W.P.J., *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, *European Law Review*, 2000. s. 99-116.
- Witt A., *Public Policy Goals under EC Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order*, *European Competition Journal*, decembar 2012. s. 443-471.
- Zäch R., Künzler A., *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law According to Constitutional Law*, u: Zäch R., Heinemann A., Kellerhals A., *The Development of Competition Law*, ASCOLA Competition Law Series, 2010., s. 65-66.
- Zimmer D., *Protection of Competition v. Maximizing (Consumer) Welfare*, u Basedow J., Wurmnest W., *Structure and Effects in EU Competition Law*, Hague, 2011., s.23-39.

Priručnici i studije

- ABA Section on Antitrust Law, *Market Power Handbook*, Chicago 2005.
- Economic Advisory Group on Competition Policy, *An Economic Approach to Article 82*, www.ec.europ.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf
- OECD Best Practice Roundtables on Competition Policy, *Abuse of Dominance and Monopolisation*, 1996.
- OECD Best Practice Roundtables on Competition Policy, *Barriers to Entry*, 2005.
- OECD Best Practice Roundtables on Competition Policy, *Competition on the Merits*, 2005.
- OECD Best Practice Roundtables on Competition Policy, *Excessive Prices*, 2011.
- OECD Best Practice Roundtables on Competition Policy, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, 2010.
- OECD Best Practice Roundtables on Competition Policy, *Market Definition*, 2012.
- OECD Best Practice Roundtables on Competition Policy, *Predatory Foreclosure*, 2004.
- OECD Best Practice Roundtables on Competition Policy, *Twosided markets*, 2009.
- OECD, *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2009.
- Office for Fair Trading, *Assessment of Market Power, Competition Law Guideline*, 2004.

Propisi Evropske unije

- Commission Directive 80/723 of 25 June 1980 on the transparency of financial relations between member States and public undertakings*, Službeni list EZ L 195, 1980.
- Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*, Službeni list EU C 298, 2006.

Commission Notice on the conduct of settlement procedure in view of the adoption of Decisions pursuant Article 7 and Article 23 of Council Regulation No 1/2003 in cartel cases, Službeni list EU C 167, 2008.

Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, Službeni list EU C 372, 1997.

Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of the Community competition law, Službeni list EU C 372, 1997.

Commission Notice: Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, Službeni list EU C 101, 2004.

Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, Službeni list EU L 14, 2003.

Commission Regulation No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union on categories of research and development agreements, Službeni list EU L 335, 2010.

Commission Regulation No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union on categories of specialisation agreements, Službeni list EU L 335, 2010.

Commission Regulation No 267/2010 of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, Službeni list EU L 83, 2010.

Commission Regulation No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union on categories of technology transfer agreements, Službeni list EU L 93, 2014.

Commission Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, Službeni list EU L 102, 2010.

Commission Regulation No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union on categories of agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, Službeni list EU L 129, 2010.

Commission Regulation No 802/2004 of 21 April 2004 implementing Council Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, Službeni list EU L 133, 2004.

Commission Regulation No 906/2009 of 26 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia), Službeni list EU L 256, 2009.

Commission Regulation No 619/2014 of 24 June 2014 amending Regulation No. 906/2009 as regards its period of application, Službeni list EU L 184, 2014.

Commission staff working document, *Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, SWD(2914) 198 final.

Commission staff working document, *Guidance on restrictions of competition for the purpose of defining which agreements may benefit from the Minimis Notice*, C(2014) 4136 final.

Communication from the Commission, *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101 of the Treaty on the functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, Službeni list EU C 291, 2014.

Communication from the Commission, *Amendments to the Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*, Službeni list EU C 256, 2015.

Communication from the Commission, *Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct of dominant undertakings*, Službeni list EU C 45, 2009.

Communication from the Commission – Notice – *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, Službeni list EU C 101, 2004.

Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Articles 101 or 102 of the Treaty on functioning of the European Union, Službeni list EU C 167, 2013.

Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints, Službeni list EU C 365, 1998.

Communication on services of general economic interest, Službeni list EU C 17, 2001.

Council Directive 96/67/EC of 15 October 1996 on access to the ground-handling market at Community airports, Službeni list EU L 272, 1996.

Council Regulation (EC) No 1/2002 of 16th December 2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Službeni list EU L 1, 4.01.2003.

Council Regulation 487/2009 of 25 May 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices in the air transport sector, Službeni list EU L 148, 2009.

