

Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor)

Službeni list C 045, od 24.02.2009., str: 0007-0020

(2009/C 45/02)

I. UVOD

1. Člankom 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice ("Članak 82.") zabranjuje se zlouporaba vladajućeg položaja. U skladu sa sudskom praksom, vladajući položaj poduzetnika sam po sebi nije nezakonit. Poduzetnik u vladajućem položaju ima pravo natjecati se na tržištu na temelju vlastitih prednosti, no snosi posebnu odgovornost kako bi spriječio da njegovo postupanje ugrozi postojeće učinkovito tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu. Članak 82. predstavlja pravnu osnovu za središnju komponentu politike tržišnog natjecanja, a njegova učinkovita provedba pomaže tržištima da funkcioniraju bolje, donoseći korist za poduzetnike i potrošače. Ovo je posebno važno u kontekstu šireg cilja stvaranja integriranog unutarnjeg tržišta.

II. SVRHA OVOG DOKUMENTA

2. Ovim se dokumentom uspostavljaju provedbeni prioriteti kojima će se voditi Komisija u postupcima primjene članka 82. na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati isključivanje drugih poduzetnika s tržišta (dalje: "isključujuća djelovanja"). Kao nadopuna provedbenim odlukama Komisije, namjera mu je pružiti dodatnu jasnoću i predvidivost u području općeg okvira analize koju Komisija primjenjuje u odlučivanju hoće li se baviti predmetima u kojima je riječ o različitim oblicima isključujućih postupanja te pomoći poduzetnicima kao bi bolje mogli procijeniti hoće li neko njihovo postupanje za posljedicu imati intervenciju Komisije sukladno članku 82.

3. Ovaj dokument nije izjava o pravnom položaju i ne dovodi u pitanje tumačenje članka 82. od strane Suda EZ-a ili Prvostupanjskog suda Europskih Zajednica. Nadalje, opći okvir predstavljen u ovom dokumentu primjenjuje se ne dovodeći u pitanje mogućnost Komisije da odbije zahtjev ako smatra da predmetu nedostaje prioritet u smislu nedostatka interesa Zajednice.

4. Članak 82. primjenjuje se na poduzetnike koji se nalaze u vladajućem položaju na jednom ili više mjerodavnih tržišta. Vladajući položaj može imati jedan poduzetnik (samostalan vladajući položaj) ili dva ili više poduzetnika (zajednički vladajući položaj). Ovaj se dokument odnosi samo na zlouporabe poduzetnika koji imaju samostalan vladajući položaj.

5. U primjeni članka 82. na isključujuća djelovanja poduzetnika u vladajućem položaju Komisija će se usredotočiti na one oblike isključujućih djelovanja koja donose najviše štete potrošačima. Potrošači ostvaruju korist od tržišnog natjecanja kroz niže cijene, bolju kvalitetu i širi izbor novih ili poboljšanih proizvoda i usluga. Stoga će Komisija usmjeriti svoju provedbu na ciljeve osiguranja pravilnog funkcioniranja tržišta i ostvarivanja koristi za potrošače na temelju uspješnosti i produktivnosti koje su pak posljedica učinkovitog tržišnog natjecanja između poduzetnika.

6. Stavljanjem naglaska na provedbene aktivnosti u odnosu na isključujuća djelovanja Komisija prvenstveno želi zaštititi proces tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu te osigurati da poduzetnici koji imaju vladajući položaj ne isključuju svoje konkurente nekim drugim sredstvima osim na način da se natječu na tržištu prednostima proizvoda ili usluga koje sami pružaju. Pri tome je Komisiji posebno važno štititi proces učinkovitog tržišnog natjecanja, a ne jednostavno štititi konkurente. To isto tako znači da će konkurenti koji potrošačima ne mogu ponuditi niže cijene, veću mogućnost izbora, bolju kvalitetu i inovacije, izaći s tržišta.

7. Djelovanja koja izravno štete potrošačima, kao što je to primjerice zaračunavanje prekomjerno visokih cijena ili postupanje koje u pitanje dovodi napore ka stvaranju integriranog unutarnjeg tržišta, također se smatraju da krše odredbe članka 82. Kod takvog djelovanja poduzetnika Komisija se može odlučiti na intervenciju, posebno kada se na drugi način ne mogu adekvatno osigurati zaštita potrošača i pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Kao bi se vodila svojim provedbenim prioritetima Komisija se u ovoj fazi ograničila na isključujuća djelovanja te, posebno, na određene specifične oblike isključujućih djelovanja, koja su na temelju iskustava Komisije i najčešća i najuobičajenija.

8. U primjeni osnovnih provedbenih načela koja su predstavljena u ovom Priopćenju, Komisija će uzeti u obzir specifične činjenice i okolnosti svakog pojedinačnog slučaja. Primjerice, u slučajevima kada se radi o reguliranim tržištima, Komisija će u postupku ocjene uzeti u obzir specifično regulatorno okruženje¹.

III. OPĆI PRISTUP ISKLJUČUJUĆEM DJELOVANJU

A. Tržišna snaga

9. Ocjena je li neki poduzetnik u vladajućem položaju i određivanje razine njegove tržišne snage prvi su koraci u primjeni članka 82. Sukladno sudskoj praksi, poduzetnik u vladajućem položaju snosi posebnu odgovornost, a opseg te odgovornosti mora se razmatrati uzimajući u obzir specifične okolnosti svakog pojedinačnog slučaja².

¹ Vidi primjerice točku 82.

² Predmet 322/81 Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) protiv Komisije [1983] ECR 3461, stavak 57; Predmet T-83/91 Tetra Pak protiv Komisije (Tetra Pak II) [1993] ECR II-755, stavak 114; Predmet T-111/96 ITT Promedia protiv Komisije [1998] ECR II-2937, stavak 139; Predmet T-228/97 Irish Sugar protiv Komisije [1999] ECR II-2969, stavak 112; i Predmet T-203/01 Michelin protiv Komisije (Michelin II) [2003] ECR II-4071, stavak 97.

10. Sukladno pravu Zajednice smatra se da je poduzetnik u vladajućem položaju ako se zbog svoje tržišne snage može ponašati na mjerodavnom tržištu u značajnoj mjeri neovisno o svojim konkurentima, kupcima ili dobavljačima i konačno potrošačima, čime mu je omogućeno da spriječi održavanje učinkovitog tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu³. Pojam neovisnosti iz ove definicije odnosi se na razinu pritiska konkurencije na predmetnog poduzetnika. Vladajući položaj podrazumijeva da taj pritisak konkurencije nije dovoljno učinkovit pa tako predmetni poduzetnik raspolaže značajnom tržišnom snagom u nekom vremenskom razdoblju. To znači da postupci i reakcije konkurenata, kupaca ili dobavljača, i konačno potrošača, gotovo uopće ne utječu na odluke poduzetnika. Komisija može utvrditi da ne postoji dovoljan i učinkovit pritisak konkurencije čak i ako postoje stvarni ili potencijalni konkurenti⁴. Općenito, vladajući položaj nastaje kao kombinacija nekoliko čimbenika koji, uzimajući ih pojedinačno, nisu neophodno presudni⁵.

11. Komisija smatra da se poduzetnik koji je u dužem vremenskom razdoblju sposoban profitabilno povisiti cijene iznad konkurentne cijene ne suočava s dovoljno učinkovitim pritiskom konkurencije pa se stoga može smatrati da se nalazi u vladajućem položaju⁶. U ovom Priopćenju izraz "povisiti cijene" uključuje sposobnost da se te cijene zadrže iznad konkurentne cijene i koristi se kao skraćena za različite načine u kojima se na parametre tržišnog natjecanja – kao što su to cijene, proizvodnja, inovacije, ponuda ili kvaliteta proizvoda ili usluga – može utjecati u korist poduzetnika u vladajućem položaju, a na štetu potrošača⁷.

12. Ocjena vladajućeg položaja uzet će u obzir kompetitivnu strukturu tržišta, a osobito sljedeće čimbenike:

- pritisak koji stvarni konkurenti vrše na postojeće dobavljače i položaj stvarnih konkurenata na tržištu (položaj na tržištu poduzetnika u vladajućem položaju i njegovih konkurenata),
- pritisak koji predstavlja osnovanu prijetnju budućeg širenja stvarnih konkurenata ili ulaska na tržište potencijalnih konkurenata (širenje i ulazak na tržište),
- pritisak koji na temelju pregovaračke snage imaju kupci ili dobavljači predmetnog poduzetnika (kupovna snaga poduzetnika i pregovaračka snaga dobavljača).

(a) Položaj na tržištu poduzetnika u vladajućem položaju i njegovih konkurenata

³ Vidi Predmet 27/76 United Brands Company i United Brands Centinaal protiv Komisije [1978] ECR 207, stavak 65; Predmet 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. protiv Komisije [1979] ECR 461, stavak 38.

⁴ Vidi Predmet 27/76 United Brands Company i United Brands Centinaal protiv Komisije [1978] ECR 207, stavci 113 do 121; Predmet T-395/94 Atlantic Container Line i drugi protiv Komisije [2002] ECR II-875, stavak 330.

⁵ Predmet 27/76 United Brands i United Brands Centinaal protiv Komisije [1978] ECR 207, stavci 65 i 66; Predmet C-250/92 Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger protiv Dansk Landbrugs Grovvareselskab [1994] ECR I-5641, stavak 47; Predmet T-30/89 Hilti protiv Komisije [1991] ECR II-1439, stavak 90.

⁶ Što pri tome znači duže vremensko razdoblje ovisit će o proizvodu i o okolnostima na predmetnom tržištu, no u normalnim uvjetima razdoblje od dvije godine smatrat će se dostatnim.

⁷ Računovodstvena dobit često je nepouzdana mjerilo za uporabu tržišne snage. S tim u vezi vidi Predmet 27/76 United Brands Company i United Brands Centinaal protiv Komisije [1978] ECR 207, stavak 126.

13. Tržišni udjeli predstavljaju korisnu prvu indikaciju Komisiji o strukturi tržišta i relativnoj snazi različitih poduzetnika koji djeluju na tržištu⁸. Međutim, Komisija će tumačiti tržišne udjele u svjetlu relevantnih tržišnih uvjeta, a posebno dinamičnosti tržišta i stupnju diferenciranosti proizvoda. Na nestabilnim tržištima ili tržištima prodaje na javnim nadmetanjima u obzir se može uzeti dugoročni trend ili porast ili smanjenje tržišnih udjela.

14. Komisija smatra da su niski tržišni udjeli općenito dobar pokazatelj nepostojanja značajne tržišne snage. Iskustvo Komisije pokazuje da vladajući položaj vjerojatno neće nastati ako je tržišni udjel poduzetnika ispod 40 % na mjerodavnom tržištu. Međutim, mogu postojati specifični slučajevi s nižim tržišnim udjelom gdje konkurenti nisu u poziciji učinkovito ograničiti postupanje poduzetnika u vladajućem položaju, primjerice zbog svojih značajno ograničenih kapaciteta. Takve slučajeve u određenim okolnostima isto tako mora ispitati Komisija.

15. Iz iskustva je poznato da što je veći tržišni udio i što je duže vremensko razdoblje u kojem poduzetnik ima taj tržišni udio, to je vjerojatnije da će ti podaci predstavljati važan preliminarni pokazatelj postojanja vladajućeg položaja, a u određenim okolnostima i potencijalno ozbiljne učinke zlorporabe, što sve opravdava intervenciju Komisije sukladno članku 82.⁹ No, vrijedi opće pravilo da će Komisija donijeti konačan zaključak o tome treba li voditi postupak u predmetu ili ne, nakon provedene ocjene i ispitivanja svih čimbenika koji mogu biti dostatni kako bi se ograničilo postupanje poduzetnika.

