

«ZLOUPORABA VLADAJUĆEG POLOŽAJA U PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA EU»

mr.sc. Mirta Kapural, dipl.iur

Sažetak

Kako bi se postigla zaštita učinkovitog tržišnog natjecanja i očuvanje nesmetanog funkcioniranja jedinstvenog tržišta EU, Europsko pravo tržišnog natjecanja određuje granice postupanja poduzetnika sa značajnijom tržišnom snagom uslijed koje oni mogu negativno utjecati na tržišno natjecanje. Cilj je ovoga stručnog rada obrazložiti koncept zlorabe vladajućeg položaja u pravu zaštite tržišnog natjecanja Europske unije, predstaviti konkretne oblike u kojima se očituje zloraba vladajućeg položaja, popraćeno sa primjerima iz prakse Europske komisije i jurisprudencije Suda Prvoga stupnja i Suda EZ. U nastavku se kratko izlažu nove Smjernice Europske komisije o prioritetima u primjeni članka 82. Ugovora o EZ na zlorabe vladajućeg položaja poduzetnika postupanjem isključivanja s tržišta. U svrhu komparativnog prikaza, na kraju rada daje se pregled relevantnih odredbi hrvatskog Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja kojim je uređena zloraba vladajućeg položaja i primjeri nekih odluka Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja kojima je utvrđena ova vrsta zabranjenog postupanja na hrvatskom tržištu.

1. Uvod

Kada se govori o vladajućem položaju poduzetnika na određenom tržištu može se reći da je riječ o odnosu snaga poduzetnika koji se zbog svoje tržišne snage nalazi u određenoj prednosti u odnosu na ostale sudionike na tržištu, manje konkurente. Međutim, do primjene propisa o zaštiti tržišnog natjecanja neće doći zbog puke činjenice da je određeni poduzetnik uspješniji i da zauzima veći tržišni udjel. I poduzetnici sa značajnijim položajem na tržištu moraju se natjecati sa svojim konkurentima. Europska komisija, kao i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja reagirat će samo u slučaju kada takav poduzetnik zlorabi svoj vladajući položaj, odnosno postupi na način kojim se stvaraju zapreke ulaska na predmetno tržište ili kojim se stavlja u nepovoljniji položaj druge poduzetnike, ili istiskuje svoje tržišne takmace i time narušava tržišno natjecanje. Navedeno zabranjeno postupanje propisano je člankom 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU).¹

*mr.sc. Mirta Kapural, dipl. iur; Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja,

**Ovaj stručni članak objavljen je u časopisu Pravo i porezi, RRF, broj 11, Zagreb, 2010 str. 64-72.

Mišljenja i stavovi autorice izneseni u ovom radu strogo su osobna te stoga ne odražavaju i službena stajališta Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

Jurisprudencijom Suda Europskih zajednica (dalje: Sud EZ) i Suda Prvoga stupnja detaljnije je razrađen koncept zlouporabe vladajućeg položaja.² Europska komisija također je pri postupanju u ovoj vrsti predmeta u novije vrijeme kao osnovu svojih analiza usvojila pristup koji stavlja veći naglasak na protukonkurentno zatvaranje tržišta i učinak postupanja na tržište (*Efficiency theory*). U tu svrhu izradila je dva značajna dokumenta koji detaljnije razrađuju oblike zlouporaba vladajućeg položaja, i prioritete u postupanju Europske komisije. Hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (dalje: ZZTN) također slijedi europsku praksu, pa novi ZZTN sadrži ne samo definiciju zlouporabe vladajućeg položaja kao i članak 102. UFEU, nego također naglašava i važnost učinka postupanja na tržištu pri donošenju konačne odluke.³

2. Pojam zlouporabe vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja EU

U pravu tržišnog natjecanja EU, da bi uopće došlo do primjene članka 102. UFEU, potrebno je da se poduzetnik nalazi u vladajućem položaju na jednom ili više mjerodavnih tržišta. Kako bi se navedeno utvrdilo, potrebno je odgovoriti na dva temeljna pitanja: Je li poduzetnik u vladajućem položaju na tržištu na kojem obavlja svoju poslovnu djelatnost? Ukoliko je potvrđan odgovor na to pitanje, postavlja se slijedeće, da li poduzetnik zlorabljuje taj svoj vladajući položaj na tržištu?

a) Kada se poduzetnik nalazi u vladajućem položaju na tržištu?

Poduzetnik je u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu ako tijekom značajnog vremenskog razdoblja ima značajnu tržišnu snagu na mjerodavnom tržištu koja mu omogućuje da sprječava održavanje učinkovitog tržišnog natjecanja, te koji se može u značajnoj mjeri ponašati neovisno od svojih stvarnih ili mogućih konkurenata, kupaca i potrošača.⁴ Spomenuta tržišna snaga je sposobnost utjecanja na cijene, proizvodnju, inovacije, različitost i kvalitetu robe i usluga ili druge parametre tržišnog natjecanja tijekom značajnog vremenskog razdoblja. Tržišna snaga može se promatrati kao sposobnost da se na profitabilan način održe cijene iznad konkurentne razine, odnosno da se ograniči izlazni proizvod ili kvaliteta ispod konkurentne razine, a pojavljuje se u situaciji kada poduzetnik nema značajni pritisak konkurencije na tržištu.

Vladajući položaj može držati samo jedan poduzetnik ili više poduzetnika, pa u potonjem slučaju govorimo o zajedničkom vladajućem položaju.

¹ Do stupanja na snagu Ugovora o funkcioniranju EU (Lisabonskog Ugovora) 1. prosinca 2009., zlouporaba vladajućeg položaja bila je uređena člankom 82. Ugovora o Europskoj zajednici. Konsolidirana verzija Ugovora o funkcioniranju EU objavljena je u Official Journal C 83 od 30.3.2010. U članku se koristi dupla numeracija, članak 82. Ugovora o EZ i članak 102. Ugovora o funkcioniranju EU, ovisno o nazivu određenog dokumenta ili pri citiranju odluka sudske prakse usvojenih po prethodnoj numeraciji.

² Prema UFEU, Sud Prvoga stupnja nosi naziv «Opći sud» (General Court), a Sud EZ, dobiva novi naziv Sud EU, no za potrebe ovoga članka koristit će se naziv Sud prvoga stupnja i Sud EZ budući da se spomenuta sudska praksa odnosi na ranije razdoblje.

³ U vrijeme pisanja ovoga rada stupio je na snagu novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja («Narodne novine», broj 79/09), te se poziva na odredbe novoga zakona. Međutim, potrebno je naglasiti da je i članak 16. dosadašnjeg ZZTN («Narodne novine», broj 122/03) bio usklađen s odredbom članka 82. Ugovora o EZ.

⁴ Tumačenje Suda EZ u predmetu *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission*, 1978, ECR 207.

