

Diskirminacija u cijenama kao oblik ograničavanja tržišnog natjecanja

Dorić, Thomas

Master's thesis / Diplomski rad

2022

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:199:450268>

Rights / Prava: [In copyright / Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-07**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)



Pravni fakultet u Zagrebu

Katedra za trgovačko pravo i pravo društava

Thomas Dorić

**DISKRIMINACIJA U CIJENAMA KAO OBLIK
OGRANIČAVANJA TRŽIŠNOG NATJECANJA**

Mentor: prof. dr. sc. Nina Tepeš

Diplomski rad

Zagreb, prosinac 2022.

IZJAVA O IZVORNOSTI

Ja, Thomas Dorić, pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću, izjavljujem da sam isključivi autor diplomskog rada te da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade rada nisam koristio drugim izvorima do onih navedenih u radu.

Thomas Dorić, v.r.

SADRŽAJ

1. Uvod	1
2. Diskriminacija u cijenama u pravu antitrusta SAD-a.....	2-6
3. Diskriminacija u cijenama u pravu Europske unije	6-9
4. Oblici diskriminacije u cijenama	9-25
4.1. Diskriminacija u cijenama podjelom tržišta	9-12
4.2. Selektivno snižavanje cijena	12-16
4.3. Popusti i rabati	16-25
5. Diskriminacija u cijenama u Republici Hrvatskoj.....	25-27
6. Zaključak	28
7. Popis literature	29-31

POPIS KORIŠTENIH KRATICA

AMP – Advanced Micro Devices

AZTN – Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja

BA – British Airways

CEWAL - Associated Central West African Lines

CPU - central processing unit

EU - Europska unija

EZ - Europska zajednica

FTC – Federal Trade Commission

GMC – General Motor Company

HP - The Hewlett-Packard Company

INA - Industrija nafte

NEC - Nippon Denki Kabushiki Gaisha

RH – Republika Hrvatska

RPA – Robinson-Patman Act

SAD – Sjedinjene Američke Države

TDR – Tvornica duhana Rovinj

UBC – United Brands Company

UEZ – Ugovor o Europskoj zajednici

UFEU – Ugovor o funkcioniranju Europske unije

ZZTN – Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja

1. Uvod

U svijetu rastuće socijalne nejednakosti i sve većeg utjecaja tržišta na svakodnevni život ljudi, važno je regulirati mehanizme djelovanja toga tržišta. U tom kontekstu važnu ulogu zauzimaju cijene, koje već dugo ne predstavljaju samo novčani odraz vrijednosti neke robe ili usluge, već su prepoznate kao faktor kojim je moguće utjecati na strukturu tržišta, ali i kao marketinški instrument, jer niske cijene privlače kupce, a proizvođači koji mogu ostvariti veliku ekonomiku obujma su ih u stanju ponuditi te na taj način maksimizirati svoj profit, ujedno stvarajući sve veću polarizaciju tržišta. U novije vrijeme, pojavom društvenih mreža, koje omogućuju brz protok informacija prema velikom broju ljudi, cijene su postale i značajan komunikacijski faktor, o čemu su istraživanje proveli Marco Bertini i John T. Gourville: Promatrajući formiranje cijena od strane pojedinih kompanija, pratili su reakciju potrošača na te cijene, kao i poslovne rezultate poduzeća u nadolazećem vremenu.

Primjerice, Bank of America uvela je 2011. godine mjesečnu naknadu od pet dolara za debitne kartice, što je izazvalo veliki revolt klijenata banke. Uvidjevši to, banka je ukinula navedenu naknadu, što nije spriječilo trend zatvaranja računa u toj banci, jer je broj zatvorenih računa krajem 2011. godine bio za 20% veći u odnosu na isti period u prethodnoj godini. Ovaj primjer pokazuje da kupci ne propituju kritički samo cijene, nego i način funkcioniranja cjelokupnog poduzeća, jer ono putem cijene komunicira određene ciljeve i vrijednosti za koje se zalaže.¹

Cilj ovoga rada jest izložiti elemente i oblike diskriminacije u cijenama, kao i teškoće na koje zakonodavci i sudska praksa nailaze pri identifikaciji nekih ponašanja kao zabranjenih. Pri tome će najprije biti riječi o pravu antitrusta SAD-a, kao prvog modernog sustava zaštite tržišnog natjecanja. Zatim će biti prikazan sustav reguliranja diskriminacije u cijenama u pravu EU, uz prikaz pojedinih oblika diskriminacije kroz primjere iz sudske prakse, koja ima veliko značenje pri utvrđivanju elemenata pojedinih oblika diskriminacije, kao i pri tumačenju pravnih pravila. Nakon toga slijedi kratak prikaz slučajeva diskriminacije u cijenama u sudskoj praksi Republike Hrvatske.

¹ <https://hbr.org/2012/06/pricing-to-create-shared-value> (18.10.2022.)

