

VEZANI POSLOVI KAO OBLIK ZLOUPORABE VLADAJUĆEG POLOŽAJA (II.)

Sažetak

.....

U prošlom broju predstavljen je prvi dio stručnog rada o vezanim poslovima kao obliku zloporabe vladajućeg položaja i to na način da je objašnjen pojam vezanih poslova kao jedan od isključujućih oblika zloporabe vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu, te se dala klasifikacija s prikazom modaliteta vezanih poslova i njihovih učinaka na tržišno natjecanje. Problematika vezanih poslova kao specifičnog modaliteta zloporabe vladajućeg položaja očituje se u utvrđivanju distinktivnosti vezanog i vezujućeg proizvoda odnosno usluge, gospodarskog temelja, te stava kupaca, a na temelju kojih obilježja ovisi je li u konkretnom slučaju riječ o zloporabnom postupanju poduzetnika u vladajućem položaju ili o dopuštenom vezanom poslu. Budući da se obilježja vezanih poslova mogu sistematizirati isključivo pažljivim proučavanjem odluka Europske komisije i presuda Europskih sudova, drugi dio rada prikazat će praksu kroz detaljniju analizu odluka Europske komisije i sudova Europske unije kao i rješenja Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u postupcima vezanih poslova. Na opisani način izložiti će se cjelokupna problematika prakse vezanih poslova kao vrste zloporabe vladajućeg položaja.

1. UVOD

Kao što je istaknuto u prvom djelu ovoga rada, praksa uvjetovanja poduzetniku ili potrošaču na kupnju dodatnog proizvoda koji nema nikakve veze s predmetom ugovora koje čini poduzetnik u vladajućem položaju isključujući na taj način tržišne takmace te lišavajući kupce i korisnike usluga slobode izbora izvora iz kojih će pribavljati vezani proizvod ili uslugu, može predstavljati zloporabu vladajućeg položaja.

Ako se pažljivo promotre vodeći predmeti u ovom području, dolazi se do zaključka kako su Europska komisija, a potom i europski sudovi, donijeli svega par odluka u kojima su utvrdili

zlouporabu vladajućeg položaja praksom vezivanja. Razloge za navedeno možemo naći u činjenici da su vezani poslovi čest primjer poslovne prakse te da ne postoje jedinstvena pravila kojima bi se unaprijed mogle predvidjeti sve moguće situacije i njihov negativni utjecaj na tržišno natjecanje. Upravo posljednje treba posebno imati na umu s obzirom na činjenicu da nisu svi primjeri vezanih poslova očigledni. Naime, neki vezani proizvodi samo se protekom vremena počinju smatrati različitim ili komponentama prema vezujućem proizvodu. To se posebice odnosi na nove proizvode tržišta visoke tehnologije.

Stoga intervencija pravila tržišnog natjecanja mora biti samo ona koja je prijeko potrebna za ostvarenje koristi potrošačima i najveće moguće poduzetničke slobode odnosno ne smije ograničavati poduzetničke slobode izvan tog okvira.

Upravo analiza relevantnih odluka Europske komisije (dalje: Komisija) i europskih sudova ukazuje na važnost pristupa pri rješavanju predmetne problematike posebice glede utvrđivanja razlikovanja vezanog i vezujućeg proizvoda odnosno usluge, gospodarskog temelja, te stava kupaca, a na temelju kojih obilježja ovisi je li u konkretnom slučaju riječ o zlouporabnom postupanju poduzetnika u vladajućem položaju ili o dopuštenom vezanom poslu.

2. VEZANI POSLOVI U PRAKSI EUROPSKE KOMISIJE TE OPĆEG SUDA I SUDA EUROPSKE UNIJE

U ovom poglavlju detaljno će se obraditi odluke Komisije i presude europskih sudova koje su sadržajno vezane za zlouporabu vladajućeg položaja praksom vezanog posla, kako bi se prikazali odlučujući kriteriji koji se moraju uzeti u obzir u svakom pojedinom slučaju tog instituta.

2.1. Predmet Hilti

Predmetni slučaj primjer je ugovornog vezivanja koje se javlja onda kada se kupac koji kupuje vezujući proizvod obvezuje kupiti i vezani proizvod (a ne alternativni proizvod koji nude konkurenti).¹

Komisija je zaprimila 7. listopada 1982. i 26. veljače 1985. zahtjev poduzetnika Eurofix Limited (dalje: Eurofix) i Bauco LTD (dalje: Bauco) kojim traže pokretanje postupka utvrđivanja zlorabe vladajućeg položaja protiv poduzetnika Hilti Aktiengesellschaft (dalje: Hilti).

Eurofix je relativno mali poduzetnik, specijaliziran za proizvodnju i distribuciju različitih vrsta čavala, uključujući od kraja 1960.-te i čavle koji se koriste za pištolje za zabijanje čavala proizvedene od strane Hilti-a, te drugih proizvođača. Rečeni poduzetnik prodaje Hilti-kompatibilne čavle ne samo preko vlastite prodaje, nego i preko drugih distributera. Bauco je mali poduzetnik, specijaliziran za uvoz i distribuciju čavala koje koriste Hilti pištolji za čavle. Od 1984. prodavao je svoj asortiman Hilti-kompatibilnih čavala gotovo ekskluzivno. Jedan kratki period proizvodio je spremnike za Hilti-pištolje za čavle, a koja proizvodnja je prestala pokretanjem postupka protiv Hilti-a. Hilti je proizvođač sustava za pričvršćivanje u građevinarstvu.