Poduzetnici imaju zajednički vladajući položaj na određenom tržištu kada na tom tržištu usvajaju isto postupanje. Zajednički vladajući položaj dvaju ili više poduzetnika najčešće se javlja na tzv. oligopolnim tržištima (tržištima na kojima djeluje mali broj prodavatelja roba ili pružatelja usluga), uz propisivanje nacionalnim propisima visine tržišnih udjela koje ti poduzetnici moraju zajednički ostvarivati. Koncept zajedničkog vladajućeg položaja razvio je Sud prvoga stupnja u predmetu *Italian Flat Glas* prepoznavši mogućnost da dva ili više neovisna gospodarska subjekta budu povezani na način kojim drže zajednički vladajući položaj na tržištu prema drugim sudionicima na tom istom tržištu.⁵ Kriteriji postojanja zajedničkog vladajućeg položaja dalje su razrađeni u presudama Suda Prvoga Stupnja i Suda EZ pri čemu se izdvaja presuda Suda Prvoga stupnja u predmetu *Airtours*.⁶ Polazeći od zaključaka iz *Italian Flat Glas*, Sud Prvoga stupnja razradio je kriterije za pretpostavku zajedničkog vladajućeg položaja. Kao prvo, transparentost tržišta uslijed koje svi članovi oligopolnog tržišta mogu u svakome trenutku saznati o postupanju drugih sudionika na tržištu. Nadalje, postojanje poticaja da sudionici na oligopolnom tržištu prihvate neko ponašanje kao zajedničko, te naposljetku, nemogućnost konkurenata da povećavaju svoj tržišni udjel, da novi poduzetnici uđu na tržište ili da se kupci okrenu drugim izvorima nabave dok traje zajedničko djelovanje poduzetnika.⁷

Pojam vladajućeg položaja poduzetnika i pojam monopola dva su srodna pojma, međutim kada je riječ o monopolu, na tržištu postoji samo jedan poduzetnik koji prodaje robu ili pruža usluge, pa uopće nema tržišnog natjecanja. Za razliku od monopola, kod vladajućeg položaja na tržištu postoje drugi tržišni takmaci i određena razina tržišnog natjecanja koja može biti smanjena uslijed učinka postupanja poduzetnika u vladajućem položaju. Također kada je riječ o monopolu potrebno je razlikovati i tzv. *prirodne monopole* koji postoje na tržištima na kojima samo jedan poduzetnik opskrbljuje robom ili uslugama, a cijena te robe ili usluge niža je nego što bi bila da tu opskrbu ili usluge obavlja više poduzetnika. Ovakvi monopoli vezani su za iskorištavanje određene tehnologije ili infrastrukture, i u pravilu ih regulira država.⁸

b) Kako se utvrđuje vladajući položaj poduzetnika?

Polazna točka u utvrđivanju položaja pojedinog poduzetnika na nekom tržištu jest definirati mjerodavno tržište na kojem taj poduzetnik obavlja svoju poslovnu djelatnost. Mjerodavno tržište utvrđuje se u proizvodnoj i zemljopisnoj dimenziji kako bi se utvrdili i drugi tržišni takmaci koji bi mogli djelovati ograničavajuće na ponašanje poduzetnika za kojeg se utvrđuje vladajući položaj.

Mjerodavno tržište predstavlja tržište određene robe i/ili usluga koje su predmet obavljanja djelatnosti poduzetnika na određenom zemljopisnom području.⁹ Jedan od instrumenata utvrđivanja mjerodavnog tržišta u praksi Europske komisije i nacionalnih

⁵ *Societa Italiana Vetro Spa v. Commission-Italian Flat Glas*, 89/93, 1989, Official Journal L 33/44; T-68, 77,78/89, 10.3.1992. ECR-II 1403 (1992) 5 CMLR 302 (1992).

⁶ *Airtours plc. V. Commission*, T-342/99 (2002) ECR.

⁷ O zajedničkom vladajućem položaju detaljnije u knjizi Vedran Šoljan «Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice», Zagreb, 2004, str. 221-244.

⁸ Takvi monopoli su npr. željeznice, prijenos električne energije, vodovodi.

⁹ Načini utvrđivanja mjerodavnog tržišta opisani su u Obavijesti Europske komisije «Commission Notice on the definition of the relevant market for purposes of Community Competition Law.», Official Journal C 372, 9.12.1997.

tijela za zaštitu tržišnog natjecanja je tzv. SSNIP test (*Small but significant non-transitory increase in prices*). Prema tom testu, prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu procjenjuje se hipotetska situacija o tome da li bi kupci određenog poduzetnika prihvatili zamjenske proizvode ili dobavljače koji su na drugoj lokaciji i da li bi u toj situaciji potencijalni vladajući poduzetnik mogao pomalo ali značajno podizati cijene proizvoda, a da ne privuče nove tržišne takmace. Međutim, kada se ovaj test koristi kod određivanja mjerodavnog tržišta u predmetima zlouporabe vladajućeg položaja Europska komisija upozorava na činjenicu da u ovom slučaju cijena koja služi kao mjerilo nije prevladavajuća cijena nego cijena iznad konkurentne razine budući da je riječ o poduzetniku u vladajućem položaju.¹⁰

Nakon definiranja mjerodavnog tržišta, drugi značajan korak u analizi položaja poduzetnika na mjerodavnom tržištu je utvrđivanje tržišnog udjela svih poduzetnika na tom tržištu. Tržišni udjel za Europsku komisiju predstavlja prvu naznaku strukture tržišta i važnosti određenih poduzetnika koji posluju na tim tržištima. U praksi Europske komisije (kao i mnogih nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja zemalja članica EU) postoji presumpcija da se u vladajućem položaju nalazi poduzetnik čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu iznosi više od 40%. Ipak, postoje iznimke, osobito kada se radi o manjim tržištima. Tako je u predmetu *British Airways* utvrđeno da navedeni poduzetnik ima vladajući položaj iako mu je tržišni udjel bio 39%, dok je prvi idući tržišni takmac na mjerodavnom tržištu imao tek 5% tržišnog udjela.¹¹ Stoga Europska Komisija visinu tržišnih udjela tumači prema uvjetima i dinamici pojedinih tržišta. Prema tome, sam tržišni udjel nekog poduzetnika ne daje dovoljan dokaz temeljem kojega bi se u svakom pojedinom slučaju moglo govoriti o vladajućem položaju poduzetnika. Uz navedeno, potrebno je provesti detaljnu analizu strukture mjerodavnog tržišta, utvrditi ostale sudionike na tržištu i njihov položaj na tržištu, povezanost s ostalim tržištima, promjene tržišnih udjela u vremenskom razdoblju, te prepreke ulaska na to tržište.¹² U obzir se uzima i veličina i pregovaračka snaga kupaca dominantnog poduzetnika (tzv. *countervailing buyer power*), te postojanje konkurencije ili potencijalnih konkurenata na predmetnom tržištu.

Postojeća konkurencija odnosi se na tržišne takmace već prisutne na tržištu kojima se potrošači mogu okrenuti ukoliko dominantni poduzetnik drži cijene iznad konkurentne razine. Potencijalna konkurencija odnosi se na mogućnost da novi tržišni takmaci uđu na mjerodavno tržište i osvoje tržišni udjel na štetu poduzetnika u vladajućem položaju. Na potencijalnu konkurenciju najviše utječu prepreke ulaska na tržište koje mogu biti administrativne, ekonomske ili pravne naravi (npr. apsolutne prednosti u troškovima, poslovni rizici, pravni propisi itd.) Postojanje visokih tržišnih udjela poduzetnika na

¹⁰ Ovaj negativni efekt propuštanja uzimanja u obzir cijene iznad konkurentne razine kod određivanja mjerodavnog tržišta u predmetima zlouporabe vladajućeg položaja, u teoriji prava tržišnog natjecanja naziva se «*cellophane fallacy*». Problem primjene SNIPP testa u predmetima zlouporabe vladajućeg položaja razmatrala je i Europska komisija u dokumentu «DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses», 19.12.2005., str. 7-9.

¹¹ *British Airways*, Official Journal 2000 L30/1, T- 219/99, C-95/04.