(b) Širenje ili ulazak na tržište

16. Tržišno natjecanje je dinamičan proces i ocjena pritisaka konkurencije na poduzetnika ne može se zasnivati isključivo na postojećoj situaciji na tržištu. Potencijalne posljedice stvarnog ili potencijalnog širenja stvarnih konkurenata, ili stvaran ili potencijalan ulazak na tržište također se moraju uzeti u obzir u postupku ocjene. Poduzetnika se može odvratiti od povećanja cijena ako su širenje ili ulazak na tržište konkurenta vjerojatni, vremenski predvidivi i dovoljni. Komisija će smatrati da su širenje ili ulazak na tržište poduzetnika vjerojatni, ako obećavaju dovoljnu dobit za konkurenta ili novog sudionika na tržištu. Pri tome Komisija uzima u obzir čimbenike kao što su zapreke širenju ili ulasku na tržište, moguće reakcije poduzetnika koji je navodno u vladajućem položaju i drugih konkurenata na tržištu, kao i rizik i troškove eventualno propalog pokušaja širenja odnosno ulaska na tržište. Kako bi se širenje ili ulazak na tržište smatrali vremenski predvidivim oni moraju biti dovoljno brzi kako bi onemogućili ili spriječili iskorištavanje značajne tržišne snage poduzetnika. Kako bi se širenje ili ulazak na tržište smatrali

⁸ Predmet 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. protiv Komisije [1979] ECR 461, stavci 39-41; Predmet C-62/86 AKZO protiv Komisije [1991] ECR I-3359, stavak 60; Predmet T-30/89 Hilti protiv Komisije [1991] ECR II-1439, stavci 90, 91 i 92; Predmet T-340/03 France Télécom protiv Komisije [2007] ECR II-107, stavak 100.

⁹ O odnosu između stupnja vladajućeg položaja i utvrđivanja zlorporabe vladajućeg položaja, vidi Spojene predmete C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge i Dafra-Lines protiv Komisije [2000] ECR I-1365, stavak 119; Predmet T-228/97 Irish Sugar protiv Komisije [1999] ECR II-2969, stavak 186.

dovoljnim ne smije se raditi o nekom minornom ulasku, primjerice u neku tržišnu nišu, već moraju biti toliko značajni da mogu odvratiti svaki pokušaj da se povise cijene od strane poduzetnika koji je navodno u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu.

17. Zapreke širenju ili ulasku poduzetnika na tržište mogu se javiti u različitim oblicima. Mogu postojati pravne zapreke, primjerice carine i kvote, ili to pak mogu biti prednosti koje isključivo uživa poduzetnik u vladajućem položaju, kao što je su to ekonomije obujma i opsega, povlašten pristup proizvodnim čimbenicima ili prirodnim resursima, važnim tehnologijama¹⁰ ili uspostavljenoj mreži distribucije i prodaje¹¹. Također, mogu uključivati troškove i druge zapreke, primjerice one koji su posljedica učinka mreže, a s kojima se suočavaju kupci ili dobavljači pri prelasku na novog dobavljača. Ponašanje samog poduzetnika u vladajućem položaju također može stvoriti zapreke ulasku na tržište, primjerice kada takav poduzetnik ostvari značajna ulaganja na koja bi novi sudionici na tržištu ili konkurenti trebali jednakom mjerom odgovoriti¹², ili kada sklapa dugoročne sporazume sa svojim kupcima ili dobavljačima koji kao takvi imaju značajan učinak isključivanja poduzetnika s tržišta. Konstantno viski tržišni udjeli mogu upućivati na postojanje zapreka pristupu tržištu i širenju na tržištu.

(c) Kupovna snaga poduzetnika i pregovaračka snaga dobavljača

18. Pritisak konkurencije ne mora dolaziti samo od strane stvarnih ili potencijalnih konkurenata već i od strane kupaca ili dobavljača. Čak i poduzetnik koji ima visok tržišni udio ne mora biti u poziciji da se može ponašati na mjerodavnom tržištu u značajnoj mjeri neovisno o kupcima ili dobavljačima dostatne pregovaračke snage¹³. Takva pregovaračka snaga može biti posljedica veličine samog kupca ili dobavljača ili njihove ekonomske važnosti koju imaju za poduzetnika u vladajućem položaju i njihove sposobnosti brzog prelaska na konkurentne dobavljače, novog ulaska na tržište ili sposobnosti vertikalne integracije, i osnovane prijetnje da će to učiniti. Ako je pregovaračka snaga kupca ili dobavljača dovoljno velikih razmjera može zaplašiti poduzetnika ili ga odvratiti od njegove namjere da profitabilno povisi cijene. Kupovna snaga poduzetnika se međutim ne može smatrati dovoljno učinkovitim pritiskom ako zaštitu od tržišne snage vladajućeg poduzetnika pruža samo određenom ili ograničenom segmentu kupaca ili dobavljača.

B. Isključivanje s tržišta ili sprječavanje ulaska na tržište koje nanosi štetu potrošačima ("istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom")

¹⁰ Predmet T-30/89 Hilti protiv Komisije [1991] ECR II-1439, stavak 19.

¹¹ Predmet 85/76 Hoffmann-La Roche protiv Komisije [1979] ECR 461, stavak 48.

¹² Predmet 27/76 United Brands protiv Komisije [1978] ECR 207, stavak 91.

¹³ Vidi Predmet T-228/97 Irish Sugar protiv Komisije [1999] ECR II-2969, stavci od 97 do 104, u kojima je Prvostupanjski sud razmatrao može li se navodni nedostatak neovisnosti poduzetnika prema njegovim kupcima ili dobavljačima smatrati izuzetnom okolnošću koja onemogućava utvrđivanje vladajućeg položaja usprkos činjenici da je poduzetnik bio odgovoran za značajno veliki udio u prodaji šećera koji je zabilježen na tržištu prodaje industrijskog šećera u Irskoj.

19. Cilj je provedbenih aktivnosti Komisije u odnosu na isključujuća djelovanja je osigurati da poduzetnici u vladajućem položaju ne ugrožavaju učinkovito tržišno natjecanje isključivanjem s tržišta ili sprječavanjem ulaska na tržište njihovih konkurenata na način koji je suprotan pravilima tržišnog natjecanja i koji za posljedicu ima protutržišne učinke te posljedično negativno utječe na dobrobit potrošača, bilo da se radi o povećanju razine cijena koje bi inače bile uobičajene, ili o nekom drugom načinu kao što je to ograničavanje kvalitete ili sužavanje izbora za potrošače. U ovom se dokumentu pojam "istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom" koristi kako bi se opisala situacija u kojoj se sprječava uspješan pristup stvarnim ili potencijalnim konkurentima izvorima nabave ili tržištima, ili se taj pristup potpuno ukida kao posljedica postupanja poduzetnika u vladajućem položaju, pri čemu je vjerojatno da će poduzetnik u vladajućem položaju biti u poziciji da profitabilno povisi cijene¹⁴ na štetu potrošača. Utvrđivanje vjerojatnosti štete za potrošače može se temeljiti na kvalitativnim i, tamo gdje je to moguće i primjenjivo, kvantitativnim dokazima. Komisija će se baviti takvim istiskivanjem s tržišta s protutržišnim učinkom na posredničkoj razini trgovaca ili distributera, ili na razini krajnjih potrošača, ili pak na obje razine¹⁵.

20. Komisija će u pravilu intervenirati sukladno članku 82. kada na temelju nepobitnih i uvjerljivih dokaza postoji vjerojatnost da će djelovanje koje navodno predstavlja zlouporabu za posljedicu imati istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom. Pri takvoj će ocjeni sljedeći čimbenici biti općenito relevantni:

- položaj poduzetnika u vladajućem položaju na tržištu: u pravilu, što je jači vladajući položaj, to će veća biti vjerojatnost da će djelovanje kojim se štiti taj položaj za posljedicu imati istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom,

- uvjeti na mjerodavnom tržištu: ovo uključuje uvjete ulaska na tržište i širenje na tržištu, kao što je to postojanje ekonomija obujma i/ili obuhvata i učinaka mreže. Ekonomije obujma znače da je manje vjerojatno da će konkurenti ući na tržište ili ostati na tržištu ako ih poduzetnik u vladajućem položaju istiskuje iz značajnog dijela mjerodavnog tržišta. Na sličan način, postupanje poduzetnika u vladajućem položaju može mu omogućiti da tržište koje je obilježeno učincima mreže "okrene" u svoju korist, odnosno da svoj položaj na takvom tržištu još više učvrsti. Na isti način, ako su zapreke ulasku na uzlazno i/ili silazno tržište značajne, to znači da bi za konkurente moglo biti vrlo skupo izbjeći moguće istiskivanje s tržišta putem vertikalne integracije,

- položaj na tržištu konkurenata poduzetniku u vladajućem položaju: ovo uključuje važnost konkurenata za održavanje učinkovitog tržišnog natjecanja. Čak i poduzetnik koji u usporedbi s ostalim konkurentima na tržištu ima malen tržišni udio može imati važnu

¹⁴ Značenje pojma "povisiti cijenu" opisano je u točki 11.

¹⁵ Koncept "potrošača" obuhvaća sve neposredne i posredne korisnike proizvoda koji su zahvaćeni učinkom isključujućeg djelovanja, uključujući i proizvođače međuproizvoda koji te proizvode ugrađuju ili koriste u proizvodnji svojih proizvoda, kao i distributere i konačne potrošače kako međuproizvoda tako i proizvoda koji su proizveli proizvođači međuproizvoda. Kada su korisnici međuproizvoda stvarni ili potencijalni konkurenti poduzetnika u vladajućem položaju ocjena se usredotočuje na učinke isključujućeg djelovanja na korisnike koji se nalaze na silaznim tržištima.

ulogu u procesu tržišnog natjecanja. On primjerice, može biti najuži konkurent poduzetniku u vladajućem položaju, posebno inovativan konkurent, ili pak konkurent koji je poznat po sistematičnom rezanju cijena. U svojoj ocjeni Komisija može u za to primjerenim slučajevima i na temelju raspoloživih informacija, razmatrati postoje li realne, učinkovite i vremenski predvidive protustrategije konkurenata kojima bi se isti, ako se za to ukaže potreba, mogli poslužiti,

- položaj kupaca ili dobavljača inputa: ovdje se razmatra između ostalog moguća selektivnost u predmetnom protutržišnom ponašanju poduzetnika u vladajućem položaju. Poduzetnik u vladajućem položaju može se tako ponašati samo prema određenim, izabranim kupcima ili dobavljačima inputa koji mogu biti posebno važni za ulazak konkurenata na tržište ili njihovo širenje na tržištu, pri čemu se povećava vjerojatnost istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom¹⁶. U slučaju kupaca to mogu biti oni kupci koji su najspremniji brzo odgovoriti na ponudu alternativnih dobavljača, oni koji novim sudionicima na tržištu mogu ponuditi posebno prihvatljive oblike distribucije predmetnog proizvoda, oni koji se nalaze na zemljopisnom području koje posebno odgovara novom sudioniku na tržištu ili pak mogu utjecati na ponašanje ostalih kupaca na tržištu. U slučaju dobavljača inputa, oni s kojima je poduzetnik u vladajućem položaju sklopio sporazume o isključivoj opskrbi mogu biti ti koji će s najvećom vjerojatnošću odgovoriti na zahtjeve kupaca koji su konkurenti poduzetnika u vladajućem položaju na silaznom tržištu, ili pak mogu proizvesti kategoriju proizvoda – ili proizvoditi na lokaciji – koja je posebno prihvatljiva za novog sudionika na tržištu. Sve strategije koje stoje na raspolaganju kupcima ili dobavljačima inputa koje mogu doprinijeti suprotstavljanju isključujućem djelovanju poduzetnika u vladajućem položaju trebaju također biti razmotrene,

- opseg djelovanja koje se navodno smatra zlouporabom: općenito, što je veći udio ukupne prodaje na mjerodavnom tržištu zahvaćen navodnom zlouporabom, što je ta zlouporaba duže trajala i što se češće primjenjivala, to je veća vjerojatnost istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom,

- mogući dokazi stvarnog istiskivanja s tržišta: ako se isključujuće djelovanje primjenjivalo dovoljno dugo, tržišni učinak poduzetnika u vladajućem položaju i njegovih konkurenata može pružiti neposredne dokaze istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom. Kao posljedica djelovanja koje se može smatrati zlouporabom tržišni udjel poduzetnika u vladajućem položaju može rasti ili pad njegovog tržišnog udjela može biti usporen. Iz sličnih razloga mogu stvarni konkurenti poduzetnika u vladajućem položaju biti istisnuti na samu marginu tržišta ili pak posve biti istisnuti s tržišta. S druge strane, potencijalni konkurenti mogu uzaludno pokušavati ući na tržište i u tome ne uspijevati,

- neposredni dokazi strategije isključujućeg djelovanja: tu se ubraja interna dokumentacija koja može sadržavati neposredne dokaze o strategiji kojom se isključuju konkurenti, kao što su to detaljni plan primjene određenih postupanja i aktivnosti koje za

¹⁶ Predmet T-228/97 Irish Sugar protiv Komisije [1999] ECR II-2969, stavak 188.

cilj imaju isključiti konkurente, spriječiti ulazak na tržište ili preduhitriti stvaranje tržišta, ili dokazi o konkretnim prijetnjama isključujućim djelovanjem. Takvi neposredni dokazi mogu pomoći pri tumačenju ponašanja poduzetnika u vladajućem položaju.