Council Regulation EC 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (The EC Merger Regulation), Službeni list EU L 24, 2004.

Council Regulation EEC 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations of undertakings, Službeni list EZ L 395, 1989.

Council Regulation No 1534/91 of 31 May 1991 on the application of Article 101(3) of the Treaty on certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, Službeni list EU L 143, 1991.

Council Regulation No 169/2009 of 26 February 2009 on the application of competition rules to transport by rail, road and inland waterways, Službeni list EU L 61 2009.

Council Regulation No 17 (EEC): First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, Službeni list EEZ br. 13, 21.02.1962.

Council Regulation No 19/65/EEC of 2 March 1965 on application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices, Službeni list EEZ 36, 1965.

Council Regulation No 246/2009 of 26 February 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia), Službeni list EU L 79, 2009.

Council Regulation No 2821/71 on application of Article 85(3) of the Treaty to categories to agreements, decisions and concerted practices, Službeni list EEZ L 285, 1971.

Directive 2014/104 of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, Službeni list EU L 349, 2014.

Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements, Službeni list EU C 11, 2011.

Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty, Službeni list EU C 101, 2004.

Guidelines on the assessment of horizontal concentrations under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, Službeni list EU C 31, 2004., tač. 25.

Guidelines on the assesment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, Službeni list EU C 265, 2008.

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No 1/2003, Službeni list EU C 210, 2006.

Guidelines on Vertical Restraints, Službeni list EU C 130, 2010.

Notice on the Application of Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunication Sector, Službeni list EU C 265, 1998.

Protocol 22 of the Agreement on the European Economic Area, Službeni list EU L 1 od 3.01.1994.

Regulation 4056/86 on the determination of modalities for the application of Article 85 and 86 of the EEC Treaty to Maritime Transports, Službeni list EZ L 378, 1986.

Regulation 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products, Službeni list EU L 347, 2013.

Odluke Komisije EU

1998 World Football Cup, IV/36.888, Službeni list EU L 5, 2000.

Associated Lead Manufacturers Ltd. (White Lead), IV/29.535, Službeni list EZ L 21, 1979.

Auditel, IV/32.031, Službeni list EU L 306, 1993

Bananas, IV/39.188, Službeni list EU C 189, 2009.

BPCL/ICI, IV/30.863, Službeni list EZ L 212, 1984.

British Midland/Air Lingus, IV/33.544, Službeni list EU L 96, 1992.

Building and Construction Industry in the Netherlands, IV 31.572 i 32.571, Službeni list EZ L 92, 1992.

CECED, IV.F.1/36.718, Službeni list EU L 187, 2000.

Coapi, Službeni list EZ L 122, 1995.

Consten and Grundig, IV/3344, Službeni list EEZ 2545, 1964.

Deutsche Post – Interception of cross-border mail, COMP/C-1/36.915, Službeni list EU L 331, 2001.

DSD, COMP/37.288, Službeni list EU L 319, 2001.

Dyestuffs, IV/26.267, Službeni list EEZ L 195, 1969.

Eco-Emballages, COMP/34.950, Službeni list EU L 233, 2001.

ECS/AKZO, IV/30.698, Službeni list evropskih zajednica L 374, 1985.

Elopak/Tetra Pak (Tetra Pak II), IV/31.043, Službeni list EZ L 72, 1992.

ENI/Montedison, IV/31.055, Službeni list EZ L 5, 1987.

Enichem/ICI, IV/31.846, Službeni list EZ L 50, 1988.

Eurofix-Bauco v Hilti AG, IV/30.787, Službeni list EZ L 165, 1988.

Europe Asia Trade Agreement (EATA), IV 34.250, Službeni list EU L 193, 1999.

Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA), IV/34.018, Službeni list EU L 268, 2000.

Fenex, IV/34.983, Službeni list EU L 181, 1996., par. 37.

FFAG - Flughafen Frankfurt /Mein AG, IV/34.801, Službeni list EU L 72, 1998.

Ford/Volkswagen, IV/33.814, Službeni list EZ L 20, 1993.

Gas Insulated Switchgear, COMP/F/38.899, Službeni list EU C 5, 2008., par. 310.

Gaz de France/Suez, COMP/M.4180.

Gema, IV/26.760, Službeni list EZ L 134, 1971.