¹² Europska komisija u svrhu dobivanja cjelovite slike o strukturi nekog mjerodavnog tržišta provodi sektorska istraživanja tržišta, tzv. Sectoral Inquiry; npr. istraživanje Europske komisije u farmaceutskom sektoru, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>

određenom tržištu kroz dulje vrijeme ukazuje na postojanje prepreka za ulazak na to tržište.¹³

3. Kada je riječ o zlouporabi vladajućeg položaja? Što je zabranjeno poduzetniku u vladajućem položaju?

Kod razmatranja zlouporabe vladajućeg položaja, nužno je istaknuti da vladajući položaj sam po sebi nije zabranjen. Naime, i poduzetnik u vladajućem položaju ima pravo natjecati se na tržištu na kojem sudjeluje u prometu robe i usluga.¹⁴ Međutim, poduzetnik s većom tržišnom snagom, koji se nalazi u vladajućem položaju na tržištu ima posebnu i veću odgovornost za postupanje prema drugim sudionicima na tržištu, kako ne bi svojim utjecajem negativno utjecao i ograničio tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.¹⁵

Koncept zlouporabe definirao je Sud EZ u ranoj sudskoj praksi: «Koncept zlouporabe objektivna je koncept koji se odnosi na postupanje poduzetnika u vladajućem položaju kojim on utječe na strukturu tržišta pri čemu je zbog samog sudjelovanja tog poduzetnika na tržištu, razina tržišnog natjecanja smanjena, i koje metodama različitim od onih u uvjetima uobičajenog tržišnog natjecanja u proizvodima i uslugama slijedom transakcija trgovačkih partnera, ima za posljedicu sprječavanje održavanja razine tržišnog natjecanja koje još postoji na tržištu ili daljnji rast tržišnog natjecanja.»¹⁶

Zaštita tržišnog natjecanja kao način jačanja dobiti porošača i osiguranje učinkovite raspodjele sredstava smisao je članka 102. UFEU kojim je utvrđeno koje postupanje predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja. Ujedno je važno voditi računa i da zlouporaba uređena ovim člankom podrazumijeva i mogući učinak na trgovinu između država članica EU. Ovo proizlazi iz cilja članka 102., a to je zaštita jedinstvenog tržišta EU i uklanjanje prepreka u trgovini između država članica. Ciljevi nacionalnih zakonodavstava mogu se donekle razlikovati, pa u središte stavljaju slobodu tržišnog natjecanja kao poticaj za razvoj gospodarstva i u konačnici dobiti za potrošače. Nadalje, potrebno je napomenuti da jednom kada je utvrđena zlouporaba vladajućeg položaja prema članku 102. UFEU, navedeno postupanje ne može biti izuzeto od zabrane kao što je slučaj s pojedinim zabranjenim sporazumima prema članku 101. stavku 3. UFEU.¹⁷

Članak 102. UFEU propisuje:

«Svaka zlouporaba vladajućeg položaja od strane jednog ili više poduzetnika na zajedničkom tržištu ili u njegovom značajnom dijelu, zabranjena je, jer nije u skladu sa zajedničkim tržištem budući da bi mogla utjecati na trgovinu između država članica.

¹³ Zapreke ulaska na tržište obrađuju autori u knjizi D. Mlikotin Tomić, H. Horak, V. Šoljan i J. Pecotić-Kaufman «Europsko tržišno pravo», Školska knjiga, Zagreb, 2006., str. 108-114.

¹⁴ To se odnosi i na zajednički vladajući položaj poduzetnika koji neće biti zabranjen ako poduzetnici djeluju neovisno jedan od drugoga, ako samostalno razvijaju svoju poslovnu i cjenovnu strategiju.

¹⁵ Ovaj stav Europski sud izrazio je u presudi u predmetu *Europemballage and Continental Can v. Commission* (1973) ECR 215; detalji o ovoj presudi uz mišljenja općih odvjetnika Suda u knjizi Valentine Korah «Cases and Materials on EC Competition Law», third edition, Hart publishing, 2006, str. 113-128.

¹⁶ *Hoffmann La Roche Co. AG v. Commission*, 85/76 (1979) ECR, str. 461, paragraf 91.

¹⁷ Članak 101. stavak 3. UFEU propisuje uvjete pod kojima pojedini sporazumi mogu biti izuzeti od zabrane iz članka 101. stavka 1. UFEU. O navedenim uvjetima, više u knjizi A. Jones and B. Sufrin, «EC Competition Law», Third edition, Oxford University Press, 2008, str. 269-290.

Takva se zlouporaba naročito očituje kao:

- (a) izravno ili neizravno nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena, ili ostalih nepravednih trgovinskih uvjeta;
- (b) ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehnološkog razvitka na štetu potrošača;
- (c) primjenjivanje nejednakih uvjeta na jednake poslove s ostalim trgovačkim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;
- (d) uvjetovanje sklapanja ugovora pristankom ostalih stranaka na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima, nemaju nikakve veze s predmetom tih ugovora.»

4. Najčešći oblici zlouporabe vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja EU:

Postupanje može biti zlouporabno kada svojim postupanjem utječe na proces tržišnog natjecanja i kao posljedica utječe na potrošače direktno (npr. putem viših cijena koje naplaćuje) ili indirektno (npr. postupanjem koje smanjuje intenzitet postojećeg tržišnog natjecanja). Europska komisija i europska sudska praksa razvile su najčešće oblike zlouporaba vladajućeg položaja u kojima se očituju povrede iz članka 102. UFEU. Navedena postupanja mogu se podijeliti na postupanja isključivanja s tržišta (*exclusionary conduct*) i prakse iskorištavanja (*exploitative conduct*).¹⁸ Vrste zlouporaba dijele se i na tzv. zlouporabe vladajućeg položaja putem cijena i zlouporabe drugim postupanjima.

Zlouporabe vladajućeg položaja putem cijena

1. **Diskriminacija u cijenama** predstavlja naplaćivanje različitih cijena različitim kupcima za isti proizvod, te naplaćivanje iste cijene različitim kupcima iako postoji materijalna razlika u pogledu troškova nabave. U već spomenutom predmetu *United Brands*, Europska komisija je utvrdila kako je *United Brands* primjenjivao diskriminatorske cijene svojim distributerima u različitim državama članicama EU. Također i u predmetu *Irish sugar* utvrđena je zlouporaba diskriminacijom cijena od poduzetnika *Irish sugar* koji je imao skoro 90 posto tržišnog udjela na mjerodavnom tržištu. Povreda se sastojala u primjeni diskriminacijskih cijena ponuđenih industrijskim kupcima koji su pristali svoje proizvode izvoziti umjesto konkurirati *Irish Sugaru* preprodajom svojih proizvoda. Nadalje, diskriminacijske cijene bile su nuđene i poduzetnicima koji su se bavili prodajom paketa šećera u maloprodaji ovisno o tome da li su tu prodaju vršili u maloprodajnim mjestima od *Irish sugar*.¹⁹ Ovakvo postupanje dovelo je do značajnog ograničavanja tržišta i smanjenog izbora proizvoda (šećera) za kupce.

2. **Predatorske cijene** su one cijene koje kratkoročno podrazumijevaju gubitke (ispod razine troškova) kako bi se omogućila eliminacija konkurenta s ciljem da se dugoročno omogući naplaćivanje viših cijena. Za potrošače su niže cijene dobre,

¹⁸ Potrebno je napomenuti da se Europska komisija puno više bavila isključujućim postupanjima koji su u središtu novih Smjernica o prioritetima u primjeni članka 82. Ugovora o EZ na zlouporabe vladajućeg položaja poduzetnika postupanjem isključivanja s tržišta.