21. U postupku koji vodi Komisija će u svakom pojedinačnom predmetu provesti analizu općih čimbenika navedenih u točki 20., uzimajući u obzir specifične čimbenike koji su opisani u odjeljcima koji se bave pojedinim vrstama isključujućeg djelovanja, i sve ostale čimbenike koje smatra primjerenima. Ocjena će se uobičajeno provesti usporedbom postojeće ili moguće buduće situacije na mjerodavnom tržištu (koju obilježava prisutnost protutržišnog djelovanja poduzetnika u vladajućem položaju) uspoređujući i hipotetski scenarij jednostavnog izostanka takvog djelovanja ili neki drugi realistični alternativni scenarij, uzimajući u obzir postojeću poslovnu praksu.

22. U određenim okolnostima Komisiji neće biti nužno potrebno provesti detaljnu ocjenu kako bi zaključila da će djelovanje poduzetnika u vladajućem položaju vjerojatno za posljedicu imati štetu za potrošače. U slučaju da to djelovanje ukazuje samo na stvaranje mogućih zapreka, a ne proizvodi nikakve pozitivne učinke, Komisija može zaključiti da se radi o protutržišnom učinku takvog djelovanja. To se može dogoditi primjerice u slučaju ako poduzetnik u vladajućem položaju ne dopušta svojim kupcima da isprobaju proizvode konkurenata ili ih financijski potiče da to ne učine, ili ako plaćaju distributeru ili kupcu za to da uvođenje takvog proizvoda konkurenta odlože.

C. Isključujuće djelovanje temeljeno na cijeni

23. Razmišljanja pod točkom 23. do 27. primjenjiva su na isključujuće djelovanje koje se temelji na cijeni. Snažna konkurencija cijena općenito je dobra za potrošače. U cilju sprječavanja istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom Komisija će u pravilu intervenirati samo u slučaju kada je predmetno djelovanje već spriječilo ili tržišno natjecanje ili je sposobno da ga spriječi, isključujući konkurente za koje se smatra da su jednako tako efikasni kao i poduzetnik u vladajućem položaju¹⁷.

24. No, Komisija priznaje da i manje efikasan poduzetnik može izvršiti pritisak koji treba uzeti u obzir u razmatranju odgovora na pitanje ima li određeno cjenovno utemeljeno postupanje za posljedicu istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom. Komisija promatra taj pritisak tržišnog natjecanja dinamično, budući da u nedostatku djelovanja koje se smatra zlouporabom takav konkurent može uživati prednosti sa strane potražnje, kao što su to učinci mreže ili učinci učenja, koji bi jačali njegovu efikasnost na tržištu.

25. Kako bi odredila je li vjerojatno da će predmetnim djelovanjem čak i hipotetski konkurent jednako efikasan kao i poduzetnik u vladajućem položaju biti istisnut s tržišta,

¹⁷ Predmet 62/86 AKZO Chemie protiv Komisije [1991] ECR I-3359, stavak 72: u smislu cijena koje su niže od prosječnih ukupnih troškova (ATC) Sud EZ-a je utvrdio: "Takve cijene mogu istisnuti s tržišta poduzetnike koji su možda jednako tako efikasni kao i poduzetnik u vladajućem položaju ali koji zbog svojih ograničenih financijskih resursa nisu u mogućnosti oduprijeti se pritisku takve konkurencije ". Vidi također još neobjavljenu Presudu od 10. travnja 2008. u Predmetu T-271/03 Deutsche Telekom protiv Komisije, stavak 194.

Komisija će ispitati ekonomske podatke koji se odnose na troškove i prodajne cijene, a posebno određuje je li poduzetnik u vladajućem položaju snizio cijene ispod troškova. Ovakva analiza zahtijeva dovoljno pouzdane raspoložive podatke. Tamo gdje su raspoloživi, Komisija će koristiti podatke o troškovima i samog poduzetnika u vladajućem položaju. Ako takvi pouzdani podaci nisu raspoloživi, Komisija može odlučiti koristiti podatke o troškovima konkurenata ili neke druge usporedive i pouzdane podatke.

26. Mjerila za troškove koja će Komisija pri tom vjerojatno koristiti su prosječni izbježivi trošak (average avoidable cost – AAC) i dugoročni prosječni inkrementalni trošak (long-run average incremental cost – LRAIC)¹⁸. Ne pokriva li poduzetnik u vladajućem položaju svoje prosječne izbježive troškove to ukazuje na činjenicu da kratkoročno svjesno žrtvuje svoju dobit te da jednako efikasan konkurent ne može prodavati ciljnim kupcima a da ne pretrpi gubitak. Vrijednosti dugoročnog prosječnog inkrementalnog troška uobičajeno su iznad prosječnog izbježivog troška, jer za razliku od prosječnog izbježivog troška (koji uključuje samo fiksne troškove ako su nastali za vrijeme razdoblja koje je predmetom ocjene), dugoročni se prosječni inkrementalni trošak sastoji od fiksnih troškova u odnosu na specifični proizvod koji su nastali prije razdoblja u kojem se javila navodna zlorporaba. Kada poduzetnik u vladajućem položaju ne pokriva svoj dugoročni prosječni inkrementalni trošak to je pokazatelj da isti ne pokriva sve fiksne troškove koji se zaračunavaju u proizvodnji predmetnih proizvoda ili pružanju usluga te da bi jednako efikasan poduzetnik mogao biti istisnut s tržišta¹⁹.

27. Ako podaci jasno ukazuju da jednako uspješan konkurent može učinkovito konkurirati politici cijena poduzetnika u vladajućem položaju, Komisija će u pravilu zaključiti da takvo ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju u odnosu na određivanje cijena vjerojatno neće imati negativan utjecaj na učinkovito tržišno natjecanje, a time i na potrošače, te stoga vjerojatno neće intervenirati. No, ako isti podaci

¹⁸ Prosječni izbježivi trošak je prosjek troškova koji su se mogli izbjeći da se poduzetnik odrekao proizvesti određenu količinu (dodatnog) obujma, pri čemu je u ovom slučaju ta količina proizvodnje predmet zlorporabe. U većini će slučajeva prosječni izbježivi trošak (AAC) biti jednak prosječnom varijabilnom trošku (AVC), budući da su često varijabilni troškovi ti koji se mogu izbjeći. Dugoročni prosječni inkrementalni trošak je prosjek svih (varijabilnih i fiksnih) troškova koji nastaju u poduzetniku kako bi on proizveo određeni proizvod. Dugoročni prosječni inkrementalni trošak (LRAIC) i prosječni ukupni trošak (ATC) dobri su zamjenski pokazatelji, a identični su u slučaju poduzetnika koji proizvode jedan proizvod. Kada se radi o poduzetnicima koji proizvode više proizvoda te mogu iskoristiti ekonomiju obuhvata (opsega), dugoročni prosječni inkrementalni trošak LRAIC bio bi ispod prosječnog ukupnog troška ATC za svaki pojedinačni proizvod, budući da se stvarni zajednički troškovi ne uzimaju u obzir pri izračunu dugoročnog prosječnog inkrementalnog troška LRAIC. U slučaju kada poduzetnik proizvodi različite proizvode troškovi koji su mogli biti izbjegnuti ne-proizvodnjom određenog proizvoda ili niza proizvoda ne smatraju se zajedničkim troškovima. Kada su pak ti zajednički troškovi značajni može se dogoditi da ih se mora uzeti u obzir pri ocjeni mogućnosti da se s tržišta istisne jednako efikasan konkurent.

¹⁹ U primjeni ovih mjerila za troškove može se u širem kontekstu pokazati potrebnim u obzir uzeti i prihode i troškove poduzetnika u vladajućem položaju i njegovih konkurenata. U nekim slučajevima nije dovoljno samo ispitati pokrivaju li se cijenom odnosno prihodom troškovi za predmetni proizvod nego će biti potrebno promatrati i inkrementalni prihod u slučaju kada postupanje poduzetnika u vladajućem položaju ima negativan učinak na njegove prihode na drugim tržištima ili na prihode od drugih proizvoda. Na sličan način, u slučaju dvostranih tržišta može biti potrebno analizirati prihode i troškove obje strane istovremeno.

ukazuju da cijena koju određuje poduzetnik u vladajućem položaju za posljedicu može imati istiskivanje jednako uspješnih konkurenata s tržišta, tada će takvu sumnju Komisija uvrstiti u opću ocjenu istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom (vidi Odjeljak B), uzimajući u obzir druge relevantne kvantitativne i/ili kvalitativne dokaze.

D. Objektivna nužnost i pozitivni učinci

28. U provedbi članka 82. Komisija će također ispitati argumente poduzetnika u vladajućem položaju kojima isti brani opravdanost svoga postupanja²⁰. Poduzetnik u vladajućem položaju to može učiniti ili tako što će dokazati da je njegovo postupanje objektivno nužno ili tako što će dokazati da njegovo postupanje za posljedicu ima značajne pozitivne učinke koji prevladavaju nad negativnim, protutržišnim učincima za potrošače. U tom će kontekstu Komisija ocijeniti je li predmetno postupanje neophodno i razmjerno cilju koji navodno želi ostvariti poduzetnik u vladajućem položaju.

29. Na pitanje je li postupanje objektivno nužno i razmjerno mora se odgovoriti na temelju čimbenika koji su neovisni o poduzetniku u vladajućem položaju. Tako se isključujuće djelovanje može, primjerice, smatrati objektivno nužnim iz zdravstvenih ili sigurnosnih razloga povezanih s prirodom predmetnog proizvoda. No, treba uzeti u obzir i činjenicu da dokazivanje je li takvo djelovanje objektivno nužno spada uobičajeno u domenu nadležnih javnih vlasti koje uređuju i provode norme koje obuhvaćaju javno zdravlje i sigurnost. Nije na poduzetniku u vladajućem položaju da samoinicijativno poduzima korake u smislu isključivanja proizvoda s tržišta za koje smatra da su, opravdano ili neopravdano, opasni kao i njegovi, ili manje vrijedni od njegovih²¹.

30. Komisija smatra da poduzetnik u vladajućem položaju isto tako može opravdati postupanje koje za posljedicu ima istiskivanje konkurenata s tržišta na temelju pozitivnih učinaka koji moraju biti dovoljno značajni kako se potrošačima ne bi nanijela šteta. U tom će se kontekstu od poduzetnika u vladajućem položaju uglavnom očekivati da dokaže, uz dovoljnu dozu vjerojatnosti i na temelju provjerljivih dokaza, da su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti²²:

- da su ostvareni ili će biti ostvareni pozitivni učinci kao posljedica mogućeg isključujućeg djelovanja. Ti pozitivni učinci mogu se primjerice odnositi na tehnička poboljšanja u kvaliteti proizvoda ili smanjenje troškova proizvodnje ili distribucije,

²⁰ Vidi Predmet 27/76 United Brands protiv Komisije [1978] ECR 207, stavak 184; Predmet 311/84 Centre Belge d'études de marché — Télémarcheting (CBEM) protiv Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) i Information publicité Benelux (IPB) [1985] ECR 3261, stavak 27; Predmet T-30/89 Hilti protiv Komisije [1991] ECR II-1439, stavci 102 do 119; Predmet T-83/91 Tetra Pak International protiv Komisije (Tetra Pak II) [1994] ECR II-755, stavci 136 i 207; Predmet C-95/04 P British Airways protiv Komisije [2007] ECR I-2331, stavci 69 i 86.