General Electric/Honeywell, COMP/M.2220.
Gosmé/Martell-DMP, IV/32186, Službeni list EZ L 185/23, 1991.
Intell, COMP/37.990, Službeni list EU C 227, 2009.
Italian Cast Glass, IV/29.869, Službeni list EZ L 383, 1980.
Italian Flat Glass, IV/31.906, Službeni list EZ L 33, 1989.
Lundbeck, AT.39226 od 19.06.2013., C(2013) 2803 final.
Matières colorants, IV-26/267, Službeni list EZ L 195, 1969.
Microsoft, COMP/C-3/37.792, Službeni list EU L 32, 2007.
Napier Brown/British Sugar, slučaj IV/30.178, Službeni list EZ L 284, 1988.
National Coal Board, National Smokeless Fuels Ltd and National Carbonising Company Ltd, Službeni list EZ 1976. L 35.
Omega-Nintendo, COMP/36.321, Službeni list EU L 255, 2003.
P & I Clubs, IV/D-1/30.373 i IV/D-1/37.143, Službeni list EU L 125, 1999.
Phoenix/Global One, IV/35.617, Službeni list EU L 239, 1996.
PO Video games, COMP/35.587, Službeni list EU L 255, 2003.
PO Nintendo Distribution, COMP/35.706, Službeni list EU L 255, 2003.
Pre-insulated pipes, IV/35.691, Službeni list EU L 24, 1999.
Procter & Gamble/VP Schickedanz, IV/M430, Službeni list EU L 354, 1994.
Prokent-Tomra, COMP/E-1/38.113, Službeni list EU C 219, 2008.
PVC, Službeni list EZ L 74, 1989.
RAI/UNITEL, IV/29.559, Službeni list EZ L 157, 1978.
Re Quinine Cartel, Službeni list EZ L 192, 1969.
Roofing Felt Cartel, IV/31.371, Službeni list EZ L 232, 1986.
Sea Containers Ltd/Stena Link, IV/34.689, Službeni list EU L 15, 1994.
Sealink/B&I Holyhead, IV-34.174, 11.06.1992.
Scandlines Sverige v Port of Helsingborg, COMP/36.568.
Telefónica/Portugal Telecom, AT.39389 od 23.01.2103., C(2013)306 final.
Uniform Eurocheque, IV/30.717, Službeni list EZ L 35, 1985.
Van den Bergh Food Ltd., IV/34.395, Službeni list EU L 246, 1998.
Virgin/British Airways, COMP 34.780., Službeni list EU L 30, 2000.
Visa Multilateral Interchange Fees, AT.39398, Službeni list EU C 147, 2014.
Volkswagen, COMP/F-2/36.693, Službeni list EU L 262, 2001.
Volvo/Scania, COMP/M.1672.
Woodpulp, IV/29.725, Službeni list EZ L 85, 1985.
Zinc Producer Group, Službeni list EZ L 220, 1984.

Odluke Suda pravde EU

AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd., 238/87, 1988. ECR 6211.
AC Treuhand AG v Commission, T-99/04, 2008. ECR II-01501
ACF Chemiefarma NV v Commission, sjedinjeni slučajevi 41/69, 1970. ECR 661.
AEG Telefunken AG v Commission, 107/82, 1983. ECR 3151.
AKZO Chemie BV v Commission, C-62/86 1991. ECR I-3359.
AKZO Nobel NV and Others v Commission, T-112/05, 2007. ECR II-05049
Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfondstextielindustrie, sC-67/96, 1999. ECR I-5863