¹⁹ *Irish sugar*, case C-497/99R (2001), 5 CMLR 1082.

međutim kod predatorskih cijena, one se zadržavaju samo kratkoročno dok se ne istisne konkurent nakon čega dolazi do novog porasta cijena ali i smanjenog izbora za potrošače pa su oni prisiljeni kupovati po višim cijenama predatora. Prema tumačenju Suda EZ, cijene ispod prosječnih varijabilnih troškova smatraju se zloporabnim jer poduzetnik u vladajućem položaju ne može imati niti jedan drugi razlog osim uklanjanja tržišnih takmaca da svoje proizvode prodaje ili pruža usluge ispod tih troškova. Navedeni oblik zloporabe vladajućeg položaja cijenama u praksi je vrlo teško dokaziv. Naime, snižavanje cijena predstavlja važan element tržišnog natjecanja i može biti izazvano drugim razlozima, kao što su npr. kratkoročni gubici nužni za predstavljanje novog proizvoda na tržištu ili zbog ulaska na novo tržište. Stoga i postoji vrlo mali broj odluka Europske komisije ali i europskih nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kojima je utvrđen ovaj oblik zloporabe. Najpoznatija odluka Europske komisije u kojoj je dokazana zloporaba vladajućeg položaja predatorskim cijenama donesena je u predmetu *AKZO Chemie*.²⁰ Poduzetnik *AKZO Chemie* zlorabio je svoj vladajući položaj sustavnim snižavanjem cijena ispod troškova proizvodnje s ciljem isključivanja konkurenta s tržišta. Uz to, Komisija je utvrdila da je AKZO prodavao svoje proizvode na povezanom tržištu nekim glavnim kupcima u zamjenu da oni kupuju isključivo od njega proizvode. Sud EZ u ovome je predmetu istaknuo kako ovakve cijene mogu istisnuti s tržišta i jednako učinkovite tržišne takmace kao i poduzetnik u vladajućem položaju ali koji zbog svojih slabijih financijskih sredstava nisu u mogućnosti izdržati tako snažan konkurentni pritisak.²¹

3. Pretjerane cijene (tzv. *Excessive pricing*)- cijene se mogu smatrati pretjeranim (te stoga i nepravedno visokim) ako poduzetniku omogućuju veću stopu povrata nego što bi to bilo moguće na konkurentnom tržištu. Glavni indikator postojanja pretjeranih cijena odnos je između cijene i prosječnih varijabilnih troškova. Ovakvu vrstu zloporabe isključivanja s tržišta primjenom prekomjernih cijena utvrdila je Europska komisija u predmetu *Napier Brown/British Sugar* na način da je proizvođač šećera u vladajućem položaju na tržištu veleprodaje nepakiranog šećera i na tržištu maloprodaje šećera tijekom duljeg vremenskog razdoblja održavao svoje veleprodajne i maloprodajne cijene koje nisu bila odraz troškova pakiranja. Umanjenjem razlike cijena industrijskog šećera i šećera za konzumaciju *British Sugar* zlorabio je svoj vladajući položaj jer bi uslijed primjene takve cjenovne politike, i učinkoviti konkurenti na tržištu maloprodaje bili primorani napustiti tržište.²² Također, u predmetu *General Motors Continental* utvrđeno je da je poduzetnik naplaćivao pretjerano visoke naknade za dodjeljivanje certifikata o sukladnosti Opel vozila u Belgiji. Ovakav zaključak donesen je stavljanjem cijene koja se naplaćivala u odnos prema ekonomskoj vrijednosti usluge koja je pružena, iz čega je proizašlo da je navedena cijena pretjerana.²³

U vezi pojedinih oblika zloporaba vladajućeg položaja putem cijena nužno je napomenuti da Europska komisija i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja djeluju samo ako su utvrđene obrazložene zloporabe vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu u obliku predatorskih cijena ili prekomjerno visokih cijena proizvoda ili usluga.

²⁰ *AKZO Chemie v. Commission*, C-62/86 (1991), ECR I-3359.

²¹ Osim AKZO predmeta, za predatorske cijene vidjeti i odluke u predmetima *Compagnie Maritime Belge v. Commission*, C-395/96P (2000), ECR I-1365; *UPS/Deutsche Post* (2001), Official Journal L 125/27; knjiga D.G. Goyder «EC Competition Law», fourth edition, Oxford University Press, 2004, str. 286-289.

²² *Napier Brown/British Sugar*, 88/518 (1988), Official Journal L 284/41, str. 41-59.

²³ *General Motors Continental* C-26/75 (1975), ECR 1367 (1976) 1 CMLR 95. Slično i u predmetu *British Leyland plc*. C-226/84.

Navedeno znači da tijela za zaštitu tržišnog natjecanja nemaju ulogu regulatora za cijene, i ne prate sustavno cijene i njihove promjene.²⁴

Zluporabe koje se ne ostvaruju putem cijena

4. Isključiva kupnja/ekskluzivno postupanje

Poduzetnik u vladajućem položaju može pokušati isključiti svoje konkurente na način da ih spriječi da prodaju svojim kupcima primjenom obveze ekskluzivnosti prema vlastitim kupcima kako bi oni svu ili najveći dio roba ili usluga nabavljali od poduzetnika u vladajućem položaju.²⁵ U predmetu *Soda Ash*, Europska komisija je utvrdila da su ugovori koji sadržavaju obvezu isključive kupnje ili količinu robe potrebne kupcima sklopljeni na duže vremensko razdoblje protivni članku 82. Ugovora o EZ jer onemogućavaju kupcima da nabavljaju proizvode od konkurenata i da se prilagode uvjetima na tržištu.²⁶

5. Uvjetovani rabati

U provođenju svoje poslovne politike poduzetnik u vladajućem položaju ima pravo svojim kupcima odobravati količinske rabate ili popuste. Međutim, s obzirom na njegov visoki tržišni udjel, tržišnu snagu te pristup izvorima nabave, ti rabati i popusti moraju biti transparentni i pod jednakim uvjetima dostupni svim kupcima, poduzetnicima koji djeluju na mjerodavnom tržištu.

Kada se govori o uvjetovanim rabatima u smislu zluporabe vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja, riječ je o tzv. *ciljnom ili količinskom popustu (target rebate)* tj. popustu koji proizvođač odobrava distributerima svojih proizvoda ali tek nakon što distributer u određenom razdoblju (najčešće kroz godinu dana) ostvari određeni «ciljani» promet od prodaje proizvoda. Navedeni sustav popusta ograničava slobodu izbora trgovaca i rezultira nejednakošću postupanja u odnosu na ostale trgovce istih proizvoda. Pri tome se utječe na privrženost kupaca proizvodima poduzetnika u vladajućem položaju, a različite cijene ili popusti nisu opravdani umanjenjem troškova koji se ostvaruje kupnjom veće količine proizvoda. Osim ciljnog popusta zabranjeni rabati mogu imati i oblik tzv. *popusta vjernosti (loyalty rebate)* koji predstavlja smanjenje veleprodajne cijene koja se odobrava trgovcima na malo kao nagrada za vjernost, veći popust dobiva onaj kupac koji robu nabavlja od poduzetnika u vladajućem položaju koji odobrava popust. Popust je diskriminirajući ukoliko je uvjetovan obvezom kupca da određenu razinu ili cjelokupne svoje potrebe za proizvodima pribavlja isključivo od jednog dobavljača.

Europska komisija u odluci od 20. lipnja 2001. u predmetu *Michelin* utvrdila je da su popusti koje dobavljač daje trgovcima, a čija je primjena ili visina uvjetovana

²⁴ Navedeno stajalište izrazila je Europska komisija u petom redovnom izvješću o politici tržišnog natjecanja, prema kojem se mjere usmjerene na sprječavanje zluporaba vladajućeg položaja u obliku naplaćivanja prekomjerno visokih cijena, a koje poduzimaju tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, ne smiju pretvoriti u to da ta tijela sustavno prate cijene.