Komisija je utvrdila² da je Hilti imao vladajući položaj na tri različita tržišta, i to na: tržištu pištolja za zabijanje čavala, te tržištima potrošnog materijala koje je obuhvaćalo tržište posebnih Hilti-kompatibilnih spremnika za čavle, te tržište Hilti-kompatibilnih čavala.³

Prema odluci Komisije, Hilti je, sustavnom poslovnom politikom, uvjetovao svojim kupcima dobavljanje Hilti-kompatibilnih spremnika za čavle kupnjom odgovarajućih količina čavala koji se koriste s takvim spremnicima, a sve kako bi ograničio tržišno natjecanje na tržištu Hilti-kompatibilnih čavala, gdje je u najvećoj mjeri bio izložen tržišnom natjecanju drugih proizvođača. Također je utvrđeno kako je Hilti odbio dobavljati svoje spremnike proizvođačima Hilti-

¹ Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ-u na postupanje poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlorabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor), Službeni list C 045, 24. veljače 2009. (dalje: Uputa o provedbenim prioritetima Komisije), točka 48.

² Commission Decision of 22. December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.787 and 31.488 – Eurofix-Bauco v. Hilti), OJ No L 65/19, 11.3.88.

³ *Ibidem*, paragraf 70.

kompatibilnih čavala, te je dao upute distributerima i trgovcima svojih proizvoda da spremnike za pištolje prodaju isključivo zajedno s odgovarajućom količinom čavala odnosno zatražio ih je da se uzdrže od prodaje spremnika proizvođačima Hilti-kompatibilnih čavala, i to poduzetnicima Eurofix i Bauco. Naprijed opisana poslovna praksa obuhvaćala je i ugovorom predviđeno isključenje odgovornosti na temelju garancije za ispravno funkcioniranje proizvoda Hilti kao prodavatelja pištolja za zabijanje čavala, u slučaju da kupac koristi čavle drugih proizvođača. Kako su Hilti-kompatibilni spremnici za čavle bili zaštićeni patentom, te ih drugi proizvođači Hilti-kompatibilnih čavala nisu mogli proizvoditi, a da time ne povrijede njegovo isključivo pravo, vezivanje prodaje spremnika i čavala ograničavalo je tržišno natjecanje na tržištu Hilti-kompatibilnih čavala.⁴

Komisija je istakla dva štetna učinka vezane prodaje. S jedne strane, primjena vezivanja nije ostavila potrošačima izbor u pogledu njihova izvora čavala, čime su zlouporabno iskorištavani, dok je, s druge strane, takva politika imala za cilj ili djelovanje isključivanje neovisnih malih proizvođača koji bi mogli ugroziti vladajući položaj koji drži Hilti. Pri tome Komisija je naglasila da vezivanje nije bilo izolirani događaj, već široko primjenjivana poslovna politika.⁵ Navedeno je bilo potrebno utvrditi s obzirom na činjenicu da vezani poslovi ograničavaju tržišno natjecanje isključivo u situacijama kada su sustavno primjenjivani.

Hilti je u postupku nastojao svoje postupanje opravdati razlozima tehničke sigurnosti ili pouzdanosti upotrebe vezujućeg proizvoda, međutim Komisija je taj argument odbila stoga što Hilti nije dokazao da je poduzeo prikladne mjere upozorenja korisnika njegovih proizvoda kako bi upotreba čavala za pištolje slabije kvalitete mogla utjecati na sigurnost ili kvalitetu korištenja pištolja za čavle, niti je pružio dokaze o nezgodama nastalim korištenjem Hilti-kompatibilnih čavala drugih proizvođača. Vezano na navedeno, Komisija je navela da se ponašanje Hilti-a ne može opisati kao ono motivirano isključivo razlozima sigurnosti i pouzdanosti korištenja njegovog PAFS sustava⁶, s obzirom da nije poduzeo mjere koje bi se uobičajeno mogle očekivati da je postojao isključivo takav razlog.⁷

⁴ *Ibidem*, paragrafi 26., 30., 36., 38., 39., 41., 44. i 76.

⁵ *Ibidem*, paragraf 75.

⁶ *Ibidem*, fusnota (1), kratica PAFS sustav znači „Powder actuated fastening systems“

⁷ *Ibidem*, paragraf 90.

Pored navedenoga Komisija je ocijenila zlouporabnim umanjeње popusta na sve Hilti proizvode ili samo spremnike za čavle, onim kupcima koji su kupovali čavle za pištolje od konkurenata.⁸

Opći sud je u presudi⁹ u cijelosti potvrdio odluku Komisije te je utvrdio kako je rečeni poduzetnik zloupotrabio vladajući položaj tako što je uvjetovao prodaju spremnika za čavle kupnjom čavala. Argument Hilti-a kako nije sigurno upotrebljavati njegove pištolje za zabijanje čavala s drugim čavlina, Opći sud je odbio navodeći kako nije na Hilti-u da sam na svoju inicijativu poduzima sigurnosne mjere zaštite, već je to na drugim nadležnim tijelima.¹⁰ Vezano na navedeno, prvostupanjski sud je, također, istaknuo da je prodaja opasnih proizvoda i korištenje obmanjujućih navoda o osobinama proizvoda kažnjivo mjerodavnim pravom države članice u kojoj su te radnje učinjene, pa u tim okolnostima, svakako nije zadaća poduzetnika u vladajućem položaju da na vlastitu inicijativu poduzima korake kojima uklanja proizvod koji, opravdano ili ne, smatra opasnim ili barem manje kvalitetnim od vlastitog proizvoda.¹¹