²¹ Vidi primjerice Predmet T-30/89 Hilti protiv Komisije [1991] ECR II-1439, stavak 118 i 119; Predmet T-83/91 Tetra Pak International protiv Komisije (Tetra Pak II) [1994] ECR II-755, stavke 83 i 84 i 138.

²² U drugačijem kontekstu članka 81. vidi Priopćenje Komisije — Obavijest — Smjernice za primjenu članka 81. stavka 3. Ugovora (SL C 101, 27.4.2004., str. 97).

- da je isključujuće djelovanje neophodno za ostvarenje tih pozitivnih učinaka: to znači da ne smiju postojati alternativna postupanja koja bi imala manje protutržišne učinke od predmetnog isključujućeg djelovanja, a koja bi za posljedicu imala iste pozitivne učinke,
- da mogući pozitivni učinci kao posljedica isključujućeg djelovanja prevladavaju nad mogućim negativnim učincima na tržišno natjecanje i dobrobit potrošača na zahvaćenim tržištima,
- da postupanje ne ukida učinkovito tržišno natjecanje isključivanjem svih ili većine stvarnih ili potencijalnih konkurenata. Rivalstvo između poduzetnika je ključni pokretač ekonomske učinkovitosti, uključujući i dinamične pozitivne učinke kao što su to inovacije. U nedostatku inovacija poduzetnik u vladajućem položaju neće imati poticaja da nastavi stvarati i prenositi pozitivne učinke na druge. Ako ne postoji tržišno natjecanje preostalih konkurenata i ako se u razumnom roku ne može predvidjeti prijetnja ulaskom na tržište novih sudionika na tržištu, zaštita rivalstva i procesa tržišnog natjecanja prevladava nad mogućim pozitivnim učincima. Stav je Komisije da se isključujuće djelovanje koje zadržava, stvara ili jača tržišni položaj poduzetnika koji je po svojim obilježjima sličan monopolu obično neće moći opravdati na temelju činjenice da istovremeno za posljedicu ima pozitivne učinke.

31. Obveza je poduzetnika u vladajućem položaju podnijeti sve potrebne dokaze kako bi mogao dokazati da je predmetno djelovanje objektivno opravdano. U nadležnosti je Komisije da tada provede konačnu ocjenu i utvrdi da predmetno djelovanje nije objektivno opravdano i nužno, da na temelju testa ravnoteže odmjeri, s jedne strane, moguće i očite protutržišne učinke, a s druge strane, predložene i utemeljene postupke za postizanje veće učinkovitosti, te da konačno zaključi o postojanju vjerojatnosti da je isključujuće djelovanje na štetu potrošača.

IV. POSEBNI OBLICI ZLOUPORABE

A. Isključivi ugovori

32. Poduzetnik u vladajućem položaju može pokušati istisnuti s tržišta svoje konkurente onemogućavajući im prodaju kupcima na temelju obveza o isključivoj kupnji ili kroz dodjelu rabata, pri čemu su oba navedena postupanja poznata pod nazivom isključivih ugovora²³. Ovaj odjeljak predstavlja okolnosti koje će najčešće predstavljati okidač za intervenciju Komisije kada je riječ o isključivim ugovorima koje sklapaju poduzetnici u vladajućem položaju.

(a) Isključiva kupnja

²³ Pojam isključivog ugovora također uključuje obveze isključive opskrbe ili stimulirajuće mjere s istim učinkom, kojima poduzetnik u vladajućem položaju pokušava istisnuti konkurente onemogućavajući im kupnju od dobavljača. Komisija smatra da takvo sprječavanje pristupu opskrbe potrebnim proizvodnim čimbenikom u pravilu za posljedicu ima istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom ako obveza isključive opskrbe ili poticaji s takvim učinkom vežu većinu efikasnih dobavljača na način da konkurenti poduzetnika u vladajućem položaju nemaju efikasne alternative izvora opskrbe.

33. Obveza isključive kupnje traži od kupca na određenom tržištu da kupuje isključivo ili u značajnoj mjeri samo od poduzetnika u vladajućem položaju. I neke druge obveze, kao što su to postavljanje zahtjeva u odnosu na skladištenje, koji na prvi pogled ne izgledaju kao obveze isključive kupnje, mogu u praksi za posljedicu imati sličan učinak²⁴.

34. Kako bi uvjerio kupce da pristanu na isključivu kupnju poduzetnik u vladajućem položaju mora biti spreman na svojevrsnu kompenzaciju, naknadu štete za gubitak konkurencije u čitavom ili u dijelu iznosa gubitka. Kada je ponuđena, takva naknada štete može biti i u individualnom interesu kupca da sklopi takav ugovor koji sadrži obvezu isključive kupnje s poduzetnikom u vladajućem položaju. No, na temelju upravo spomenutoga bilo bi pogrešno odmah automatski zaključiti da su sve obveze isključive kupnje, uzete zajedno, u cjelini povoljne za kupce, uključujući i one koji trenutno ne kupuju od poduzetnika u vladajućem položaju, i krajnje potrošače. Komisija će svoju pozornost usredotočiti na one slučajeve gdje je vjerojatno da potrošači u cjelini neće ostvarivati pogodnosti. To će naročito biti slučaj ako postoje brojni kupci i ako obveze isključive kupnje koje nameće poduzetnik u vladajućem položaju uzete zajedno imaju učinak sprječavanja ulaska ili onemogućavanja širenja poduzetnika koji su konkurenti poduzetnika u vladajućem položaju.

35. Dodatno na čimbenike navedene u točki 20. sljedeći navedeni čimbenici će općenito biti posebno relevantni u odlučivanju Komisije hoće li intervenirati u dogovore o isključivoj kupnji.

36. Obveze o isključivoj kupnji mogu imati za posljedicu istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom posebno u slučaju kada konkurenti koji u trenutku sklapanja obveza još ili nisu prisutni na tržištu na kojem se sklapaju obveze o isključivoj kupnji, ili još nisu u poziciji da bi mogli konkurirati zadovoljavanjem cjelokupne potražnje kupaca, bez tih obveza vrše značajan konkurentni pritisak. Može se dogoditi da konkurenti nisu u mogućnosti natjecati se za cjelokupnu potražnju kupca jer je poduzetnik u vladajućem položaju nezaobilazni trgovinski partner barem za dio potreba na tržištu, primjerice jer je njegov brend "proizvod koji se mora imati na lageru" i koji radije izabiru mnogi krajnji potrošači, ili iz razloga što su pritisci na druge dobavljače premali, tako da dio potreba može zadovoljiti jedino poduzetnik u vladajućem položaju²⁵. Ako se pak konkurenti pod istim uvjetima mogu natjecati na tržištu za cjelokupnu potražnju svakog pojedinačnog kupca, obveze isključive kupnje teško da će spriječiti učinkovito tržišno natjecanje osim ako je prelazak kupaca na drugog dobavljača izrazito težak zbog trajanja obveze isključive kupnje. No, ako je poduzetnik u vladajućem položaju nezaobilazni trgovinski partner svim ili mnogim kupcima, postojanje čak i kratkoročne obveze isključive kupnje može za posljedicu imati istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom.

(b) Uvjetovani rabati

²⁴ Predmet T-65/98 Van den Bergh Foods protiv Komisije [2003] ECR II-4653. U ovom je slučaju zaključeno da je obveza korištenja rashladnih uređaja samo za proizvode poduzetnika u vladajućem položaju za posljedicu imala isključivost prodajnog mjesta.

²⁵ Predmet T-65/98 Van den Bergh Foods protiv Komisije [2003] ECR II-4653, stavci 104 i 156.

37. Uvjetovani rabati su rabati koji se odobravaju kupcima kako bi ih se nagradilo za određeni oblik kupnje. Uobičajen oblik uvjetovanog rabata je situacija u kojoj se kupcu daje rabat ako njegova kupnja unutar nekog zadanog vremenskog razdoblja premaši određeni prag (graničnu vrijednost). Pri tomu se razlikuju rabat na sve kupnje (retroaktivni rabat) ili pak rabat samo na one kupnje koje su premašile zadane granične vrijednosti potrebne za ostvarenje rabata (dodatni ili inkrementalni rabat). Uvjetovani rabati nisu neuobičajena praksa. Poduzetnici mogu nuditi takve rabate kako bi privukli više kupaca odnosno osigurali si potražnju, te kao takvi mogu poticati potražnju i donositi dobrobit potrošačima. No, takvi rabati – kada ih daje poduzetnik u vladajućem položaju – također mogu imati stvarne ili potencijalne učinke istiskivanja s tržišta slične onima koji proizlaze iz obveza isključive kupnje. Uvjetovani rabati takve učinke mogu imati i kada odricanje od dobiti na strani poduzetnika u vladajućem položaju nije nužno prisutno²⁶.

38. Nadalje, uz već spomenute čimbenike u točki 20., sljedeći čimbenici su od posebne važnosti Komisiji pri utvrđivanju hoće li određeni sustav uvjetovanih rabata biti odgovoran za posljedično istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom te iz tog razloga biti uključen u provedbene prioritete Komisije.

39. Kao što je to slučaj s obvezama isključive kupnje, istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom je vjerojatnije kada se konkurenti nisu sposobni natjecati pod jednakim uvjetima za čitavu potražnju svakog pojedinačnog kupca. Uvjetovani rabat koji odobrava poduzetnik u vladajućem položaju može mu omogućiti da koristi "neupitni dio" (stalni dio) potražnje svakog kupca (drugim riječima, onaj dio, stalnu količinu, koju bi kupac u svakom slučaju, ionako kupio od poduzetnika u vladajućem položaju) kao prednost kojom će smanjiti cijenu koju kupac treba platiti za "upitni dio" (promjenjivi dio) potražnje (drugim riječima, za onaj dio, odnosno promjenjivu količinu za koju kupac može radije dati prednost i biti u mogućnosti naći zamjenske proizvode ili supstitute)²⁷.

40. Općenito uzevši, retroaktivni rabati mogu značajno zatvoriti i onemogućiti pristup tržištu. U slučaju retroaktivnih rabata za kupce nije interesantno za vlastiti mali dio potražnje prijeći na alternativnog dobavljača i tamo zadovoljiti takve svoje potrebe, jer to ima za posljedicu gubitak retroaktivnog rabata²⁸. Potencijalni učinak zatvaranja i onemogućavanja pristupu tržištu je u pravilu najjači pri kupnji zadnje jedinice proizvoda prije nego što se prijeđe rabatni prag. Međutim, ono što je odlučujuće za ocjenu učinka rabata na porast vjernosti po mišljenju Komisije nije jednostavno učinak na konkurenciju pri isporuci zadnje pojedinačne jedinice proizvoda, nego učinak zatvaranja i sprječavanja pristupa tržištu stvarnim ili potencijalnim konkurentima poduzetnika u vladajućem položaju, a koji su posljedica rabatnog sustava. Što je rabat izražen u postotku sniženja ukupne cijene veći i što je veći prag za ostvarivanje rabata, to je izraženiji poticaj za

²⁶ U ovom slučaju ocjena uvjetovanih rabata razlikuje se od ocjene predatorskih cijena koje uvijek podrazumijevaju odricanje od dobiti (prodaju ispod troška).

²⁷ Vidi Predmet T-203/01 Michelin protiv Komisije (Michelin II) [2003] ECR II-4071, stavci 162 i 163. Također vidi Predmet T-219/99 British Airways protiv Komisije [2003] ECR II-5917, stavci 277 i 278.