²⁵ U predmetu *Van den Bergh Foods v. Commission*, T-65/98 obveza korištenja hladionika isključivo za održavanje proizvoda poduzetnika u vladajućem položaju smatrano je postupanjem koje dovodi do ekskluziviteta u korist vladajućeg poduzetnika.

²⁶ *Soda Ash-Solvay*, 91/299 (1991), Official Journal L 152/21.

ostvarenjem određenog obima prodaje koji je određen individualno za pojedine trgovce, diskriminirajući u cijenama jer mogu poduzetnike staviti u nepovoljan položaj na tržištu.²⁷ U ovoj odluci utvrđeno je kako je Michelin zlorabio vladajući položaj vezivanjem kupaca primjenom popusta temeljem individualno određenih ciljeva i postotaka popusta i primjenom nejednakih uvjeta na jednake poslove.²⁸ Michelin je putem Općih uvjeta poslovanja i sporazuma o poslovnoj suradnji primjenjivao složen sustav rabata, popusta i davanja drugih financijskih pogodnosti sa ciljem vezivanja distributera uz sebe i zadržavanja vladajućeg položaja. Tako je primjenjivao rabat vjernosti, pa su u očekivanju rabata distributeri pristali prodavati Michelin gume i uz gubitak, a rabati su im bili isplaćeni tek slijedeće godine. Pri tome je Michelin primjenjivao subjektivne kriterije utvrđivanja visine popusta i bonusa što je ocijenjeno kao zlouporaba vladajućeg položaja. U ovom predmetu utvrđeno je kako je dodatni pritisak na kupce ostvaren i redovitim posjetama predstavnika Michelinina koji su vodili sustavne i neposredne provjere kako bi postigli cilj vezivanja kupaca uz sebe.

6. Vežanje proizvoda. Kod vežanja proizvoda dobavljač uvjetuje kupcu da cjelokupnu potražnju ili dio potražnje za drugim (vežanim) proizvodom nabavlja od dobavljača prvog proizvoda. Da bi se radilo o vežanju proizvoda potrebno je da su vezujući i vezani proizvod, dva različita proizvoda i da vezivanje može dovesti do zlouporabe vladajućeg položaja. Vežani poslovi uključuju oblik prisile kao uvjetovanje prihvaćanja druge ugovorne strane obveze da prihvati preuzimanje ispunjenja druge dodatne obveze koja nije u izravnoj vezi s predmetom ugovora. Vežani poslovi ograničavaju tržišno natjecanje kada ih sustavno primjenjuje poduzetnik u vladajućem položaju na tržištu.²⁹

U poznatom predmetu iz prava tržišnog natjecanja *Microsoft v. Commission*, Microsoft je svoje kupce vezao na način da su uz program Windows mogli dobiti samo *Windows Media player* čime je bilo onemogućeno kupcima da koriste neki drugi program od konkurenata na tom tržištu. Prema mišljenju Europske komisije ovim vezivanjem proizvoda Microsoft je narušio tržišno natjecanje, zapriječio inovacije i ograničio izbor proizvoda potrošačima.³⁰

7. Odbijanje suradnje i odbijanje opskrbe

Do odbijanja suradnje ili opskrbe dolazi u situaciji kada poduzetnik u vladajućem položaju odbija suradnju, opskrbu proizvodom novim ili postojećim kupcima, onemogućava pristup «ključnoj infrastrukturi» ili odbija izdavati licence prava intelektualnog vlasništva. U svim slučajevima odbijanja poslovanja ili opskrbe do zlouporabe vladajućeg položaja dolazi uz pretpostavke, da ne postoje opravdani razlozi za odbijanje i da je posljedica tog odbijanja uklanjanje tržišnog natjecanja na povezanom tržištu. Tipičan problem ovdje nastaje kada se poduzetnik u vladajućem položaju natječe sa kupcima kojima odbija opskrbu na silaznom tržištu (tržištu na kojem je opskrba nužna za proizvodnju proizvoda ili pružanje usluga). Jedan od prvih slučajeva u kojima se

²⁷ *Michelin*, 2002/405 EC Commission decision, Official Journal, L 143/2002; str. 1-53.

²⁸ Vedran Šoljan, «Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice», Zagreb, 2004., str. 376-377.

²⁹ Vidi odluku Europske komisije u predmetu *Eurofix-Bauco Hilti* (1988), Official Journal L65/19, poduzetnik Hilti prekršio je odredbu članka 82. Ugovora o EZ vezivanjem proizvoda s ciljem da spriječi ulazak neovisnih proizvođača odgovarajućih proizvoda na tržište.

³⁰ *Microsoft v. Commission*, 2007/53 EC, 24.3.2004., C-3/37.792.

pojaviло pitanje odbijanja opskrbe konkurenata bio je *Commercial Solvents* u kojem je Sud EZ utvrdio da odbijanje opskrbe od poduzetnika u vladajućem položaju može predstavljati zlouporabu vladajućeg položaja kada taj poduzetnik prestane opskrbljivati sirovinama nužnim za proizvodnju kupca kako bi ojačao svoj vlastiti ulazak na tržište kupca i time eliminirao rizik konkurencije na strani kupca.³¹

Iz predmeta odbijanja opskrbe ključnom infrastrukturom razvila se i teorija osnovnih sredstava (*essential facilities*) prema kojoj su osnovna sredstva, uređaji ili infrastruktura koja je neophodna za doseganje kupaca i za obavljanje poslova tržišnih takmaca i koja se ne mogu zamijeniti s nekim drugim sredstvima. Ovakav slučaj rješavala je Europska komisija u predmetu *Sea Containers/Stena Sealink* utvrdivši kako je odugovlačenje pregovora od Stena Sealink i ograničavanje pristupa osnovnim sredstvima (pomorskoj luci) Sea Containersu, zlouporaba vladajućeg položaja, budući da poduzetnik u vladajućem položaju ne smije bez objektivno opravdanog razloga odbiti pristup osnovnim sredstvima koje se ne mogu duplicirati (kao npr. luke).³² S druge strane, u predmetu *Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungs*, Sud je nešto uže tumačio odbijanje opskrbe i pristup ključnoj infrastrukturi uz zahtjeve da je odbijeno sredstvo neophodno za obavljanje poslova odbijenog poduzetnika na povezanom tržištu kada ne postoji odgovarajuće zamjensko sredstvo. Prema tumačenju Suda usluga sustava dostave novina na kućnu adresu na nacionalnoj razini ne predstavlja osnovna sredstva jer je moguće uspostaviti drugi sustav dostave novina na nacionalnoj razini, a dostupni su i drugi načini distribucije novina.³³

Do odbijanja suradnje može doći i odbijanjem davanja licence za korištenje prava intelektualnog vlasništva kao što je bio slučaj sa *Magill TV Guide* kojem su tri poduzetnika za prikazivanje programa odbila dati licencu da prikazuje njihove tjedne programe. Europska komisija smatrala je ovakvo postupanje zlouporabom vladajućeg položaja jer je ono sprječilo ulazak novog proizvoda na tržište i jer je način korištenja autorskih prava dotičnih poduzetnika prelazilo svrhu propisanu tim pravima. Naime, nositelj prava intelektualnog vlasništva može odbiti licencu trećim osobama ali to načelo neće biti primjenjivo ako se to pravo koristi suprotno članku 102. UFEU.³⁴

Zanimljivo je da se u posljednjih nekoliko godina u europskoj praksi pojavio i određeni broj predmeta zlouporaba vladajućeg položaja od strane kolektivnih udruženja za zaštitu autorskih prava. U Poljskoj su u protekle dvije godine utvrđene dvije takve zlouporabe. U srpnju 2009. poljsko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja utvrdilo je kako je Udruga za zaštitu prava glazbenih umjetnika narušila tržišno natjecanje time što je zahtijevala da svi izvođači prepuste kolektivno upravljanje njihovim pravima u cijelosti, a ne samo za pojedina prava iskorištavanja prema njihovom izboru, te određivanjem da učinak prestanka ugovora kojim se daju kolektivna prava udruzi nastupa tek na kraju godine u kojoj je prestanak nastupio. Za navedenu zlouporabu izrečena je novčana sankcija udruženju, dok je u drugom predmetu iz kolovoza 2010., poljsko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja prihvatilo obvezu od udruženja kojim pristaje skratiti rok za raskid ugovora o

³¹ *Commercial Solvents v. Commission* (1974) ECR 223, paragraf 25.