Slijedom navedenoga, razvidno je kako tehnička sigurnost i pouzdanost korištenja vezujućeg proizvoda nisu prihvaćeni kao opravdan razlog zbog kojeg bi prodavatelj mogao prisiliti kupce da od njega ili iz izvora koji on odredi pribavlja i vezani proizvod.¹²

2.2. Predmet Tetra Pak II

Tetra Pak International SA (dalje: Tetra Pak) jedan je od svjetskih lidera u području pakiranja tekućih i polu-tekućih namirnica u kartonske kutije. U ovom predmetu razmatrano je, između ostalog, pitanje može li vezana prodaja mašina za pakiranje tekuće hrane i kartona u koje se tekuća hrana pakira biti opravdana razlozima zaštite javnog zdravlja, pa stoga i razlozima očuvanja poslovnog ugleda poduzetnika koji primjenjuje vezivanje.

⁸ *Ibidem*, paragraf 26., 48., 75. i 98.

⁹ Judgment of 12 December 1991, Hilti AG v Commission, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70

¹⁰ *Ibidem*, paragraf 84.

¹¹ *Ibidem*, paragraf 118.

¹² Žalbu Hilti-a na prvostupanjsku presudu Sud Europske unije je odbio. Judgment of 2 March 1994, Hilti AG v Commission C-53/92 P., ECLI:EU:C:1994:77

Komisija je utvrdila da je Tetra Pak zlorabio vladajući položaj, između ostalog, vezivanjem prodaje mašina za pakiranje s prodajom kartona za pakiranje.¹³

Zanimljivost predmeta leži u činjenici da je, s obzirom na mjerodavno tržište, izrađena vrlo složena analiza koja je rezultirala s četiri zasebna mjerodavna tržišta proizvoda utvrđena prema tehnološkim obilježjima proizvoda: 1. tržište mašina za aseptičko pakiranje tekuće hrane u kartonsku ambalažu, 2. odgovarajuće tržište kartona (aseptička tržišta), te 3. tržište mašina za neaseptičko pakiranje tekuće hrane u kartonsku ambalažu i 4. odgovarajuće tržište kartona (neaseptička tržišta). Definicija mjerodavnog tržišta nije obuhvatila druge vrste pakiranja tekuće hrane kao što su staklene boce, plastične vrećice i limenke, jer te vrste pakiranja međusobno konkuriraju isključivo dugoročno, dok je kratkoročno razina elastičnosti potražnje među njima zanemariva.¹⁴ Vezano na navedeno, Komisiji udio na tržištu mašina za neaseptičko pakiranje tekuće hrane od 50% do 55% te u kartonima za neaseptičko pakiranje nije bilo dostatno za utvrđivanje vladajućeg položaja na tržištu. Činjenica da su prvi slijedeći konkurenti imali 27% i 11%, uputilo je na zaključak o oligopolističkoj strukturi tržišta, a ne vladajućem položaju. Preostali dio tržišta bio je podijeljen između tri poduzetnika, pri čemu je svaki od njih koncentrirao svoje poslovanje na tržištu države članice svog sjedišta.¹⁵

Ipak presudom Općeg suda¹⁶ potvrđena je zlouporaba vladajućeg položaja na tom tržištu na kojemu je Tetra Pak imao vodeći, ali ne i vladajući položaj zbog povezanosti aseptičkog i neaseptičkog tržišta.

Argument Tetra Pak-a prema kojem su strojevi za pakiranje tekuće hrane i kartoni za pakiranje te hrane po svojoj prirodi dio jedinstvenog i neodvojivog sustava, Opći sud je odbio utvrdivši da razlozi tehničke prirode, kao i oni koji se odnose na odgovornost proizvođača za štetu koju prouzroče njegovi proizvodi, zaštita javnog zdravlja i zaštita poslovnog ugleda, mogu biti zaštićeni na način da Tetra Pak korisnicima svojih mašina priopći sve tehničke specifikacije koje se odnose

¹³ Commission Decision of 24 July 1991 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EEC Treaty (IV/31.043 – Tetra Pak II), OJ L 72, 18.3.1992.

¹⁴ *Ibidem*, paragraf 93.

¹⁵ *Ibidem*, paragraf 13.

¹⁶ Judgment of 6 October 1994, Tetra Pak International SA v Commission, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246

na kartone koji se trebaju koristiti u tim sustavima. U takvim okolnostima, vezivanje treba smatrati sredstvom koje nadilazi njegovu prividnu svrhu i ima za cilj jačanje vladajućeg položaja.¹⁷

Iako je Tetra Pak dokazao da su svi proizvođači sustava za pakiranje u kartone u Europskoj zajednici dobavljali svojim kupcima mašine i kartone za punjenje tekuće hrane, Opći sud je otklonio primjenu kriterija povezanosti vezujućeg proizvoda i dodatnih obveza prema trgovačkim običajima navodeći kako čak i kada bi se postojanje takvih običaja dokazalo, to ne bi bilo dostatno da opravda poduzetnika u vladajućem položaju da pribjegava sustavu vezane prodaje. Čak i kada je običaj prihvatljiv u uobičajenoj situaciji, na konkurentnom tržištu, ne može se prihvatiti na tržištu na kojem je tržišno natjecanje već ograničeno.¹⁸