²⁸ Predmet 322/81 Nederlandsche Banden Industrie Michelin protiv Komisije (Michelin I) [1983] ECR 3461, stavci 70. do 73.

narudžbe ispod rabatnog praga, pa je stoga i veća vjerojatnost da će doći do isključivanja odnosno sprječavanja ulasku na tržište stvarnih odnosno potencijalnih konkurenata.

41. Primjenjujući metodologiju koja je opisana u točkama 23. do 27. cilj je Komisije ispitati, koliko to dopuštaju raspoloživi podaci i njihova pouzdanost, može li sustav rabata onemogućiti širenje na tržištu ili ulazak na tržište, čak i konkurenata koji su jednako efikasni, na način na koji sustav rabata otežava tim poduzetnicima da zadovolje dio potreba pojedinačnih kupaca. U ovom kontekstu Komisija će utvrditi koju bi cijenu konkurent morao ponuditi kako bi kupcu nadoknadio štetu koja mu je nastala u slučaju kad bi ovaj prebacio dio svoje potražnje ("osnovica za izračun") sa poduzetnika u vladajućem položaju na nekog drugog dobavljača i izgubio uvjetovani rabat. Stvarna cijena koju će konkurent trebati ponuditi za osnovicu za izračun u relevantnom vremenskom razdoblju nije prosječna cijena poduzetnika u vladajućem položaju nego normalna cijena iz cjenika umanjena za rabat koji izgubi kupac prelaskom na drugog dobavljača. Moguća odstupanja zbog nesigurnosti ovakvog tipa analize Komisija će uzeti u obzir.

42. Osnovica za izračun, za koju se određuje stvarna cijena u određenom slučaju, ovisi o specifičnim činjenicama svakog slučaja i o tome radi li se o inkrementalnom (dodatnom) ili retroaktivnom rabatu. Kod inkrementalnog rabata osnovica za izračun odgovara u pravilu vrijednosti dodatne kupnje (kupnje iznad zadanog praga za rabat). Kod retroaktivnog rabata u pravilu će biti relevantno ocijeniti u kontekstu specifičnog tržišta koliko svojih potreba kupac može realno nadomjestiti prelaskom na konkurenta (promjenjivi ili "upitni udio" ili "upitni dio"). Ako postoji vjerojatnost da bi kupci bili spremni i sposobni u relativno kratkom vremenskom roku velike količine svoje potražnje zadovoljiti kod nekog drugog (potencijalnog) konkurenta osnovica za izračun bit će relativno velika. S druge pak strane, ako su kupci spremni i sposobni prebaciti se na konkurentnog dobavljača samo zadovoljavajući male količine koje se postepeno mogu povećavati u isto tako malim razmjerima, tada će osnovica za izračun biti relativno mala. Dobri indikatori osnovice za izračun mogu biti za postojeće konkurente njihova sposobnost širenja prodaje kupcima te fluktuacije u toj prodaji odnosno količine prodaje u nekom vremenskom razdoblju. Za potencijalne konkurente može se, ako je to moguće, procijeniti pri kojim bi količinama ulazak na tržište bio realan i koji bi bio njihov tržišni udio. Pod određenim okolnostima može se kao pokazatelji realnog tržišnog udjela novog sudionika na tržištu koristiti i uzorak rasta novih sudionika na tom ili sličnom tržištu u proteklom razdoblju²⁹.

²⁹ Osnovica za izračun (relevantna osnovica) ocjenjuje se na temelju podataka čiji stupanj preciznosti može biti različit. Komisija će to uzeti u obzir pri donošenju bilo kakvih zaključaka u odnosu na sposobnost poduzetnika u vladajućem položaju da istisne s tržišta jednako efikasne poduzetnike. Također se može pokazati korisnim izračunati koliki bi u prosjeku trebao biti udio u potražnji kupca koji bi preuzeo novi sudionik na tržištu kako bi stvarna cijena barem odgovarala visini dugoročnog prosječnog inkrementalnog troška (LRAIC) poduzetnika u vladajućem položaju. U brojnim slučajevima veličina tog udjela, kada se uspoređi sa stvarnim tržišnim udjelima konkurenata i njihovim udjelima u zadovoljavanju potražnje kupaca, može jasno odgovoriti na pitanje je li moguće da rabatna shema ima protutržišni učinak istiskivanja poduzetnika s tržišta.

43. Što je procijenjena stvarna cijena za osnovicu za izračun viša u usporedbi sa prosječnom cijenom poduzetnika – dobavljača u vladajućem položaju, to je jači učinak rabata na porast vjernosti. Međutim, sve dok stvarna cijena ostaje konstantno iznad visine dugoročnog prosječnog inkrementalnog troška (LRAIC) poduzetnika u vladajućem položaju, to će u pravilu dozvoljavati jednako efikasnom konkurentu da se profitabilno natječe na tržištu bez obzira na rabat. U takvim okolnostima rabat u principu ne može utjecati na istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom.

44. Kada je stvarna cijena ispod visine prosječnog izbježivog troška (AAC) opće je prihvaćeno pravilo da će rabatna shema moći utjecati na istiskivanje s tržišta čak i jednako efikasnih konkurenata. Kada je stvarna cijena između prosječnog izbježivog troška (AAC) i dugoročnog prosječnog inkrementalnog troška (LRAIC), Komisija će ispitati postoje li drugi čimbenici koji upućuju na zaključak koji navodi na postojanje vjerojatnosti utjecaja na ulazak ili širenje na tržištu čak i jednako efikasnih konkurenata. U tom će kontekstu Komisija ispitati postoje li i kakve realne i učinkovite protustrategije raspoložive na strani konkurenata, primjerice, odgovor na pitanje jesu li u stanju koristiti "neupitni" udio u potražnji njihovih kupaca kao prednost kojom će sniziti cijenu za osnovicu za izračun. Kada konkurentima nisu raspoložive takve protustrategije, Komisija će smatrati da rabatna shema može imati učinak istiskivanja s tržišta jednako efikasnih konkurenata.

45. Kao što je to naznačeno u točki 27., ova analiza bit će uvrštena u opću ocjenu, uzimajući u obzir druge relevantne kvantitativne ili kvalitativne dokaze. Uobičajeno će biti važno razmotriti predviđa li rabatni sustav specifične ili standardne pragove. Pri primjeni specifičnog rabatnog praga u obliku određenog postotka ukupne potražnje kupca ili pojedinačne ciljne količine – poduzetnik u vladajućem položaju može odrediti prag na takvoj razini koja otežava kupcima prelazak na druge dobavljače pri čemu nastaje maksimalno povećanje učinka rabata na porast vjernosti³⁰. Suprotno tomu, standardni rabatni prag – koji je isti za sve ili grupu kupaca – može bit previsok za neke manje kupce i/ili prenizak za velike kupce, a kako bi imao učinak povećanja učinka rabata na vjernost. No, ako je moguće dokazati da standardni količinski rabatni prag odgovara potrebama značajnog dijela kupaca, Komisija će vjerojatno doći do zaključka da će takav standardni rabatni sustav proizvoditi protutržišne učinke u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta.

(c) Pozitivni učinci

46. Ako su ispunjeni uvjeti navedeni u Odjeljku III. D., Komisija će provjeriti tvrdnje koje navode poduzetnici u vladajućem položaju da sustavi rabata donose troškovne prednosti ili druge pogodnosti koje se prenose na potrošače³¹. Češće je i vjerojatnije da će

³⁰ Vidi Predmet 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. protiv Komisije [1979] ECR 461, stavci 89 i 90; Predmet T-288/97 Irish Sugar protiv Komisije [1999] ECR II-2969, stavak 213; Predmet T-219/99 British Airways protiv Komisije [2003] ECR II-5917, stavci 7. do 11. i 270. do 273.

³¹ Primjerice, u svezi rabata vidi Predmet C-95/04 P British Airways protiv Komisije [2007] ECR I-2331, stavak 86.

se troškovne pogodnosti, povezane s transakcijama, postići u slučaju standardnih količinskih ciljeva nego u slučaju specifičnih količinskih ciljeva. Isto tako, vjerojatnije je da će inkrementalne rabatne sheme u pravilu dati više poticaja prodajnim posrednicima da proizvode i preprodaju veće količine robe nego što je to slučaj kod retroaktivnih rabatnih shema³². Pod istim uvjetima Komisija će ispitati dokaze kojima se dokazuje da ugovori o isključivom poslovanju za posljedicu imaju prednosti za određene kupce, ako su takvi isključivi ugovori neophodni poduzetniku u vladajućem položaju kako bi mogao vršiti određena ulaganja koja su specifična za ugovoreni odnos kako bi se omogućila opskrba tih kupaca.

B. Vezana i paketna prodaja

47. Poduzetnik u vladajućem položaju može pokušati istisnuti svoje konkurente vezanom ili paketnom prodajom. Ovaj odjeljak bavi se okolnostima koje su najvjerojatnije da će zahtijevati intervenciju Komisije pri ocjeni vezane i paketne prodaje poduzetnika u vladajućem položaju.

48. "Vezana prodaja" uobičajeno se odnosi na situaciju u kojoj se od kupaca koji kupuju jedan proizvod (vezujući proizvod) traži da istovremeno kupe i drugi proizvod poduzetnika u vladajućem položaju (vezani proizvod). Vezivanje može biti tehničko i ugovorno³³. "Paketna prodaja" (prodaja u paketu) obično se odnosi na način na koji se proizvodi nude i na cijene koje im određuje poduzetnik u vladajućem položaju. U slučaju čiste paketne prodaje proizvodi se prodaju isključivo zajedno u određenom omjeru. U slučaju mješovite paketne prodaje, koja se često naziva skupnim rabatom za više proizvoda (paketnim rabatom), proizvodi se doduše nude i odvojeno, ali je zbroj cijena odvojeno prodanih proizvoda veći nego zbroj cijena proizvoda koji se prodaju u paketu.

49. Vezana i paketna prodaja uvriježena su praksa kojom se kupce želi opskrbiti boljim proizvodima ili jeftinijom ponudom. No, poduzetnik koji ima vladajući položaj na jednom tržištu u proizvodnom smislu (ili više njih) vezane ili paketne prodaje (poznato pod nazivom vezujuće tržište) može imati negativne učinke stvarajući štetu za potrošača jer se vezanom prodajom ili paketnom prodajom zatvara tržište za druge proizvode koji su dio vezane ili paketne prodaje (poznato pod nazivom vezano tržište), a posredno i na vezujućem tržištu.

50. Komisija će pod normalnim uvjetima pokrenuti postupak sukladno članku 82. kada je poduzetnik u vladajućem položaju na vezujućem tržištu³⁴ i kada su, dodatno, ispunjeni

³² U tom smislu vidi Predmet T-203/01 Michelin protiv Komisije (Michelin II) [2003] ECR II-4071, stavci 56 do 60, 74 i 75.

³³ Tehničko vezivanje javlja se kada je vezujući proizvod tako izveden da pravilno radi samo uz vezani proizvod (a ne uz alternativni proizvod koji nude konkurentni poduzetnici). Ugovorno vezivanje javlja se kada se kupac koji kupuje vezujući proizvod obvezuje kupiti i vezani proizvod (a ne alternativni proizvod koji nude konkurenti).

³⁴ Poduzetnik mora biti u vladajućem položaju na vezujućem tržištu, iako ne neophodno na vezanom tržištu. U slučajevima prodaje u paketu poduzetnik mora biti u vladajućem položaju na jednom od tržišta

sljedeći uvjeti: (i) vezujući i vezani proizvodi su samostalni proizvodi, i (ii) praksa vezane prodaje vjerojatno će za posljedicu imati istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom³⁵.