- A.L.M.A. v High Authority of the ECSC*, 8/56, 1957-58. ECR 00095.
- Almelo and Others v NV Energiebedrijf*, C-393/92, 1994. ECR I-1477.
- Alsattel SA v. Novasam*, 247/86, 1988. ECR 5987.
- Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission (Wood Pulp)*, 89/85, 1988. ECR 05193.
- Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, sjedinjeni slučajevi C-89/85 i dalje, 1993. ECR I-01307.
- Andrea Francovich and Danila Bonifaci and Others v Italian Republic*, sjedinjeni slučajevi C-6/90 i C-9/90, 1991. ECR I-5357.
- Bagnasco and Others v Commission*, sjedinjeni slučajevi C-215/96 i C-216/96, 1999. ECR I-135.
- Bayer AG v Commission*, T-41/96, 2000. ECR II-3383.
- Belgian State v René Humble and Marie-Thérèse Edel*, C-264/86, 1988. ECR 5365, par. 17.
- Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM and NV Fonior*, s127/73, 1974. ECR 313.
- British Airways plc. v Commission*, C 95/04 P, 2007. ECR I-02331.
- British Airways v Commission*, 219/99, 2003. ECR II-5917.
- Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission v Bayer AG*, sjedinjeni slučajevi C-2/01 P i C-3/01 P, 2004. ECR I-00023.
- British Leyland PLC v Commission*, 226/84, 1986. ECR 3263.
- Bureau national interprofessionnel du cognac (BNIC) v Guy Clair*, C-123/83, 1985. ECR 391.
- Cascades SA v Commission*, T-308/94, 2002. ECR II-00813.
- CECED, slučaj IV.F.1/36.718, Službeni list EU L 187, 2000.; DSD, slučaj COMP/34.493, Službeni list EU L 319, 2001.
- Centrafarm v. Sterling Drug*, C-15/74, 1974. ECR 1167.
- Centre Belge d'Etudes de Marché Télémarketing v Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion SA, Information Publicite Benelux SA (Telemarketing)*, 311/84, 1985. ECR 03261.
- Christian Poucet v Assurances générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, sjedinjeni slučajevi C-159/91 i C-160/91, 1993. ECR I-00637.
- Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v Istituto nazionale per l' assicurazione contro gli infortuni sur lavoro (INAIL)*, C-218/00, 2002. ECR I-00691.
- Commercial Solvents v Commission*, sjedinjeni slučajevi 6/73 i 7/73, 1974. ECR 223.
- Commission v Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92 P, 1999. ECR I-04125.
- Commission v. Italy*, C-118/85, 1987. ECR 2599.
- Commission and French Republic v Ladbroke Racing*, sjedinjeni slučajevi C-359/95 i C-379/95, 1997. ECR I-6265
- Compagnie Maritime Belge NV and Dafra-Lines v Commission*, sjedinjeni slučajevi C-395/96P i C-396/96P, 2000. ECR I-1365.
- Compagnie Maritime Belge NV, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH&Co and Nedlloyd Lijnen BV. v Commission*, sjedinjeni slučajevi T-24/93, T-25/93, T-26/93 i T-28/93, 1996. ECR II-01201.
- Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission*, sjedinjeni slučajevi 29 i 30/83, 1984. ECR 1679.
- Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, C-209/07, 2008. ECR I-08637.
- Consiglio Nazionale degli Spedizioneri Doganali v Commission (Customs Agents)*, slučaj T-513/93, 2000. ECR II-01807.

Consten and Grundig v Commission, sjedinjeni slučajevi 56 i 58/64, 1966. ECR 299, 341-342.

Coöperative Vereniging UA and Others v Commission, sjedinjeni slučajevi 40-48, 50, 54-56, 111, 113 i 114/73, 1975. ECR 01663.

Corinne Bodson v Pompes Funebres des Regions Libérées SA, 30/87, 1988. ECR 2479.

Criminal proceedings against Jean Claude Becu and Others, C-22/98, 1999. ECR I-5665.

Criminal proceedings against Paul Corbeau, C-320/91, 1993. ECR I-2463.

Dansk Pelsdyravlforening v Commission, T-61/89, 1992. ECR II-01931.

Denki Kagaki Kogyo Kabushiki Kaisha and Denka Chemicals GmbH v Commission of the European Communities, T-83/08, ECLI:EU:T:2012:48.

Deutsche Gramofon v Metro, 78/70, 1971. ECR 487.

Deutsche Telekom AG v Commission, T-271/03, 2008. ECR II-00477.

Deutsche Telekom AG v Commission, C-280/08 P, 2010. ECR I-9555.

Diego Cali & Figli Srl. v Servizi Ecologici Porto di Genova (SEPG), slučaj C-343/95, 1997. ECR I-01547.

Dole Food and Dole Germany v Commission, T-588/08, ECLI:EU:T:2013:130.

El du and Co. Pont de Nemours and Dow Chemical Co. v Commission, T-76/08 i T-77/08, 2012.

Enichem Anic SpA v Commission, slučaj T-6/89, 1991. ECR II-01623.

E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332.

Europeemballage Corp. and Continental Can Company Inc. v Commission, 6/72, 1973. ECR 215.

Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others, C-226/11, 2012. ECLI:EU:C:2012:795

Fresh del Monte Produce v Commission, T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129.

Federacion Nacional de Empresas de Instrumentacion Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) v Commission, T-319/99, 2003. ECR II-00357.

France, Italy and U.K. v Commission, sjedinjeni slučajevi C-188/80, 189/80 i 190/80, 1982. ECR 2545.

France Télékom SA v Commission, T-340/03, 2007. ECR II-00107.

Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Verwaecke, 5/69, 1969. ECR 295.

Gencor Ltd. v Commission, T-102/96, 1999. ECR II-00753.

General Electric v Commission, T-210/01, 2005. ECR II-05575.

Gerhard Zuechner v. Bayerische Vereinsbank AG, C 172/80, 1981. ECR 2021.

GFD Suez v Commission, T-370/09, ECLI:EU:T:2012:333.

GlaxoSmithKline Unlimited and Others v Commission, sjedinjeni slučajevi C 501/06 P, C 513 06 P, C 515/06 P i C 519/06 P, 2009. ECR I-09291.

Hilti AG v Commission, T-30/89, 1991. ECR II-01439.

Hilti AG v Commission, sC-53/92 P, 1994. ECR I-667.

Hoffmann – La Roche & Co. AG v Commission, 85/76, 1979. ECR 00461.

Höfner und Elser v Macrotron, C-41/90, 1991. ECR I-01979.

Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Register Ltd. v. Commission, 22/78, 1979. ECR 1869.

Imperial Chemical Industries and Others v Commission (Dyestuffs), sjedinjeni slučajevi 48-57/69, 1972. ECR 619.

Intell v Commission, T-286/09, odluka Opšteg suda od 12.06.2014.

Irish Sugar plc v. Commission, T-228/97, 1999. ECR II-2969.

Irish Sugar plc v. Commission, C-497/99R, 2001. ECR I-5332.

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A and Commercial Solvents Corporations v Commission, sjedinjeni slučajevi 6 i 7/73, 1974. ECR 223.

- J.R. Geigy AG v Commission*, 52/69, 1972. ECR 00787.
- L.C. Nungesser and Others v Commission*, 258/78, 1982. ECR 2515.
- Laurent Piau v Commission*, slučaj T-183/02, 2005. ECR II-00209.
- Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission (Michehn II)*, T-203/01, 2003. ECR II-4071.
- MasterCard and Others v Commission*, T-111/08, 2012. ECR 260.
- MasterCard and Others v Commission*, C-382/12 P od 11.09.2014.
- Matra Hachette SA v Commission*, T-17/93, 1994. ECR II-00595
- Meca-Medina & Majcen v Commission*, C-510/04 P, 2006. ECR I-6991.
- Metro v Commission (Metro II)*, 75/84, ECR 1986. 3021.
- Métropole Télévision (M6) and Others v Commission*, T-112/99, 2001. ECR II-2459.
- Microsoft Corp. v Commission*, T-201/04, 2007. ECR II-360.
- Ministerè public v Lucas Asjes et al., Andrew Gray et al., Jacques Maillo et al. and Leo Ludwig et al.*, sjedinjeni slučajevi 209-213/84, 1986. ECR 1425.
- Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV v Commission*, 322/81, 1983. ECR 3461.
- NVB IAZ International Belgium and Others v Commission*, sjedinjeni slučajevi 96-102, 104, 105, 108 i 110/82, 1983. ECR 03369.
- Oscar Bronner GmbH Co KG v Mediaprint*, C-7/97, 1998. ECR I-7791.
- Pavel Pavlov and others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, sjedinjeni slučajevi C-180/98 i dr., 2000. ECR I-6451.
- Port of Genoa v Gabrielli*, 179/90, 1991. ECR I-5889.
- Portugal v Commission*, C-163/99, 2001. ECR I-02613.
- Pronuptia de Paris v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, slučaj 161/84, 1986. ECR 353.
- P&I Clubs*, sjedinjeni slučajevi IV/D-1/30.373 i IV/D-1/37.143, Službeni list EU L 125, 1999.
- Radio Telefis Eirann (RTE) & Independent Television Publications Ltd. (ITP) v Commission*, sjedinjeni slučajevi C-241/91 P i 242/91 P, 1995. ECR I-743.
- Remia and Others v Commission*, 42/84, 1985. ECR 2545.
- Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Commission*, slučaj C-277/87, 1990. ECR I-00045.
- SAT Fluggesellschaft mbH v EUROCONTROL*, slučaj C-364/92, 1994. ECR I-00043.
- SCA Holding v Commission*, T-327/94, 1998. ECR II-1373.
- SC Belasco and Others v Commission (Belgian Roofing Felt)*, 246/86, 1989. ECR 02117.
- SPO v Commission*, slučaj T-29/92, 1995. ECR II-289.
- Società Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v. Commission*, sjedinjeni slučajevi T-68/69, T-77/89 i T-78/89, 1992. ECR II-1403.
- Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique v Novasam (Alsatel)*, 247/86, 1988. ECR 5987.
- Société de Vente des Ciments et Bétons de l'Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG*, 319/82, 1983. ECR 04173.
- Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, C-56/65, 1966. ECR 00235.
- Stora Kopparbergs Bergslags AB v Commission*, C-286/98 P, 2000. ECR I-09925.
- Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)*, T-83/91, 1994. ECR II-755
- Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II)*, C-333/94P, 1996. ECR I-5951.
- The Coca-Cola Company v Commission*, T-125/97, 2000. ECR II-1733.
- Thyssen Stahl AG v Commission*, T-141/94, 1999. ECR II-00347.
- Tiercé Ladbroke SA v Commission*, T-504/93, 1995. ECR II-923.