Također, Opći sud je otklonio argument Tetra Pak-a o odsutstvu svakog dokaza da bi kupci željeli kupovati aseptičke kartone od konkurenata budući je utvrdio postojanje prisile tj. uvjetovanje sklapanja ugovora prihvaćanjem dodatnih obveza, isključivo temeljem činjenice da je obveza isključive kupnje kartona bila sadržana u svim ugovorima o prodaji ili leasingu mašina koje je Tetra Pak sklopio sa stranama koje su koristile te mašine na području država Europske zajednice.¹⁹

Međutim, Opći sud je svojom odlukom ukazao na činjenicu da bi u europskom pravu tržišnog natjecanja bila dopuštena primjena vezanog posla na način da se sklapanje ugovora uvjetuje prihvaćanjem obveze uzdržavanja od pribavljanja vezanog proizvoda koji ne udovoljava unaprijed utvrđenim i precizno definiranim specifikacijama minimalne kvalitete.²⁰

2.3. Predmet Microsoft 2004.

¹⁷ *Ibidem*, paragrafi 138-140.

¹⁸ *Ibidem*, paragrafi 125., 127., 136. i 137.

¹⁹ *Ibidem*, paragrafi 128., 130. i 134.

²⁰ Neki autori smatraju kako je u predmetu *Tetra Pak II* riječ o kontroverznoj odluci, prvenstveno iz razloga što je predmet bio lišen ekonomskog pristupa u korist formalnog pristupa. Isti smatraju kako bi odluka bila upravo suprotna donesenoj da su se procjenjivali učinci takvog postupanja od strane Tetra Pak-a, uzevši u obzir činjenicu kako vezani poslovi, osim antikompetitivnih učinaka, proizvode i objektivno pozitivne, prokompetitivne učinke. Gustafsson, D., *Tying under EC Competition Law – The Tetra Pak II Case*, Lund University Publications, 2007., dostupno na: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=1335665&fileOid=1646325>

Za razliku od ugovornog vezanja, u predmetnom slučaju riječ je o tehničkom vezivanju koje se javlja onda kada je vezujući proizvod tako izveden da pravilno radi samo uz vezani proizvod (a ne uz alternativni proizvod koji nude konkurentni poduzetnici).²¹

Komisija je 24. ožujka 2004. donijela odluku²² kojom je, između ostalog, utvrdila kako je poduzetnik Microsoft zlorabio vladajući položaj na način da je uvjetovao dostupnost operativnog sustava Windows istovremenom nabavom Windows Media Playera.

Pojedini autori ističu kao problem položaj Microsofta zbog kojega je potpuno nedostižan konkurenciji.²³ Postoji mali broj aplikacija koje se mogu upotrijebiti s novim operativnim sustavima te je cijelo tržište tako dizajnirano da pogoduje Microsoftu. Microsoft ima licencu za 93.8 posto operativnih sustava za osobna računala. Zbog te činjenice potrošači kupuju te operativne sustave kako bi komunicirali s većim brojem korisnika. Budući da je iznimno skupo izraditi takve aplikacije koje bi odgovarale novim operativnim sustavima, nove aplikacije se rade kako bi bile kompatibilne Windows sustavima.²⁴

U odnosu na praksu vezivanja, Komisija je naglasila da bi se utvrdilo je li riječ o vezivanju nužno je utvrditi četiri elementa: vladajući položaj poduzetnika koji primjenjuje takvu praksu, postojanje dva odvojena proizvoda, zabranu kupnje vezujućeg proizvoda bez vezanog i okolnost da takva praksa sprječava tržišno natjecanje.²⁵

Slijedom navedenoga, za potrebe ovog predmeta Komisija je definirala tri mjerodavna tržišta u proizvodnom smislu: 1. tržište operativnih sustava (OS) za osobna računala, 2. tržište operativnih sustava za servere radnih skupina, i 3. tržište „streaming“ media playera.

²¹ Uputa o provedbenim prioritetima Komisije, točka 48.

²² Commission Decision of 24.03.2004. relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), C(2004)900 final (dalje: Odluka Komisije Microsoft 2004.)

²³ Pošćić, A., Europsko pravo tržišnog natjecanja i interesi potrošača, Narodne novine, 2015., str. 210.

²⁴ Graupner, F., Microsoft – Implications of the EU Case for Non-Dominant Companies, Business Law Review, 2004., str. 106. i 107.

²⁵ Odluka Komisije Microsoft 2004., paragraf 794.

Vezano za položaj Microsofta na predmetnim mjerodavnim tržištima, Komisija je nesporno utvrdila sljedeće činjenice: isti sa udjelom od 90 posto zauzima vladajući položaj na tržištu operativnih sustava za osobna računala, dok na tržištu na području grupnih servera zauzima između 60 posto i 75 posto tržišta.²⁶

Nadalje, Komisija je utvrdila postojanje dva odvojena sustava, jednog za operativne sustave koji se odnosi na radne površine (desktop), a jednog za media playere odnosno ista je utvrdila da su proizvodi dio odvojenih tržišta. Microsoft je tvrdio da je nemoguće odvojiti aplikaciju media playera od sustava osobnih računala. Međutim, Komisija je utvrdila kako je riječ o odvojenim tržištima jer postoje i takvi prodavatelji softvera koji su specijalizirani u prodaji media playera. Činjenica što potrošači očekuju kako će na osobnim računalima moći slušati glazbu ne pretpostavlja kako operativni sustav uključuje aplikaciju media playera.²⁷

Osim toga Komisija je naglasila kako media playeri imaju svoje specifične karakteristike i ne postoje odgovarajuće zamjene. Potrošači nisu mogli birati hoće li kupiti operativne Windows sustave bez media playera. Prilikom instalacija morali su instalirati Windows Media Player, a tek nakon toga dodatne. Operativni sustavi Windows zauzimali su više od 93.8 posto tržišta, dakle bili su sveprisutni.²⁸ Činjenicu da je Microsoftov udio na tržištu aplikacija media playera rastao brzo, rečeni poduzetnik je branio kao posljedicu konkurencije.