³² *Sea Containers/Stena Sealink*, 94/19 (1994), Official Journal L 15/8.

³³ *Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag*, C-7/97.

³⁴ *Magill TV Guide/ITP, BBC&RTE*, Official Journal 1989 L 78/43; knjiga Van Bael and Bellis, «Competition Law of the European Community», Kluwer Law, 2005., str.947-954.

upravljanju autorskim pravima na tri mjeseca kako bi autori imali mogućnost dati svoja autorska prava na upravljanje drugim kolektivnom udruženju.³⁵

Sankcije za zlouporabe vladajućeg položaja

Za utvrđene zlouporabe vladajućeg položaja, Europska komisija i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u pravilu izriču novčane sankcije u određenom postotku od godišnjeg prihoda poduzetnika protiv kojega je doneseno rješenje. U pojedinim slučajevima primjenjuju se i određene strukturne mjere (npr. prodaja dijela poslovanja poduzetnika) ili mjere praćenja ponašanja poduzetnika.³⁶ Posebno je interesantno da u ovoj vrsti predmeta, stranke mogu ponuditi preuzimanje određenih obveza (tzv. *commitments*) sukladno članku 9. Uredbe Vijeća EU br. 1/2003³⁷. Prema toj odredbi, kada Europska komisija namjerava donijeti odluku kojom se određuje otklanjanje povrede Ugovora o EZ i poduzetnici o kojima je riječ se obvežu na otklanjanje nedostataka, Europska komisija može odlučiti da je preuzimanje obveza obvezujuće za te poduzetnike. Takva odluka može se donijeti na određeni vremenski rok i mora sadržavati odredbu da više nema osnova za postupanje Europske komisije. Navedeno je Europska komisija primjenila u predmetu *Coca Cola* u kojem se poduzetnik Coca Cola odlukom od 22. lipnja 2005. u svrhu otklanjanja negativnih učinaka svog postupanja obvezao preuzeti obveze.³⁸

Opravdanja za zlouporabe vladajućeg položaja

Sud Prvoga Stupnja i Sud EZ razvili su koncept objektivnog opravdanja kako bi razlučili postupanje koje predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja od onoga koje predstavlja poduzimanje dozvoljenih radnji u svrhu zaštite trgovačkih interesa poduzetnika u vladajućem položaju.³⁹ To znači da poduzetnik u vladajućem položaju može pokušati opravdati svoje postupanje koje nije protivno tržišnom natjecanju ukoliko dokaže da je to postupanje objektivno nužno i da proizvodi značajne pozitivne učinke za tržišno natjecanje koji prevladavaju u odnosu na negativne učinke za potrošače. U svojoj obrani *Microsoft* je nastojao dokazati da vezivanje *Windows Media Playera* uz *Windows* program donosi prednosti koje će premašiti moguće negativne učinke vezivanja na tržišno natjecanje. Međutim, Europska komisija nije prihvatila ovu obranu smatrajući da se navedene prednosti mogu ostvariti i bez vezanja proizvoda, te da je stoga, jedina

³⁵ Osim u Poljskoj primjere zlouporabe vladajućeg položaja upravljanjem autorskim pravima od strane kolektivnih udruženja nalazimo u Španjolskoj (AGEDI&AIE, odluka španjolske komisije od 15. prosinca 2008.), te u Hrvatskoj (HUVEL, Zagreb protiv Hrvatsko društvo skladatelja/ HDS-ZAMP Zagreb, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 17. prosinca 2008., "Narodne novine", broj 9/2010).

³⁶ O mjerama i sankcijama u predmetima zlouporabe vladajućeg položaja u različitim zemljama, vidi u dokumentu OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, «Remedies and sanctions in abuse of dominance cases», 15.5.2007., DAF/COMP (2006) 19.

³⁷ Uredba Vijeća br.1/2003 od 16.12.2002. o provođenju pravila o tržišnom natjecanju utvrđenih u člancima 81. i 82. Ugovora, OJ L 001, 04.1.2003.

³⁸ Obveze su obuhvaćale, npr. prestanak sklapanja ekskluzivnih ugovora s kupcima, prestanak primjene ciljnih i količinskih popusta; pregled novosti Eruopske komisije od 19.10.2004. na: <http://eruopa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do>.

³⁹ *Atlantic Container Line AB and others v. Commission*, T-191/98, T-212-214/98.

svrha vezanja povećavanje profitabilnosti Microsofta, a ne prevladavanje narušavanja tržišnog natjecanja.⁴⁰

5. Noviji razvoj uređenja zlouporabe vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja EU

Europska komisija u posljednjih nekoliko godina bavila se pronalaženjem učinkovitih načina za zaštitu europskih tržišta od isključujućih postupanja poduzetnika u vladajućem položaju. Navedeno je rezultiralo usvajanjem tzv. Dokumenta za raspravu o primjeni članka 82. Ugovora o Europskoj zajednici na isključujuće zlouporabe vladajućeg položaja krajem 2005.⁴¹ U navedenom dokumentu Europska komisija analizirala je neke od obrazloženih oblika zlouporaba vladajućeg položaja (vezanje proizvoda, odbijanje opskrbe ili predatorske cijene).⁴² U Dokumentu za raspravu, Europska komisija razvila je tzv. test učinkovitog konkurenta i pružila je okvir za reformu u primjeni članka 82. Ugovora o EZ koji se zasniva na temeljnoj ekonomskoj analizi i razvoju metodologije za ocjenjivanje pojedinih oblika isključujućih zlouporaba.⁴³

Nastavak ove javne rasprave i analize, Europska komisija zaokružila je u prosincu 2008. usvajanjem novih Smjernica o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ na zlouporabe vladajućeg položaja poduzetnika postupanjem isključivanja s tržišta.⁴⁴

U Smjernicama Europska komisija analizira opće postupanje isključivanja s tržišta s naglaskom na učincima na tržište, tržišnoj snazi, protukonkurentnom zatvaranju tržišta, isključivanjima s tržišta primjenom cijena, te analizira i posebne oblike zlouporaba, kao što su ekskluzivno postupanje, vezivanje, predatorske cijene i odbijanje opskrbe. Jedno od pitanja na koja Smjernice pokušavaju odgovoriti odnosi se na određivanje postupanja u kojima će Europska komisija postupati i koje će od takvih potencijalnih zlouporaba uzeti kao prioritetne. Nadalje, pristup analizi postojanja vladajućeg položaja razlikuje se donekle od onoga u Dokumentu iz 2005. Kao ključno za određivanje zlouporabe navodi se opasnost od protutržišnog zatvaranja tržišta, dok se šteta za potrošače spominje u manjoj mjeri. Prema Smjernicama za utvrđivanje je li postupanjem poduzetnika u vladajućem položaju došlo do zatvaranja tržišta koje dovodi do štetnog učinka za potrošače odlučujuće je sedam čimbenika:

jak vladajući položaj poduzetnika, uvjeti na mjerodavnom tržištu (uvjeti ulaska novih konkurenata i širenje postojećih), položaj konkurenata od vladajućeg poduzetnika, položaj kupaca ili dobavljača, mjera u kojoj je ostvarena navodna zlouporaba, mogući dokaz stvarnog zatvaranja tržišta, te, direktni dokaz strategije isključivanja.⁴⁵ Nove

⁴⁰ Osim u predmetu *Microsoft*, ova vrsta obrane tzv. *efficiencies defence* istaknuta je pred Sudom Prvog stupnja i Sudom Europskih zajednica u predmetima: T-30/89 *Hilti v. Commission*, T-83/91 *Tetra Pak International v. Commission* i C-95/04 *British Airways v. Commission*.