(a) Samostalni proizvodi

51. Hoće li Komisija smatrati proizvode samostalnim ovisi o potražnji kupaca. Dva su proizvoda samostalna ako bi, u nedostatku vezane ili paketne prodaje, značajan broj kupaca kupio ili bi bio kupio vezujući proizvod, a da ne kupi vezani proizvod istog dobavljača, čime se omogućuje proizvodnja samostalno oba proizvoda, vezanog i vezujućeg³⁶. Kao neposredan dokaz da su dva proizvoda samostalna su i kupci koji bi, ako im se osigura pravo izbora, kupili vezujući i vezani proizvod odvojeno iz različitih izvora opskrbe, ili pak posredan dokaz, kao što je to prisutnost na tržištu poduzetnika koji su se specijalizirali u proizvodnji ili prodaji vezanog proizvoda bez vezujućeg proizvoda³⁷ odnosno svakoga od proizvoda koje su takvi poduzetnici spojili vezanom prodajom, ili pak dokaz koji je ukazuje na to da poduzetnici male tržišne snage, pogotovo na kompetitivnim tržištima, nemaju običaj vezivati proizvode niti ih prodavati u paketu.

(b) Protutržišni učinci istiskivanja poduzetnika s tržišta na vezanom i/ili vezujućem tržištu

52. Vezana prodaja i prodaja u paketu mogu za posljedicu imati protutržišne učinke na vezanom tržištu, vezujućem tržištu, ili na oba ta tržišta istovremeno. Međutim, čak i u slučaju kada je cilj vezane ili paketne prodaje zaštititi poziciju poduzetnika u vladajućem položaju na vezujućem tržištu, to se odvija indirektno istiskivanjem vezanog tržišta. Dodatno na čimbenike koji su već spomenuti u točki 20., Komisija smatra sljedeće čimbenike općenito posebno važnima za otkrivanje i utvrđivanje slučajeva mogućeg ili stvarnog istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom.

53. Očekuje se da će rizik od istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom biti veći kada se poduzetnik u vladajućem položaju bavi vezanom prodajom ili paketnom prodajom na tajnoj osnovi, primjerice tehničkim vezivanjem, koje se može prekinuti samo uz visoke troškove. Tehničko vezivanje također smanjuje mogućnost daljnje prodaje pojedinačnih komponenti.

54. U slučaju prodaje u paketu poduzetnik može imati vladajući položaj u odnosu na više od jednog proizvoda iz paketa. Što je veći broj u paketu povezanih proizvoda, to će jači biti učinak istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom. To se posebno odnosi na situaciju kada je paket takav da ga je samostalnom konkurentu ili pak u suradnji više njih teško replicirati i takvoga ga ponuditi na tržištu.

paketne prodaje. U posebnom slučaju vezane prodaje na poslijeprodajnim tržištima uvjet je da je poduzetnik u vladajućem položaju na vezujućem tržištu i/ili na vezanom poslijeprodajnom tržištu.

³⁵ Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601, posebno članci 842, 859 do 862, 867 i 869.

³⁶ Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601, stavci 917, 921 i 922.

³⁷ Predmet T-30/89 Hilti protiv Komisije [1991] ECR II-1439, stavak 67.

55. Vezana prodaja za kupce koji žele kupiti vezani proizvod, ali ne i vezujući proizvod znači manje tržišnog natjecanja. Ako konkurenti poduzetnika u vladajućem položaju, kako bi opstali na vezanom tržištu, ne nalaze dovoljno kupaca za vezani proizvod sam za sebe, vezana prodaja za takve kupce može za posljedicu u konačnici imati više cijene.

56. Ako se vezani i vezujući proizvod mogu koristiti u različitim količinama kao unos u nekom proizvodnom procesu, kupci mogu reagirati na povećanje cijene za vezujući proizvod na način da povećaju potražnju za vezanim proizvodom te istovremeno svoje potrebe za vezujući proizvod smanje. Vezanom prodajom oba proizvoda poduzetnik u vladajućem položaju može pokušati spriječiti tu supstituciju, kako bi u konačnici mogao povišiti svoje cijene.

57. Ako su cijene koje može zaračunati poduzetnik u vladajućem položaju na vezujućem tržištu regulirane, vezana prodaja može mu omogućiti da povisi cijene na vezanom tržištu u cilju naknade troškova odnosno kako bi kompenzirao svoj gubitak prihoda na vezujućem tržištu koji je nastao zbog reguliranih cijena.

58. U slučaju kada je vezani proizvod važan komplementarni proizvod kupcima vezujućeg proizvoda, smanjenje broja alternativnih dobavljača vezanog proizvoda i stoga smanjena raspoloživost tim proizvodom može otežati ulazak na samo vezujuće tržište.

(c) Skupni rabat za više proizvoda

59. Skupni rabat za više proizvoda može imati protutržišne učinke na vezanom ili na vezujućem tržištu ako je toliko velik da jednako efikasni konkurenti koji nude samo pojedine komponente ne mogu konkurirati protiv rabata koji se odobrava za više proizvoda u paketu.

60. U teoriji bi se moralo u svrhu određivanja učinka rabata moći za svaki proizvod iz paketa koji je sastavio poduzetnik u vladajućem položaju posebno ispitati pokriva li inkrementalni prihod inkrementalne troškove. No, u praksi je izračun inkrementalnog prihoda kompleksan. Stoga će Komisija, provodeći svoju provedbenu praksu u značajnom broju situacija koristiti inkrementalnu cijenu kao dobar pokazatelj. Ostaje li razina inkrementalne cijene koju kupci plaćaju za svaki od proizvoda iz paketa koji je složio poduzetnik u vladajućem položaju iznad dugoročnih prosječnih inkrementalnih troškova (LRAIC), koji nastaju poduzetniku u vladajućem položaju za stavljanje proizvoda u paket, Komisija u pravilu neće reagirati, budući da bi jednako efikasan poduzetnik sa samo jednim proizvodom trebao biti, u načelu, u stanju profitabilno konkurirati protiv paketa. Pokretanje postupka, međutim, može se očekivati kada je inkrementalna cijena ispod dugoročnih prosječnih inkrementalnih troškova (LRAIC), budući da u takvom slučaju čak i jednako efikasnom konkurentu može spriječiti širenje ili uzlazak na tržište³⁸.

³⁸ U načelu, dugoročni prosječni inkrementalni trošak (LRAIC) kao pokazatelj troškova ovdje je relevantan sve dok konkurenti nisu u mogućnosti prodavati proizvode u paketu (vidi točke 23 do 27 i točku 61).

61. Ako dokazi upućuju na to da konkurenti poduzetnika u vladajućem položaju prodaju identične pakete proizvoda, ili bi to mogli u predvidivom roku, a neće ih u tome spriječiti mogući dodatni troškovi, Komisija će u pravilu na to gledati kao na tržišno natjecanje "paketa protiv paketa", u kojem slučaju relevantno pitanje nije pokriva li inkrementalni prihod inkrementalne troškove za svaki proizvod iz paketa, nego je li cijena paketa u cjelini predatorska cijena.

(d) Pozitivni učinci

62. Pod uvjetom da su uvjeti navedeni u Odjeljku III. D. ispunjeni, Komisija će uvidom u navode poduzetnika u vladajućem položaju ispitati mogu li njihova postupanja u smislu vezane i paketne prodaje za posljedicu imati uštede u proizvodnji ili distribuciji koje će biti u korist potrošača. Komisija također može razmatrati znače li takva postupanja za kupce smanjuje troškova transakcije, jer bi inače bili prisiljeni kupovati komponente odvojeno, te postoje li značajne uštede na troškovima pakiranja i distribucije na strani dobavljača. Komisija isto tako može ispitati može li kombiniranje dva samostalna proizvoda u jedan novi proizvod povećati mogućnost stavljanja takvog proizvoda na tržište stvarajući tako dobrobit za potrošače. Komisija također može uzeti u obzir ako vezana i paketna prodaja dobavljaču omogućuje da prenese na potrošače pozitivne učinke koji nastaju proizvodnjom ili kupnjom velikih količina vezanog proizvoda.

C. Predatorske cijene

63. U skladu sa svojim prioritetima u provedbi Komisija će u pravilu intervenirati kada postoje dokazi koji ukazuju na predatorsko ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju, pri čemu privremeno namjerno posluje s gubitkom ili se odriče dobiti (u daljem tekstu: "odricanje od dobiti") kao bi istisnuo s tržišta ili došao u vjerojatnu poziciju da istisne s tržišta jednog ili više svojih stvarnih ili potencijalnih konkurenata u cilju jačanja ili zadržavanja svoje tržišne snage, čime nanosi štetu potrošačima³⁹.

(a) Odricanje od dobiti

64. Komisija će smatrati da je riječ o postupanju koje se definira kao odricanje od dobiti ako je poduzetnik u vladajućem položaju tijekom nekog relevantnog vremenskog razdoblja zaračunavajući niže cijene za svoju čitavu ili dio proizvodnje, ili povećavajući proizvodnju u relevantnom vremenskom razdoblju, ostvario ili ostvaruje gubitak koji se mogao izbjeći. Komisija će uzeti prosječne izbježivi troškove (AAC) kao adekvatnu polaznu točku pri ocjeni je li poduzetnik u vladajućem položaju ostvario ili ostvaruje gubitke koje je mogao izbjeći. Ako su cijene poduzetnika u vladajućem položaju ispod

³⁹ Komisija se također može baviti postupanjima koja uključuju predatorske cijene poduzetnika u vladajućem položaju na sekundarnim tržištima na kojima ti poduzetnici još nisu u vladajućem položaju. Takvu zlouporabu Komisija će posebno naći u sektorima u kojima su aktivnosti zaštićene zakonskim monopolom. Dok se poduzetnik u vladajućem položaju na tržištu koje je zaštićeno zakonskim monopolom ne mora baviti predatorskim postupanjima kako bi zaštitio svoj vladajući položaj, može iskoristiti dobit iz tog tržišta koje je obilježeno monopolom kao bi unakrsno financirao svoje aktivnosti na drugom tržištu i na taj način prijetio ukidanjem učinkovitog tržišnog natjecanja na tom tržištu.

prosječnog izbježivog troška (AAC) za čitavu ili dio njegovog proizvodnog obujma, te cijene ne pokrivaju troškove koje je mogao izbjeći u slučaju da nije proizveo tu količinu: on dakle ostvaruje gubitak koji je mogao izbjeći⁴⁰. Cjenovni režim ispod prosječnih izbježivih troškova (AAC) stoga će u većini slučajeva za Komisiju jasno ukazivati na odricanje od dobiti⁴¹.

65. Međutim, koncept odricanja od dobiti ne sastoji se samo od cjenovnog režima ispod prosječnog izbježivog troška (AAC)⁴². Kako bi dokazala postojanje predatorskog postupanja, Komisija može također ispitati je li navodno predatorsko postupanje u kratkom roku za posljedicu imalo niži neto prihod nego što se to moglo očekivati razumnim alternativnim postupanjem, drugim riječima, je li poduzetnik u vladajućem položaju poslovao s gubitkom koji se mogao izbjeći⁴³. Komisija neće uspoređivati stvarno postupanje poduzetnika s hipotetskim ili teoretskim alternativnim postupanjima koja su mogla biti profitabilnija, tj. donositi dobit. Razmatrat će se samo racionalne i predvidive alternative, za koje se, uzimajući u obzir uvjete na tržištu i realne poslovne okolnosti s kojima se suočava poduzetnik u vladajućem položaju, realno može očekivati da će biti profitabilnije.

66. U nekim slučajevima bit će moguće osloniti se na izravne dokaze koji se sastoje od dokumentacije poduzetnika u vladajućem položaju iz koje je razvidno da postoji predatorska strategija⁴⁴, kao što je to detaljan plan odricanja od dobiti u cilju isključenja konkurenta s tržišta, sprječavanja ulaska na tržište ili stvaranja tržišta, ili ako postoje dokazi o konkretnim prijetnjama predatorskim postupanjem⁴⁵.

⁴⁰ U većini slučajeva prosječni varijabilni troškovi (AVC) i prosječni izbježivi troškovi (AAC) bit će isti, budući da se često izbjeći mogu samo varijabilni troškovi. No, u okolnostima gdje se prosječni varijabilni troškovi (AVC) i prosječni izbježivi troškovi razlikuju, prosječni izbježivi troškovi bolje odražavaju moguće odricanje od dobiti: primjerice, ako je poduzetnik u vladajućem položaju morao proširiti kapacitete kako bi mogao zaračunati predatorske cijene, tada se potopljivi troškovi tih dodatnih kapaciteta moraju uzeti u obzir pri analizi poslovanja s gubitkom poduzetnika u vladajućem položaju. Ti će se troškovi dakle odraziti u prosječnim izbježivim troškovima (AAC), a ne u prosječnim varijabilnim troškovima (AVC).