Komisija je u svojoj odluci utvrdila kako Microsoft nije obvezan maknuti kod za aplikaciju media player iz operativnog sustava. Mora samo omogućiti skrivanje ikone za aplikaciju media playera.²⁹ Komisija s osobitom pozornošću prati ponašanje potrošača. Prema njoj je tijekom posljednjih godina prisutna potražnja za alternativnim playerima. S druge strane, Microsoft tvrdi kako ne postoji potražnja za operativnim sustavima bez aplikacije media playera i mišljenja je

²⁶ Operativni sustavi su softverski proizvodi koji upravljaju osnovnim funkcijama računala, dok su operativni sustavi za poslužitelje radnih grupa softverski proizvodi dizajnirani i namijenjeni pružanju osnovnih usluga u svakodnevnom uredskom radu, kao što su dijeljenje podataka na poslužiteljima, dijeljenje pisača i centralno upravljanje pravima korisnika mreže na relativno malom broju osobnih računala međusobno povezanih mrežama male do srednje veličine.

²⁷ *Ibidem*, paragraf 405.

²⁸ *Ibidem*, paragraf 843.

²⁹ Odluka Komisije Microsoft 2004., paragraf 798.

kako bi mali broj potrošača i kada bi mogao birati kupio operativni sustav Windows bez media playera.³⁰

Komisija je utvrdila kako na tržišno natjecanje negativno utječe činjenica da potrošači nemaju mogućnost izbora. Navedeno obrazlaže na način da Microsoft nije pružio dovoljne podatke kako integracija operativnog sustava Windowsa i aplikacije media player dovode do bolje tehničke izvedbe.³¹ U odnosu na navedeno, Microsoft tvrdi kako je za takvo utvrđenje potrebno više od samog dokaza kako isti distribuira operativne sustave Windowse zajedno s aplikacijom media player odnosno tvrdio je da takvo vezivanje smanjuje transakcijske troškove i gubitak vremena.³²

Vezivanje nije neophodno kako bi se programi i aplikacije mogli razvijati i kako bi se ostvarile prednosti za potrošače. Zahvaljujući vezivanju, ostala konkurencija je na gubitku bez obzira na to što su njeni proizvodi atraktivniji i možda bolji.

Ono po čemu se ovaj slučaj razlikuje u odnosu na prethodne je praksa kojom se potrošač veže za jedan program, ali istovremeno ograničava ulaganje u inovacije i daljnji razvoj. Prema Microsoftu, svaka intervencija bi ograničavala inovacije.³³

Komisija je istaknula kako, za razliku od konkretnog zabranjenog vezivanja, postoje drugi načini distribucije sukladni tržišnom natjecanju, poput preuzimanja putem interneta, pakete prodaje sa hardwar-ima i software-ima drugih proizvođača, zaključivanjem ugovora sa proizvođačima originalne opreme i putem maloprodajnog lanca.³⁴

Slijedom navedenoga, Komisija je utvrdila kako Microsoft vezuje operativne sustave Windowsa s Windows Media Playerima na način da, kada bi kupac pokrenuo Windows sustav, Windows Media Player bi već bio instaliran, a sve kako bi uklonio konkurenciju na novom tržištu glazbenih

³⁰ *Ibidem*, paragraf 809.

³¹ *Ibidem*, paragraf 266.

³² *Ibidem*, paragraf 956.

³³ Choi, J. P., Tying and Innovation: A Dynamic analysis of Tying Arrangements, *The Economic Journal*, vol. 114., str. 83-101.

³⁴ Banasevic, N., Huby J., Pena Castellot, M., Sitar, O., Piffaut, H., Commission adopts Decision in the Microsoft case, EC Competition Policy Newsletter, Number 2, 2004., dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2004_2.pdf, str. 46.

i video softwera. Prema mišljenju Komisije na opisani način bili su, s jedne strane, oštećeni ostali proizvođači aplikacija media playera, te je to, s druge strane, dovelo do nepravedne prednosti u odnosu na konkurentne proizvode kao što su Real network's Real Player odnosno takvo ponašanje slabi konkurenciju i smanjuje potrošačev izbor.

Stoga je Komisija naložila Microsoftu da mora ponuditi osobna računala s verzijom operativnih sustava Windows bez aplikacije media playera s objašnjenjem da mora postojati mogućnost izbora paketa operativnih sustava Windows s Windows Media Playerom ili paketa koji uključuje samo operativni sustav Windows. Komisija smatra da potrošači na taj način imaju mogućnost izbora koji će media player instalirati, kao i hoće li kupiti samo Windows operativne sustave ili one koji već imaju instaliran Windows Media Player.

U odluci je Komisija kaznila Microsoft u iznosu od skoro 500.000.000,00 eur-a.