⁴¹ DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 19.12.2005; available at: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

⁴² O predatorskim cijenama, str. 28-38. Dokumenta za raspravu.

⁴³ Kritički osvrt na Dokument o raspravi iz 2005. dala je Penelope Papandropoulos u članku «Article 82: Tying and bundling, a half step forward?», *Competition Law Insight*, 6.6.2006.

⁴⁴ Communication from the Commission-Guidance on the Commission's Enforcement priorities in applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, COM (2008), 3.12.2008., C 45/7, 24.2.2009.

⁴⁵ Vidi paragraf 20. Smjernica.

Smjernice u značajnoj mjeri analiziraju i tzv. obrane prednostima po kojima da bi Europska komisija prihvatila opravdanja, četiri uvjeta moraju biti kumulativno ispunjena; da je predmetno postupanje uzrok prednostima; da je nevedeno postupanje nužno za postizanje prednosti; da te prednosti nadilaze negativne učinke postupanja za potrošače i da postupanje ne sprječava učinkovito tržišno natjecanje.⁴⁶

6. Uređenje zlouporabe vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja RH

Zakonske odredbe o zlouporabi vladajućeg položaja

Definicija vladajućeg položaja u članku 12. ZZTN slijedi definiciju iz *United Brands* presude pa se pretpostavlja da je poduzetnik u vladajućem položaju ako se zbog svoje tržišne snage može ponašati na mjerodavnom tržištu u značajnoj mjeri neovisno o svojim stvarnim ili mogućim konkurentima, potrošačima, kupcima ili dobavljačima, a osobito ako nema značajnih konkurenata na mjerodavnom tržištu, i/ili ako ima značajnu tržišnu snagu na mjerodavnom tržištu u odnosu na stvarne ili moguće konkurente. U hrvatskom zakonu kao i u pravu EU postoji presumpcija o postojanju vladajućeg položaja poduzetnika čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu iznosi više od 40 posto.⁴⁷ Zakon prepoznaje i zajednički vladajući položaj, a članak 13. ZZTN koji određuje zlouporabu vladajućeg položaja sadržajno u potpunosti odgovara članku 102. UFEU. Što se tiče postupka utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja pred Agencijom, postupke Agencija pokreće i vodi isključivo po službenoj dužnosti (*ex officio*). Međutim, to ne isključuje mogućnost fizičkih ili pravnih osoba da Agenciji dostave inicijativu za pokretanje postupka. Nakon provedenog dokaznog postupka usvaja se rješenje kojim se utvrđuje postojanje vladajućeg položaja i postupanje poduzetnika kojim se taj položaj zlorabi i narušava tržišno natjecanje, te trajanje takvoga postupanja. U istom rješenju poduzetniku ili poduzetnicima zabranjuje se svako daljnje zlouporabno postupanje, određuju mjere, uvjeti i rokovi za otklanjanje štetnih učinaka takvoga postupanja, te se izriče upravno-kaznena mjera.⁴⁸ Ono što je posebno interesantno, članak 14. stavak 2. ZZTN predviđa i mogućnost određivanja mjera praćenja poslovanja ili strukturnih mjera.⁴⁹ S druge strane, novim ZZTN uvodi se institut preuzimanja obveza od strane poduzetnika koji je kao što je već prikazano uobičajen u ovoj vrsti predmeta. Također se uvodi i obvezna dostava Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku (tzv. *Statement of objections*), strankama protiv kojih je pokrenut postupak kako bi se strankama osiguralo odgovarajuće pravo na obranu. Međutim, ukoliko stranke žele predložiti preuzimanje obveze izvršenja određenih mjera za uklanjanje negativnog postupanja, to moraju učiniti prije dostave Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.⁵⁰

Primjeri rješenja Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u kojima je utvrđena zlouporaba vladajućeg položaja poduzetnika

1. Sedam-plin d.o.o., Virovitica i Brala trade d.o.o., Islam Latinski protiv

⁴⁶ Paragraf 30. Smjernica; Osvrt na nove Smjernice vidi u članku:Giorgo Monti «Article 82-what future for the effects based approach?», *Journal of European Competition Law and Practice*, Volume I, No.I, 1/2010.

⁴⁷ Vidi gore pod 2.b)

⁴⁸ Upravno kaznene mjere uređene su člancima 60-65. ZZTN.

⁴⁹ Međutim, strukturna mjera može se odrediti samo u slučaju ako ne postoji jednako učinkovita mjera praćenja poslovanja ili ako je ta mjera veće opterećenje za poduzetnika od strukturne mjere.

⁵⁰ Članak 49. stavak 1. ZZTN.

Proplin d.o.o., Zagreb⁵¹

Analizom mjerodavnog tržišta Agencija je utvrdila da je Proplin d.o.o. do 27. kolovoza 2007., kao društvo-član koncerna INA d.d., bio jedini poduzetnik na teritoriju Republike Hrvatske koji je imao izravan pristup jedinom domaćem izvoru nabave ukapljenog naftnog plina (dalje: UNP). INA d.d. je sve proizvedene količine UNP-a namijenjene za prodaju na teritoriju RH prodavala isključivo preko Proplina d.o.o. S obzirom na mali tržišni udjel uvoznog UNP-a, Proplin d.o.o. je ostvarivao tržišni udjel od više od 90 posto. Dana 27. kolovoza 2007. INA d.d. je donijela odluku da Proplin d.o.o. preuzme poslove trgovine na veliko UNP-om. UNP je bilo moguće kupiti i od drugih distributera ali ti su distributeri UNP nabavljali isključivo od Proplin d.o.o. Agencija je u ovom postupku utvrdila da je Proplin d.o.o. ograničio tržišno natjecanje na navedenom mjerodavnom tržištu zlouporabom vladajućeg položaja i to u razdoblju od 1. listopada 2003. do 30. prosinca 2008. netransparentnom i nejednakom primjenom rabatne politike prema njegovim kupcima, određenom važećim Odlukama o rabatnoj politici. Na taj način je primijenio nejednake uvjete na istovrsne poslove s različitim poduzetnicima, dovodeći pritom pojedine poduzetnike u neravnopravan položaj u odnosu na njihovu konkurenciju. Osnova za odobravanje rabata bila je Odluka o rabatnoj politici Proplina d.o.o. u kojoj su bile utvrđene količine potrebne za ostvarivanje rabata, kategorije kupaca i visina rabata koja je imala karakter internog akta te nije bila na uobičajen način dostupna svim kupcima Proplina d.o.o. Zbog netransparentnosti rabatne politike i nemogućnosti uvida u sadržaj važeće Odluke o rabatnoj politici pojedini kupci nisu imali saznanja o mogućnosti ostvarivanja rabata, dok drugi kupci koji su ugovorno uredili rabate nisu mogli usporediti jesu li rabati koji su ugovoreni u skladu s rabatima utvrđenim u toj Odluci. S druge strane, neki kupci su ostvarili rabat iako nisu ispunili sve uvjete za ostvarivanje rabata određene od Proplina d.o.o. Agencija je utvrdila i da je diskriminacijska odredba kojom direktor društva Proplin d.o.o. može, u cilju sprječavanja prelaska kupaca kod konkurencije, odobriti poseban rabat pojedinim kupcima od strateškog značaja za Proplin d.o.o. i to neovisno o kupljenim količinama UNP-a, odnosno da se rabat može odobriti kada kupljene količine UNP-a značajno premašuju količine utvrđene tom Odlukom. Proplin d.o.o. nije utvrdio jasne i precizne kriterije ni za određivanje koji kupci imaju «strateški značaj», niti za kupljene količine koje značajno premašuju količine utvrđene Odlukom o rabatnoj politici. Također, u razdoblju od 8. svibnja 2006. do 31. prosinca 2006. poduzetnik Proplin d.o.o. zlorabio je svoj vladajući položaj nametanjem nepravednih trgovinskih uvjeta pri sklapanju Ugovora o prodaji UNP-a u bocama i kontejnerima, u kojem je bila sadržana dodatna obveza kupca na isključivu kupnju UNP-a od Proplina d.o.o.