⁴¹ U Predmetu 62/86 AKZO Chemie protiv Komisije [1991] ECR I-3359, stavak 71, u smislu cjenovnog režima ispod prosječnog varijabilnog troška (AVC) mišljenje je Suda da: "Poduzetnik u vladajućem položaju nema drugog razloga za primjenu takvih cijena osim u cilju isključivanja konkurenata, a kako bi mu to kasnije omogućilo da povisi cijenu, okoristivši se tako svojim monopolističkim položajem, jer svaka prodaja stvara gubitak"

⁴² Ako je se procjena troškova temelji na izravnim troškovima proizvodnje (kao što je to vidljivo iz računovodstvenih izvješća poduzetnika) to ne mora biti dovoljan dokaz je li postojalo odricanje od dobiti ili nije.

⁴³ No, poduzetnici se ne mogu kazniti za naknadne (ex post) gubitke kada je prethodna (ex ante) odluka za postupanje donesena u dobroj vjeri, odnosno kada mogu u konačnici dokazati da je bilo sasvim realno za očekivati poslovanje s dobiti.

⁴⁴ Vidi Predmet T-83/91 Tetra Pak International protiv Komisije (Tetra Pak II) [1994] ECR II-755, stavci 151 i 171, i Predmet T-340/03 France Télécom protiv Komisije [2007] ECR II-107, stavci 198 do 215.

⁴⁵ U Predmetu 62/86 AKZO Chemie protiv Komisije [1991] ECR I-3359, Sud je prihvatio da je postojao jasan dokaz da je AKZO na dva sastanka prijetio ECS-u nižim cijenama od ekonomski opravdanih ako se ECS ne povuče s tržišta organskih peroksida. Nadalje, postojao je detaljan plan, s izraženim brojkama, koji je opisivao mjere koje će AKZO primijeniti ako se ECS ne povuče s tržišta (vidi stavke 76 do 82, 115, i 131 do 140).

(b) Istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom

67. Ako su dostupni dovoljni i pouzdani podaci, Komisija će primijeniti analizu jednako efikasnog konkurenta opisanu u točkama 25. do 27, kako bi utvrdila može li postupanje naštetiti potrošačima. U pravilu samo cijene ispod dugoročnih prosječnih inkrementalnih troškova (LRAIC) mogu istisnuti jednako efikasne poduzetnike s tržišta.

68. Nastavno na čimbenike koji su spomenuti u točki 20., Komisija će u pravilu ispitati smanjuje li i na koji način navodno postupanje vjerojatnost da će se konkurenti natjecati. Na primjer, ako je poduzetnik u vladajućem položaju bolje informiran o troškovima ili drugim uvjetima na tržištu, ili ako može krivo interpretirati signale s tržišta kada je riječ o izgledima za ostvarivanje dobiti, može primjenjivati predatorske cijene kako bi utjecao na očekivanja potencijalnih novih sudionika na tržištu i time ih odvratio od ulaska na tržište. Ako se takvo postupanje i njegovi vjerojatni učinci osjete na više tržišta i/ili ako se javljaju uzastopno i opetovano u ritmu mogućeg ulaska na tržište, poduzetniku u vladajućem položaju može se dokazati da si želi priskrbiti ugled predatora. Ako je konkurent na kojeg je usmjereno predatorsko ponašanje ovisan o vanjskom financiranju, značajno snižavanje cijena ili kakvo drugo predatorsko postupanje poduzetnika u vladajućem položaju može negativno utjecati na uspješnost tog konkurentnog poduzetnika i ozbiljno mu ograničiti pristup budućem financiranju.

69. Komisija smatra da nije potrebno pokazati da su konkurenti napustili tržište, kako bi dokazala da je došlo do istiskivanja s tržišta s protutržišnim učincima. Ne može se isključiti mogućnost da će poduzetnik u vladajućem položaju radije spriječiti žestoko natjecanje konkurenta te ga prisiliti da ga slijedi u njegovoj politici određivanja cijena, nego da ga potpuno isključi s tržišta. Takva mjera discipliniranja konkurenta naime, za razliku od potpunog isključenja, ne donosi opasnost da se imovina konkurenta proda po niskoj cijeni i ostane na tržištu, a da se na tržištu pojavi novi sudionik – jeftini ponuđač.

70. Općenito govoreći šteta za potrošače može se očekivati ako poduzetnik u vladajućem položaju može razumno očekivati da će njegova tržišna snaga nakon primjene predatorskih cijena biti veća nego kad bi se takvog ponašanja odrekao, drugim riječima, ako je vjerojatno da će mu se odricanje od dobiti isplatiti i donijeti mu korist.

71. Ovo ne znači da će Komisija intervenirati samo ako je za očekivati da će poduzetnik u vladajućem položaju biti sposoban povisiti svoje cijene iznad razine koja prevladava na tržištu prije predatorskog postupanja. Dovoljno je primjerice, da će predatorsko postupanje vjerojatno spriječiti ili odgoditi pad cijena koji bi se inače dogodio. Utvrđivanje štete za potrošače nije jednostavan račun dobiti i gubitka, niti je potreban dokaz ukupne dobiti. Vjerojatna šteta za potrošače može se dokazati ocjenom vjerojatnog učinka koji postupanje ima na istiskivanje s tržišta, uzimajući u obzir i druge čimbenike, kao što su to zapreke ulasku na tržište⁴⁶. U ovom će kontekstu Komisija razmotriti i mogućnosti ponovnog ulaska na tržište.

⁴⁶ Ovo je potvrđeno u Predmetu T-83/91 Tetra Pak International protiv Komisije (Tetra Pak II) [1994] ECR II-755, koja je potvrđena presudom u žalbenom postupku u Predmetu C-333/94 P Tetra Pak International protiv Komisije [1996] ECR I-5951, kada je Prvostupanjski sud utvrdio da dokaz naknade gubitka nije

72. Poduzetniku u vladajućem položaju može biti lakše primijeniti predatorske cijene ako ciljano izabere određene kupce i snizi im cijene, budući da će to ograničiti njegove nastale gubitke.

73. Manje je vjerojatno da će se poduzetnik u vladajućem položaju baviti predatorskim cijenama ako to postupanje znači nisku cijenu koja će se primjenjivati generalno i u dužem vremenskom razdoblju.

(c) Pozitivni učinci

74. Općenito uzevši prevladava mišljenje da je manje vjerojatno da će predatorsko postupanje za posljedicu imati pozitivne učinke. Međutim, pod uvjetom da su uvjeti iz Odjeljka III. D. ispunjeni, Komisija će razmotriti navode poduzetnika u vladajućem položaju kako mu niske cijene omogućavaju dostizanje ekonomije obujma ili pozitivne učinke koji se odnose na širenje tržišta.

D. Odbijanje opskrbe i cjenovno istiskivanje marže

75. U određivanju prioriteta provedbe polazište je Komisije da, općenito govoreći, svaki poduzetnik, bio on u vladajućem položaju ili ne, treba imati pravo birati svoje poslovne partnere i slobodno raspolagati svojom imovinom. Stoga je stav Komisije da intervencija na temelju prava tržišnog natjecanja uvjetuje pomno ispitivanje kada bi primjena članka 82. za posljedicu imala nametanje obveze opskrbe poduzetniku u vladajućem položaju⁴⁷. Postojanje takve obveze – čak i uz poštnu naknadu – može umanjiti poticaje poduzetnika u vladajućem položaju za ulaganjem i inovacijama, i tako imati moguće negativne učinke u smislu štete za potrošače. Saznanje da bi mogli imati dužnost da opskrbljuju protiv svoje volje moglo bi dovesti poduzetnike u vladajućem položaju – ili poduzetnike koji planiraju postati poduzetnici u vladajućem položaju – u poziciju da odustanu od ulaganja, ili da ulažu manje u djelatnost kojom se bave. Isto tako, konkurenti mogu biti dovedeni u iskušenje da postanu "slijepi putnici" koji se besplatno koriste ulaganjima koje je izvršio poduzetnik u vladajućem položaju, umjesto da sami investiraju. Niti jedna od navedenih posljedica dugoročno nije u interesu potrošača.

76. Karakteristično problemi tržišnog natjecanja javljaju se kada se poduzetnik u vladajućem položaju natječe na "silaznom" tržištu s kupcem kojem odbija opskrbu.

potreban (zadnji dio stavka 150). Općenito, budući da predatorske cijene može biti teže provesti nego što se to činilo na početku predatorskog postupanja, ukupni troškovi poduzetnika u vladajućem položaju koji se odnose na primjenu predatorskih cijena mogu premašiti njegovu kasniju dobit te na taj način učiniti stvarnu nadoknadu za gubitak nemogućom, iako može ostati razumno odlučiti da se nastavi s predatorskom strategijom s kojom se već prije započelo. Vidi također COMP/38.233 Wanadoo Interactive, Odluka Komisije od 16 srpnja 2003., stavci 332 do 367.

⁴⁷ Spojeni predmeti C-241/91 P i C-242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications (ITP) protiv Komisije (Magill) [1995] ECR I-743, stavak 50; Predmet C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039, stavak 35; Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601, stavci 319, 330, 331, 332 i 336.

Pojam "silazno tržište" koristi se za tržište na kojem je proizvodni čimbenik koji dobavljač odbija isporučiti potreban za proizvodnju proizvoda ili pružanje usluga. Ovaj se odjeljak bavi isključivo ovim oblikom odbijanja poslovne suradnje.

77. Ostali oblici mogućeg protupropisnog odbijanja opskrbe, u kojima se opskrba uvjetuje pristankom kupca na prihvaćanje ograničenja njegovog poslovanja ne obrađuju se u ovom odjeljku. Primjerice, prekid opskrbe u cilju kažnjavanja kupca za poslovanje s konkurentima ili odbijanje opskrbe kupcima koji ne žele pristati na uvjete vezane prodaje, Komisija će ispitati sukladno načelima koja su utvrđena u odjeljcima o ugovorima o isključivoj suradnji i vezanoj i paketnoj prodaji. Slično tomu, odbijanje opskrbe kojem je cilj spriječiti kupca da sudjeluje u paralelnoj trgovini⁴⁸ ili da snizi svoju cijenu u daljnjoj prodaji također se ne obrađuju u ovom odjeljku.

78. Koncept odbijanja opskrbe odnosi se na širok raspon postupanja, kao što je to odbijanje opskrbe proizvodima postojećim ili novim kupcima⁴⁹, odbijanje ustupanja i korištenja prava intelektualnog vlasništva⁵⁰, uključujući situaciju kada je licenca neophodna za pružanje informacija o sučelju za razmjenu podataka⁵¹, ili odbijanje dozvole pristupa ključnoj infrastrukturi ili mreži⁵².

79. Komisija smatra da nije potrebno da je predmet čija je opskrba odbijena već bio predmet trgovine: dovoljno je da postoji potražnja potencijalnih kupaca i da se može odrediti potencijalno tržište za predmetni proizvodni input⁵³. Na sličan način, nije potrebno postojanje stvarnog odbijanja od strane poduzetnika u vladajućem položaju – dovoljno je "posredno odbijanje". Posredno odbijanje može poprimiti oblik primjerice neosnovanog odlaganja ili nekog drugog načina ignoriranja opskrbe proizvodom ili nametanja nerazumnih uvjeta za opskrbu.

80. Konačno, umjesto odbijanja opskrbe poduzetnik u vladajućem položaju može odrediti cijenu za proizvod na uzlaznom tržištu, koja u usporedbi s cijenom koju određuje na silaznom tržištu⁵⁴, postupanje koje čak ni jednako efikasnom konkurentu ne dozvoljava profitabilnu trgovinu na silaznom tržištu na trajnoj osnovi (tako zvano "cjenovno istiskivanje marže"). U slučajevima cjenovnog istiskivanja marže mjerilo na koje će se

⁴⁸ Vidi presudu od 16. rujna 2008. u Spojenim Predmetima C-468/06 do C-478/06 Sot. Lélou kai Sia i ostali protiv GlaxoSmithKline, koja još nije objavljena.