Tomra ASA Systems and others v. Commission, T-155/06, 2010. ECR II-4361.
United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission, 27/76, 1978. ECR 207.
Van der Bergh Foods, T-65/98, 2003. ECR II-04653.
Verband der Sachversicherer e.V. v Commission, 45/85, 1987. ECR 405.
Vereeniging van Cementhandelaren v Commission, 8/72, 1972. ECR 977.
Viho v. Commission, C-73/95 P, 1996. ECR I-5496.
Volkswagen AG v Commission. T-208/01, 2003. ECR II-05141.
Wouters v Algemene Raad van de Nederakndse Orde van Advocaten, C-309/99, 2002. ECR I-1577.

Odluke Vrhovnog suda SAD

Albrecht v Herald Co., 390 U.S. 145, 1968.
Aluminium Co. of America v U.S., 1945. 377 U.S. 271.
American Tobacco Co. v. U.S., 1911., 221 U.S. 106
Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 1985. 472 US 585.
Associated Press v. U.S., 1945. 326 US 1.
Berkey Photo v Eastmen Kodak, 1980. 444 US 1090.
Brown Shoe Co. v United States, 1962. 370 U.S. 294
Continental T.V., Inc. v GTE Sylvania, Inc., 1977., 433 U.S. 36
Dr. Miles Medical Co. v John D. Park & Sons Co., 1911, 220 U.S. 373.
FTC v Procter & Gamble Co., 1967. 386 U.S. 568.
Leegin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, 2007. 551 U.S. 877
Loraine Journal Co. v U.S., 1951. 342 US 143.
Northern Securities Co. v U.S., 1904. 103 U.S. 197.
Otter Tail Power Co. v U.S., 1973. 410 US 366.
Polk Bros. v Forest City Enters., 776 F.2d 185 (7th Circ. 1985).
Rothary Storage & Van Co. v Atlas Van Lines Inc., 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).
Standard Oil Co. of New Jersey v U.S., 1911. 221 U.S. 1.
State Oil Co. v Cahn, 1997. 522 U.S. 3.
Times Picayne Publishing Co. v U.S., 1953., 345 U.S. 594.
United Shoe Machinery Corp. v U.S., 1922. 258 U.S. 451.
U.S. v Addyston Pipe and Steel Corp., 85 F. 271 (6th Circ 1898), 1899. 175 U.S. 211.
U.S. v Arnold, Schwinn & Co., 1967. 388 U.S. 365.
U.S. v E.I. du Pont de Nemours & Co., 1956. 351 U.S. 377.
U.S. v Microsoft, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).
U.S. v Philadelphia National Bank, 1963. 374 U.S. 321.
U.S. v Trans-Missouri Freight Association, 1897. 160 U.S. 290.
U.S. v Trenton Potteries Co., 1927., 273 U.S. 392;
Verizon Communcation Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 2004. 540 US 398.

Kanadski slučajeji

Canada (Director of Investigation and Research) v NutraSweet, 1990., 32 CPR (3d) 1 (Comp. Trib.).