Microsoft je pred Općim sudom tražio poništenje odluke Komisije i smanjenje kazne, međutim Opći sud ju nije prihvatio i potvrdio je odluku Komisije.³⁵

Analizirajući Microsoftovu žalbu, Opći sud je zaključio kako je Komisija pravilno utvrdila da su, u konkretnom slučaju, zadovoljeni svi nužni kriteriji prema kojima je riječ o zabranjenom vezivanju. Naime, isti je potvrdio sljedeće: 1) vezani i vezujući proizvodi su samostalni, odvojeni proizvodi, 2) Microsoft je u vladajućem položaju na tržištu vezujućeg proizvoda, 3) kupac je prisiljen kupiti oba proizvoda, odnosno postoji zabrana kupnje vezujućeg proizvoda bez vezanog, i 4) predmetno postupanje proizvodi protutržišne učinke zatvaranja tržišta.

Vezano na navedeno, Opći sud je naglasio kako se odlučujući odgovor na pitanje je li riječ o jednom proizvodu ili dva različita nalazi u shvaćanju prosječnog potrošača, odnosno kupca čine li dva predmeta dobavljanja jedinstven proizvod ili je riječ o dva različita proizvoda koje bi, u odsutnosti vezanog posla, oni mogli pribavljati na dva različita tržišta. Postoji li zasebna potražnja za svaki od proizvoda koji se nude u paketu, smatrat će se da postoje i zasebna tržišta te da je,

³⁵ Judgment of 17 September 2007, Microsoft Corp. v Commission, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289

stoga riječ o različitim proizvodima.³⁶ Slijedom navedenoga, rečeni Sud je utvrdio kako je riječ o dva odvojena sustava budući da postoji potražnja posebno za operativne sustave i posebno za media player. Pri tome je naglašeno kako činjenica da je predmetno vezivanje dovelo do tehničke integracije jednog proizvoda s drugim, posljedično ne utječe na odluku o tome da je zapravo riječ o integraciji dva odvojena proizvoda.³⁷ U prilog navedenome posebno je naglašeno kako Microsoft nije pružio niti jedan dokaz o tome da su drugi poduzetnici, njegovi tržišni takmaci također izvršili takvo tehničko vezivanje. Dapače, njihova trgovačka praksa potvrđuje navedeno.³⁸

Pitanje vladajućeg položaja na tržištu vezujućeg proizvoda je prema stavu Općeg suda neupitno.³⁹ Također, Opći sud smatra kako je nesporno da kupci nisu mogli birati hoće li kupiti operativne Windows sustave bez media playera, odnosno kupac je prisiljen kupiti oba proizvoda budući da je uvjet za sklapanje ugovora prihvaćanje tih dopunskih obveza.⁴⁰

U odnosu na protutržišne učinke zatvaranja tržišta, Opći sud potvrđuje utvrđenje Komisije kako je Microsoft, zbog vezivanja, proširio svoju tržišnu snagu s tržišta operativnih sustava na tržište Windows Media Playera u cijelom svijetu, a radi čega ostala konkurencija nije mogla postići bolji položaj na predmetnom tržištu odnosno kupci nisu mogli izabrati alternativni media player.⁴¹ Pri tome dodaje kako tržište media playera karakteriziraju značajni indirektni učinci koji se očituju u tome da što je veći broj korisnika rečenog proizvoda više će se ulagati u inovacije i razvoj proizvoda kompatibilnih s tom platformom, a što posljedično dovodi do njegove veće popularnosti među korisnicima.⁴²

Zaključno, Opći sud naglašava kako Microsoft nije pružio niti jedan dokaz da je predmetno postupanje bilo objektivno opravdano. Argument Microsofta kako je sporna praksa nužna iz razloga da bi se razvojnim inženjerima i kreatorima internetskih stranica omogućile koristi od stabilne i dobro definirane Windows platforme, odbijen je.

³⁶ *Ibidem*, paragrafi 917. do 921.

³⁷ *Ibidem*, paragraf 935.

³⁸ *Ibidem*, paragraf 941.

³⁹ *Ibidem*, paragraf 870.

⁴⁰ *Ibidem*, paragraf 961.

⁴¹ *Ibidem*, paragrafi 1037. do 1059.

⁴² *Ibidem*, paragrafi 1061. i 1062.

Tijekom 2008. EU je nametnula dodatnu kaznu od 899.000.000,00 eura jer Microsoft nije poštivao odluku Komisije iz 2004. Nakon žalbe, 26. lipnja 2012. Opći sud je potvrdio kaznu, ali ju je smanjio na 860.000.000,00 eura.⁴³

2.4. Predmet Microsoft 2009.

Komisija je na inicijativu poduzetnika Opera Software ASA pokrenula istraživanje za navodnu zlouporabu vladajućeg položaja protiv poduzetnika Microsoft.

Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama Komisija je temeljila na vezivanju Microsoftovog Internet Explorera sa svojim Windows operativnim sustavom naglašavajući kako je takva praksa omogućila Microsoftu značajnu prednost u distribuciji, narušila tržišno natjecanje, te rezultirala njegovom prisutnošću na 90 posto tržišta osobnih računala na svijetu. Rečena obavijest sadržavala je zabrinutost Komisije glede potencijalne mogućnosti zatvaranja tržišta, inovativnih ograničenja u internetskom razvoju, te jačanju Microsoft pozicije u odnosu na krajnje korisnike glede tržišta operativnog sustava osobnih računala.

Kako bi ublažio stav i brigu Komisije oko predmetne problematike, Microsoft je predložio ispunjenje određenih mjera koje uključuju mogućnost da krajnji korisnici preko određene ikone (eng. *consumer ballot screen*) na svojim kompjuterima isključe Internet Explorer. Također, Microsoft je predložio mjere u vidu poboljšanja interoperabilnosti između proizvoda trećih proizvođača, Windowsa i Windows servera.