⁴⁹ Spojeni predmeti 6/73 i 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents protiv Komisije [1974] ECR 223.

⁵⁰ Spojeni predmeti C-241/91 P i C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) protiv Komisije (Magill) [1995] ECR 743; Predmet C-418/01 IMS Health protiv NDC Health [2004] ECR I-5039. Ove presude pokazuju da se u iznimnim slučajevima odbijanje ustupanja i korištenja prava intelektualnog vlasništva smatra zloporabom.

⁵¹ Vidi Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601.

⁵² Vidi Odluku Komisije 94/19/EC od 21. prosinca 1993. u Predmetu IV/34.689 Sea Containers protiv Stena Sealink — Privremene mjere (SL L 15, 18.1.1994., str. 8) i Odluku Komisije 92/213/EEC od 26. veljače 1992. u Predmetu IV/33.544 British Midland protiv Aer Lingus — (SL L 96, 10.4.1992., str. 34).

⁵³ Predmet C-418/01 IMS Health protiv NDC Health [2004] ECR I-5039, stavak 44.

⁵⁴ Uključujući i situaciju u kojoj povezani poduzetnik koji prodaje "sustav" komplementarnih proizvoda odbija prodaju jednog od komplementarnih proizvoda samostalno, izvan paketa, konkurentu koji proizvodi drugi komplementarni proizvod.

Komisija u pravilu oslanjati kako bi utvrdila troškove jednako efikasnog konkurenta su dugoročni prosječni inkrementalni troškovi (LRAIC) onog sektora povezanog poduzetnika u vladajućem položaju koji posluje na silaznom tržištu⁵⁵.

81. Takve će aktivnosti u provedbenoj politici Komisije imati prioritet ako su ispunjeni svi dolje navedeni uvjeti:

- odbijanje opskrbom odnosi se na proizvod ili uslugu koja je objektivno neophodna za učinkovito tržišno natjecanje na silaznom tržištu,

- vjerojatno je da će odbijanje opskrbom za posljedicu imati ukidanje učinkovitog tržišnog natjecanja na silaznom tržištu, i

- odbijanje opskrbom će vjerojatno imati za posljedicu nanošenje štete potrošačima.

82. U nekim specifičnim slučajevima, može biti očito da ni prije (ex ante) niti nakon (ex post) nametanja obveze opskrbe ono neće imati negativne učinke na vlasnika proizvodnih inputa i/ili druge sudionike na tržištu u smislu njihovih poticaja za ulaganja i inovacije na uzlaznom tržištu. Komisija smatra da će to osobito biti slučaj kada se propisima koji su u skladu s pravom Zajednice poduzetniku u vladajućem položaju već nameće obveza opskrbe, te je iz razloga na kojima se temelji uvođenje takve regulative očito da je nadležno tijelo, kad je naložilo takvu obvezu opskrbe, već razmotrilo neophodnu ravnotežu poticajnih mjera. To isto tako može biti slučaj kada je poduzetnik u vladajućem položaju svoj položaj na uzlaznom tržištu razvio pod zaštitom posebnih ili isključivih prava ili se pak financirao iz državnih izvora. U takvim specifičnim slučajevima nema razloga da Komisija odstupi od svoje uvriježene provedbene prakse kako bi dokazala vjerojatnost istiskivanja s tržišta s protutržišnim učinkom a da nije uzela u obzir prisutnost okolnosti navedenih u točki 81.

(a) Proizvodni čimbenik koji je objektivno neophodan

83. Kako bi ocijenila ima li odbijanje opskrbe prioritet u provedbi, Komisija će ispitati je li opskrba koja se odnosi na odbijeni input objektivno neophodna za učinkovito tržišno natjecanje sudionika na tržištu. To ne znači da bez odbijenog inputa niti jedan konkurent nikada ne bi mogao ući na silazno tržište ili na njemu opstati⁵⁶. Input je neophodan kada ne postoji stvaran ili potencijalan zamjenski proizvod (supstitut) na koji bi se konkurenti na silaznom tržištu mogli osloniti kako bi dugoročno barem ublažili negativne posljedice odbijanja opskrbe predmetnim inputom⁵⁷. U tom slučaju Komisija će u pravilu provesti

⁵⁵ No, u nekim će se slučajevima dugoročni prosječni inkrementalni troškovi (LRAIC) nepovezanog konkurenta na silaznom tržištu moći koristiti kao mjerilo, primjerice, kada neće biti moguće jasno razlučiti troškove poduzetnika u vladajućem položaju za aktivnosti na silaznom i uzlaznom tržištu.

⁵⁶ Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601, stavci 428 i 560 do 563.

⁵⁷ Spojeni predmeti C-241/91 P i C-242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications LTD (ITP) protiv Komisije (Magill) [1995] ECR 743, stavci 52 i 53; Predmet 7/97 Oscar Bronner protiv Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft i Mediaprint Anzeigengesellschaft [1998] ECR I-7791, stavci 44 i 45; Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601, stavak 421.

ocjenu odgovarajući na pitanje bi li konkurenti mogli u predvidivoj budućnosti efikasno izraditi proizvod duplikat inputu koji proizvodi poduzetnik u vladajućem položaju⁵⁸. Pojam proizvoda duplikata odnosno reprodukcije znači stvaranje alternativnog izvora opskrbe koji će omogućiti konkurentima da izvrše konkurentni pritisak na poduzetnika u vladajućem položaju na silaznom tržištu⁵⁹.

84. Uvjeti navedeni u točki 81. primjenjuju se na isti način na slučajeve u kojima je poduzetnik u vladajućem položaju prekinuo prethodnu opskrbu, kao i na odbijanje opskrbe robom ili uslugama kojima isti poduzetnik prethodno nije opskrbljivao druge strane (tzv. novo odbijanje opskrbe). Međutim, vjerojatnije je da će se prekid postojećih sporazuma o opskrbi smatrati zlouporabom nego što će to biti s novim odbijanjem opskrbe. Primjerice, ako je poduzetnik u vladajućem položaju već prije dobavlja poduzetniku koji potražuje proizvod a ovaj je potom izvršio ugovorno specifična ulaganja kako bi mogao koristiti input koji mu je poduzetnik u vladajućem položaju dobavlja a kasnije odbio i prestao dobavljati, vjerojatnije je da će Komisija taj input smatrati neophodno potrebnim. Na sličan način, činjenica da je vlasnik ključnog proizvodnog inputa u prošlosti smatrao da je opskrba tim inputom u njegovom interesu, znak je da pri opskrbi inputom nije za očekivati da svoje prvotno ulaganje neće adekvatno kompenzirati. Iz tog razloga bi poduzetnik u vladajućem položaju morao dokazati zašto su se okolnosti u tolikoj mjeri promijenile da bi nastavak postojećih odnosa opskrbe ugrozilo adekvatnu kompenzaciju za njegova ulaganja.

(b) Ukidanje učinkovitog tržišnog natjecanja

85. Ako su preduvjeti navedeni u točkama 83. i 84. ispunjeni, Komisija će biti mišljenja da će odbijanje opskrbe od strane poduzetnika u vladajućem položaju u pravilu ukinuti, odmah ili u nekom vremenskom razdoblju, učinkovito tržišno natjecanje na silaznom tržištu. Što je veći tržišni udjel poduzetnika u vladajućem položaju na silaznom tržištu, što je manji pritisak kapaciteta poduzetnika u vladajućem položaju u usporedbi s konkurentima na silaznom tržištu, što je veća zamjenjivost proizvodnje poduzetnika u vladajućem položaju i proizvodnje njegovih konkurenata na silaznom tržištu, što je veći broj zahvaćenih konkurenata na silaznom tržištu, i što je vjerojatnije da će potražnja koju bi potencijalno mogli zadovoljiti konkurenti koji su istisnuti s tržišta biti oduzeta i prenesena s njih na poduzetnika u vladajućem položaju, to je u pravilu veća vjerojatnost da će se ukinuti učinkovito tržišno natjecanje.

(c) Šteta za potrošače

⁵⁸ U pravilu, proizvodni čimbenik će vjerojatno biti nemoguće reproducirati kada se radi o prirodnom monopolu kao posljedici ekonomija obuhvata ili obujma, gdje postoje snažni mrežni učinci ili kada se radi o informacijama iz "jednog izvora". Međutim, u svim tim slučajevima treba uzeti u obzir dinamičnost sektora i posebno postojanje mogućnosti ili nemogućnost brzog slabljenja tržišne snage.

⁵⁹ Predmet 7/97 Oscar Bronner protiv Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft i Mediaprint Anzeigengesellschaft [1998] ECR I-7791, stavak 46, Predmet C-418/01 IMS Health protiv NDC Health [2004] ECR I-5039, stavak 29.

86. Ocjenjujući mogući učinak odbijanja opskrbe na dobrobit potrošača, Komisija će ispitati premašuju li u nekom vremenskom razdoblju, za potrošače, moguće negativne posljedice odbijanja opskrbe na mjerodavnom tržištu negativne posljedice nametanja obveze opskrbe. Ako je odgovor potvrđan, Komisija će u pravilu provesti postupak.

87. Komisija smatra da šteta za potrošače može, primjerice, nastati kada su konkurenti koje poduzetnik u vladajućem položaju istiskuje s tržišta, što je posljedica njegovog odbijanja ili prekida opskrbe, spriječeni na tržište donijeti inovativnu robu ili usluge i/ili kada je vjerojatno da će spriječiti svaku slijedeću inovaciju⁶⁰. To se posebno može odnositi na slučaj kada poduzetnik koji opskrbu koja mu je potrebna ne namjerava u bitnome ograničiti samo na stvaranje duplikata ili reproduciranje robe ili usluga koje već nudi poduzetnik u vladajućem položaju na silaznom tržištu, već namjerava proizvoditi novu ili poboljšanu robu ili usluge za koje postoji potencijalna potražnja potrošača ili kojim bi se mogao unaprijediti tehnološki razvoj⁶¹.

88. Komisija također smatra da odbijanje opskrbe može za posljedicu imati štetu za potrošače kada je cijena na uzlaznom tržištu proizvodnih čimbenika regulirana, cijena na silaznom tržištu nije regulirana, a poduzetnik u vladajućem položaju, isključujući konkurente na silaznom tržištu odbijanjem opskrbe može izvući veću dobit na nereguliranom silaznom tržištu nego inače.

(d) Pozitivni učinci

89. Komisija će ispitati navode poduzetnika u vladajućem položaju da je odbijanje opskrbe neophodno kako bi mu osiguralo adekvatan povrat za ulaganja koja je izvršio za razvoj svoga poslovanja s inputom, te mu na taj način predstavlja poticaj za nastavak ulaganja u budućnosti, usprkos riziku od neuspjeha. Komisija će također ispitati navode poduzetnika u vladajućem položaju u kojima tvrdi da će obveza opskrbe negativno utjecati na njegove vlastite inovacije, odnosno na strukturne promjene uvjeta na tržištu koje bi mogle biti posljedica nametanja obveze opskrbe, uključujući i razvoj slijedećih inovacija od strane konkurenata.

90. Međutim, pri ispitivanju takvih navoda Komisija će osigurati da su ispunjeni uvjeti iz Odjeljka III. D. Pri tome je naročito stvar poduzetnika u vladajućem položaju da dokaže negativne učinke koje obveza opskrbe može imati na njegove inovacije⁶². Ako je poduzetnik u vladajućem položaju prethodno dobavljač sporni input, to može biti odlučujuće za ocjenu svakog navoda kojim se tvrdi da je odbijanje opskrbe opravdano iz razloga učinkovitosti.

⁶⁰ Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601, stavci 643, 647, 648, 649, 652, 653 i 656.

⁶¹ Predmet C-418/01 IMS Health protiv NDC Health [2004] ECR I-5039, stavak 49; Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601, stavak 658.

⁶² Predmet T-201/04 Microsoft protiv Komisije [2007] ECR II-3601, stavak 659.