2. Medija Ideja d.o.o./Tisak d.d. i Distri Press d.o.o

Agencija je u postupku pokrenutom temeljem zahtjeva poduzetnika Media-Ideja d.o.o. utvrdila zlouporabu vladajućeg položaja poduzetnika Tisak d.d. i Distri-Press d.o.o. počevši od 2. ožujka 2005. na mjerodavnom tržištu trgovine općeinformativnim dnevnicima na veliko na teritoriju Republike Hrvatske. Agencija je utvrdila da su poduzetnici Tisak d.d. i Distri-Press d.o.o. nakladniku dnevnika „24 sata“, kojeg je cijena u maloprodaji 3 kune, cijenu usluge distribucije zaračunavali na način da su pored jedinstvene naknade utvrđene općim uvjetima poslovanja tih distributera, zaračunavali i naknadu koja je ovisna o ukupno distribuiranim primjercima tog dnevnika, uzimajući pritom u obzir i remitendu. Međutim, svim ostalim nakladnicima, kojih je cijena u

⁵¹ Rješenje Agencije od 30. prosinca 2008., „Narodne novine“, broj 62/2009.

maloprodaji 6 kuna, Tisak d.d. i Distri-Press d.o.o. zaračunavali su samo jedinstvenu naknadu, ne uzimajući u obzir i remitendu. Na taj način su dva najveća hrvatska distributera tiska, i jedina dva distributera koji distribuciju obavljaju na nacionalnoj razini, primjenjivali nejednake uvjete na istovrsne poslove s različitim poduzetnicima. Takvim postupanjem poduzetnika Media-Ideja d.o.o. doveli su u neravnopravan položaj u odnosu na njegove konkurente na povezanom tržištu naklade općeinformativnih dnevnika. Agencija je rješenjem utvrdila zlouporabu zajedničkog vladajućeg položaja navedenih poduzetnika, te poduzetniku Tisak d.d. i Distri-Press d.o.o. naložila da donesu nove opće uvjete poslovanja kojima će se cijena usluga distribucije općeinformativnih dnevnika odrediti na jasan, transparentan i nediskriminirajući način, tako da cijena distribucije ne ovisi o prodajnoj cijeni dnevnika koje ti poduzetnici distribuiraju.⁵²

Interesantna su i dva primjera iz prakse Agencije u kojima je utvrđena zlouporaba vladajućeg položaja sklapanjem zabranjenih sporazuma. U rješenju Agencije od 12. srpnja 2007. utvrđeno je da su poduzetnik **HT d.d.** i njegovo povezano društvo **T-Mobile Hrvatska d.o.o.**, u razdoblju od 13. studenoga 2003. na dalje, zlouporabili vladajući položaj na mjerodavnom tržištu telekomunikacijskih usluga, sklapajući Okvirne ugovore o pružanju telekomunikacijskih usluga s velikim brojem poslovnih korisnika kojima su uvjetovali sklapanje ugovora njihovim pristankom na dodatne obveze, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora. Sporni sporazumi imali su ograničavajući učinak jer su obvezivali kupce da poduzetnika u vladajućem položaju (HT d.d. i T-Mobile Hrvatska d.o.o.) upoznaju s programima, novim ponudama njegovih konkurenata (Vipnet) i uz obvezu prihvaćanja isključivo novih i budućih ponuda HT d.d. i T-Mobile Hrvatska d.o.o. Pri tome su HT d.d. i T-Mobile Hrvatska d.o.o. imali i mogućnost jednostranog ukidanja popusta korisnicima koji koriste usluge njihovih konkurenata.⁵³ Drugi primjer je odluka Agencije u predmetu **Adris grupa d.d., Rovinj i Ronhill d.o.o., Kanfanar** kojom je također utvrđena zlouporaba vladajućeg položaja sklapanjem zabranjenih sporazuma na tržištu trgovine cigaretama u Republici Hrvatskoj.⁵⁴ Navedenu odluku potvrdio je i Upravni sud u svojoj odluci od 24. ožujka 2010. u kojoj se složio sa zaključkom Agencije da se sklapanje zabranjenih sporazuma može smatrati oblikom zlouporabe vladajućeg položaja nametanjem nepravednih trgovinskih uvjeta.⁵⁵

7. Zaključak

U središtu prava zaštite tržišnog natjecanja zaštita je od zlouporabe vladajućeg položaja, a ne zaštita od vladajućeg položaja kao takvog. Samo postojanje vladajućeg položaja ne tržištu ne mora biti samo po sebi negativno. Dapače, jačanje tržišne snage svakog poduzetnika prihvatljivo je ako je ono rezultat učinkovitog poslovanja, kvalitete proizvoda, inovacija, koje mu u tom slučaju daju opravdanu prednost na tržištu u odnosu na konkurente. Međutim, takav poduzetnik svojim djelovanjem može oslabiti postojeće tržišno natjecanje i dovesti do zatvaranja tržišta. Nesporno je da učinkovito tržišno natjecanje na nekom tržištu osigurava bolju ponudu i kvalitetu i niže cijene proizvoda i usluga kojima tržišni takmaci nastoje pridobiti povjerenje potrošača. U protivnom, nepostojanje ili neučinkovito tržišno natjecanje uslijed vladajućeg položaja nekog

⁵² Rješenje Agencije od 15. listopada 2007., „Narodne novine“, broj 6/08.

⁵³ Rješenje Agencije od 12. srpnja 2007., «Narodne novine», broj 100/07.

⁵⁴ Rješenje Agencije od 29. prosinca 2006., «Narodne novine», broj 18/07.

⁵⁵ Presuda Upravnog suda od 24. ožujka 2010., «Narodne novine», broj 71/2010.

poduzetnika na tržištu u pravilu ima nepovoljan utjecaj na potrošače. Na takvim tržištima, cijene se u pravilu formiraju na višoj razini od tržišno opravdane, te se postavljaju i različite prepreke pristupu tržištu, koje onemogućavaju razvoj konkurencije, smanjuju i ne potiču inovacije u ponudi proizvoda i usluga. Prema tome, zlouporaba vladajućeg položaja zabranjena je jer narušava tržišno natjecanje i dovodi do štete za potrošače. Stoga je dužnost tijela za zaštitu tržišnog natjecanja pratiti ovakva tržišta i reagirati kada se utvrde neki od oblika zlouporabe vladajućeg položaja.

I na kraju, treba istaknuti da iako je izricanje sankcija nužno zbog svog preventivnog učinka, u ovoj vrsti predmeta moguće je prihvatiti obveze stranaka i odrediti mjere za uklanjanje negativnih učinaka na tržišno natjecanje.