U prosincu 2009. Komisija je prihvatila predložene mjere koje obvezuju Microsoft, te je zaključila kako nema osnove za daljnje vođenje postupka. Tako u točkama 99. do 107. odluke⁴⁴ Komisije izričito stoji kako slijedi.

⁴³ Odluka kojom se Microsoftu nalaže da mora ponuditi osobna računala s verzijom operativnih sustava Windows bez aplikacije media playera doživjela je kritiku američkog ministarstva pravosuđa koje je smatralo da se na takav način odlučuje preko onoga što je potrebno ili prikladno za zaštitu potrošača, te da se tako pruža zaštita konkurentima, umjesto da se pruža zaštita tržišnog natjecanja.

⁴⁴ Commission Decision of 16.12.2009. relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/39.530 – Microsoft (tying))

Sukladno predloženim mjerama, Microsoft više neće obvezivati proizvođače originalne opreme (eng. *Original Equipment Manufacturers*, dalje: OEM) da vezuju Internet Explorer sa Windows operativnim sustavima. Također, Microsoft neće priječiti OEM da instaliraju internet pretraživač nekog drugog tržišnog takmaca. OEM će moći slobodno izabrati koji će internet pretraživač instalirati na osobne kompjutere. Pored navedenoga, Microsoft će omogućiti OEM da, uz tehničku pomoć, isključe Internet Explorer u Windowsima 7 i ostalim verzijama Windowsa. Također će i krajnji korisnici moći isključiti Internet Explorer u Windowsima 7. Takav izbor omogućiti će se korisnicima na temelju informacija i u neposrednom tehničkom okruženju. Microsoft će o tome obavijestiti široki krug korisnika.

Nad ispunjavanjem preuzetih obveza iz odluke Komisije, Microsoftu je bio povjeren monitoring Rečeni poduzetnik izvijestio je Komisiju kako, radi tehničkih problema, nije bio u ponudi izborni pretraživač u razdoblju od svibnja 2011. do srpnja 2012. Slijedom navedenoga, Komisija je izrekla kaznu od 561.000.000,00 eur-a za nepridržavanje utvrđenih mjera i naloga.

To je bio prvi slučaj kada je Komisija izrekla kaznu zbog povrede članka 9. Uredbe 1/2003⁴⁵ odnosno nepridržavanja obvezujuće odluke o prihvaćanju predloženih mjera.

3. VEZANI POSLOVI U PRAKSI AGENCIJE ZA ZAŠTITU TRŽIŠNOG NATJECANJA

3.1. Predmet Flora VTC

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija) je, po službenoj dužnosti, pokrenula postupak protiv poduzetnika Flora VTC d.o.o. iz Virovitice⁴⁶ (dalje: Flora) zbog činjenice da je Flora, temeljem Cjenika koji je primjenjivala od studenoga 2015., cijenu usluge ukopa (koju obavlja kao javnu ovlast) uvjetovala odnosno vezivala uz istovremenu prodaju vlastite pogrebne

⁴⁵ Uredba Vijeća br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju utvrđenim u člancima 81. i 82. Ugovora (tekst od važnosti za EEA), SL L 001, 4. siječanj 2003., koja se primjenjuje od 1. svibnja 2004.

⁴⁶ Rješenje Agencije kojim se prihvaćaju mjere, uvjeti i rokovi koje je predložio poduzetnik Flora VTC d.o.o. od 18. kolovoza 2016.

opreme i pogrebnih potrepština (koja ima značaj tržišne usluge) i to na način da odobrava popust od 10% na cijenu usluga ukopa ako se u njezinoj trgovini pogrebne opreme kupi oprema za ukop.

Agencija je utvrdila kako moguća zlouporaba proizlazi iz vladajućeg položaja Flore na tržištu pružanja usluge ukopa kao vrste usluge obuhvaćene povjerenom komunalnom djelatnošću održavanja groblja i krematorija te upravljanja grobljem i prenosi se na tržište pružanja usluge prodaje pogrebne opreme i pogrebnih potrepština. Drugim riječima, Flora koristeći propisom dobiveno ovlaštenje na održavanje groblja i krematorija te upravljanja grobljem vezuje uslugu ukopa i istovremenu prodaju pogrebne opreme i pogrebnih potrepština - tržišnu djelatnost, čime se konkurentima onemogućava jednak pristup potonjem tržištu. Kao sredstvo vezivanja poslužio je popust koji se kreće, u konkretnom slučaju, u iznosu od 270 do 280 kuna te svakako može potaknuti kupce pogrebne opreme i pogrebnih potrepština da iste kupe od Flore umjesto od moguće konkurentnijih tržišnih takmaca.

U konkretnom slučaju Agencija je utvrdila kako je riječ o dva potpuno različita proizvoda/usluge budući da usluga ukopa ne konkurira poslu prodaje pogrebne opreme i pogrebnih potrepština, odnosno što jedna drugoj nisu supstituti, pri čemu bi se za pružanje navedenih usluga trebali izdavati zasebni računi.

Stoga je stav Agencije bio da nije potrebno dokazivati postojanje vladajućeg položaja i na tom povezanom mjerodavnom tržištu (tržištu prodaje pogrebne opreme i pogrebnih potrepština), jer je moguća zlouporaba posljedica vladajućeg položaja na prvom tržištu, s kojim je ovo drugo tržište povezano i na kojemu dolazi do negativnih učinaka za konkurenciju i krajnje korisnike te usluge.

Argument Flore da su navedeni popusti dani na temelju rezultata provedene ankete, a u cilju povećanja zadovoljstva korisnika i građana te dobrobiti društvene zajednice za koju radi, Agencija je odbila s obrazloženjem da je navedeni cilj Flora mogla postići smanjivanjem cijena usluge ukopa, koja je potpuno samostalna u odnosu na prodaju pogrebne opreme, i bez uvjetovanja popusta kupnjom pogrebne opreme u trgovini Flore.

Ubrzo nakon pokretanja postupka Agencija je od Flore zaprimila prijedlog kojim nudi preuzimanje obveze izvršenja mjera, uvjeta i rokova za otklanjanje mogućih negativnih učinaka njenog postupanja na tržišno natjecanje. Konkretno, Flora je predložila trajno stavljanje izvan

snage popust od 10 posto na cijenu usluga ukopa ako kupac u trgovini pogrebne opreme Flore kupi opremu za ukop uz objavljivanje te odluke na svojoj službenoj mrežnoj stranici. Tim se prijedlogom Flora opredijelila za rješenje koje je primjenjivala prije stupanja na snagu spornog cjenika.

Agencija je prihvatila prijedlog Flore ocijenivši da je ta predložena mjera dostatna za potpuno otklanjanje mogućih negativnih učinaka i ponovnu uspostavu tržišnog natjecanja na mjerodavnim tržištu prodaje pogrebne opreme i pogrebnih potrepština na području grada Virovitice. Takav prijedlog, prema mišljenju Agencije, omogućava sadašnjim i budućim alternativnim ponuditeljima istih usluga obavljanje djelatnosti, a korisnicima omogućuje izbor poduzetnika koji će im pružiti uslugu prodaje pogrebne opreme i pogrebnih potrepština.

4. ZAKLJUČAK

Vezani poslovi su zabranjeni kada se ne mogu opravdati trgovačkim običajima ili prirodom proizvoda jer takvom praksom poduzetnik u vladajućem položaju na tržištu vezujućeg proizvoda proširuje svoju tržišnu snagu na tržištu vezanog proizvoda, te tako lišava kupce i korisnike usluga slobode izbora izvora iz kojih će pribavljati vezani proizvod ili uslugu i onemogućavaju slobodan pristup tržištu poduzetnicima koji konkuriraju na tržištu vezanog proizvoda. Koliko je riječ o kompleksnom području iz domene zaštite tržišnog natjecanja govore i malobrojni primjeri iz prakse, a iz kojih proizlazi da postoje dva pristupa na temelju kojih se prosuđuje smatra li se konkretan vezani posao zabranjenim ili ne. U tom smislu razlikujemo *per se* pristup i pristup razumne primjene.

Povijesno gledajući, te prije presude u predmetu *Microsoft*, razvidno je kako je Sud Europske unije praksu vezanih poslova prosuđivao *per se* pristupom smatrajući vezane poslove zabranjenima. Naime, u svim ranijim predmetima Sud Europske unije razlikovao je tri elementa zlouporabe vladajućeg položaja praksom vezanih poslova, odnosno utvrđivao je radi li se o dva različita proizvoda, tržišnu snagu poduzetnika i postojanje prisile. Negativni učinci i moguće opravdanje za takvo postupanje nadležni sud nije smatrao relevantnima. Posljedično, štete za krajnje korisnike i tržišne takmace nastale takvim postupanjima uopće nisu razmatrane.

S druge strane, pravilo razumne primjene koje se po prvi put primijenilo u spomenutom predmetu *Microsoft 2004*. polazi od toga da treba spriječiti samo ono djelovanje poduzetnika koje nerazumno ograničava slobodnu trgovinu odnosno slobodno tržišno natjecanja, na štetu potrošača, a pri utvrđivanju tih učinaka mora se voditi računa o konkretnim okolnostima i uvjetima na konkretnom tržištu, za što je ključno provesti ekonomsku analizu. Primjena tog pravila osigurava puno veću fleksibilnost pri ocjenjivanju je li vezani posao zabranjen, odnosno povrjeđuje li članak 102. UFEU-a osobito stoga što je na tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja utvrđivanje prevladavaju li pozitivni učinci promatrane prakse nad negativnim učincima. U prilog navedenome govori i činjenica da ne mali broj autora smatra kako bi odluka u predmetu *Tetra Pak II* bila upravo suprotna donesenoj da su se procjenjivali učinci takvog postupanja od strane Tetra Pak-a, uzevši u obzir činjenicu kako vezani poslovi, osim antikompetitivnih učinaka, proizvode i objektivno pozitivne, prokompetitivne učinke.

S tim u svezi, bit će vrlo zanimljivo pratiti što će vrijeme pokazati glede predmeta *Microsoft 2004*. Naime, specifičnost tržišta visoke tehnologije ogleda se u činjenici da se neki vezani proizvodi, protekom vremena, počinju smatrati različitima ili komponentama prema vezujućem proizvodu. Upravo u odnosu na navedeno, američko pravosuđe zauzima tolerantniji stav od Europske komisije i sudova Europske unije smatrajući da postoje pozitivne implikacije vezanog posla na blagostanje potrošača, odnosno da je za potrošače bolje kada kupe osobno računalo sa svim aplikacijama, nego da moraju svaki proizvod zasebno kupovati.