2. Diskriminacija u cijenama u pravu antitrusta SAD-a

Prvi propisi iz područja zabrane tržišnog natjecanja pojavljuju se u SAD-u, počevši sa Shermanovim zakonom iz 1890., čiji je cilj bio spriječiti jačanje *trustova*, svojevrsnih konglomerata koji su generirali gospodarsku snagu. *Trustovi* su predstavljali sporazume u kojima bi dioničari pojedinih poduzeća prenijeli svoje udjele na povjerenike, te bi zauzvrat dobili ispravu koja ih ovlašćuje na sudjelovanje u dobiti. Povjerenici su također upravljali *trustom*, na način da su imenovali članove uprave sastavnih društava i određivali dividende. Prvi i najpoznatiji primjer *trusta* je *Standard Oil Trust*, osnovan 1882. godine, koji se bavio proizvodnjom, preradom i transportom nafte. Ovakav oblik organizacije krajem 19. stoljeća značajno je narušio regularnost tržišnog natjecanja, što je dovelo do donošenja Shermanovog zakona.² Normativna rješenja Shermanovog zakona bila su vrlo kruta, budući da je bio zabranjen gotovo svaki oblik komuniciranja među poduzećima, poput ugovora o suradnji.

U pogledu diskriminacije u cijenama značajan je Claytonov zakon iz 1914., kasnije izmijenjen *Robinson-Patman Actom* (RPA) iz 1936., koji brani „osobi koja se upušta u trgovinu, neposredno ili posredno, diskriminiranje u cijenama između različitih kupaca robe slične vrste ili kakvoće..., kada je mogući učinak takve diskriminacije značajno umanjenoje tržišnog natjecanja ili stvaranja monopola u bilo kojoj grani trgovine...“³, pri čemu je bitno naglasiti da „RPA ne utvrđuje postojanje tržišne snage prodavatelja kao pretpostavku povrede tržišnog natjecanja“.⁴ Daljnji uvjeti koji moraju biti ispunjeni kako bi došlo do primjene RPA su da se radi o razmjeni robe, jer usluge nisu obuhvaćene ovim zakonom, te se mora raditi o transakciji koja prelazi okvire jedne savezne države. Isto tako, važno je da je tužitelj u mogućnosti dokazati da je u konkretnom pravnom poslu došlo do povrede tržišnog natjecanja, što je u doba veće složenosti pravnih poslova postalo vrlo teško. Stoga je od 1980-ih godina

² <https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act> (7.12.2022.)

³ Čl. 2., točka a) Claytonovog zakona izmijenjenog Robinson-Patmanovim zakonom, u prijevodu Vedrana Šoljana

⁴ Vedran Šoljan: *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja* Europske zajednice, Zagreb, 2004., str. 346

do danas značajno smanjen broj presuda u kojima su tuženici proglašeni krivima temeljem povrede RPA.⁵

Također važan element za razumijevanje diskriminacije u cijenama do danas je klasična podjela na diskriminaciju prvog, drugog i trećeg stupnja, nastala 1920-tih godina pod utjecajem Arthura C. Pigoua, a vrlo prisutna i u modernoj doktrini. Hal Varian, poznati sveučilišni profesor i ekonomist u Google-u, tako kao diskriminaciju prvog stupnja opisuje onu u kojoj prodavatelj prodaje neku robu svakome kupcu po individualno određenoj cijeni, koja se formira temeljem maksimalne volje kupca za kupnjom nekog proizvoda. Drugim riječima, prodavatelj je sposoban prepoznati maksimalnu cijenu koju je pojedini kupac spreman platiti za neku robu. Diskriminacija drugog stupnja bila bi ona koja bi se odnosila na količinu kupljene robe, na način da potrošači ne bi bili diskriminirani temeljem vlastitih subjektivnih obilježja, nego isključivo po količini kupljene robe. Klasičan primjer ove pojave bili bi količinski popusti. Diskriminacija trećeg stupnja obuhvaćala bi situaciju u kojoj se različitim kupcima naplaćuju različite cijene, pri čemu svaki kupac plaća stalni iznos za svaku jedinicu kupljenog proizvoda, npr. naplaćivanje različitih cijena ulaznica različitim danima u tjednu.⁶ Ova teorija, iako vrlo praktično ukazuje na mogućnost selekcije kupaca, ipak ne daje odgovor na pitanje što diskriminaciju čini zabranjenom, jer se kod svakog od tri pojavna oblika može raditi o ponašanju koje je tržišno prihvatljivo.

Pitanjem koje je ponašanje na tržištu prihvatljivo, a koje ne u SAD-u se bavi *Federal Trade Commission* (FTC), agencija osnovana 1914. godine temeljem *Federal Trade Commission Acta*, a sastoji se od pet članova, od kojih maksimalno dva smiju biti pripadnici iste političke stranke, te imaju sedmogodišnji mandat. Zadaća FTC-a sastoji se u provođenju istraga, prikupljanju informacija i sastavljanju izvješća o povredama tržišnog natjecanja. U svojoj ranoj fazi Komisija se bavila nepravilnostima vezanim uz izvoz, trgovanje dionicama, regulacijom preprodajnih cijena te nadzorom nad nekim specifičnim djelatnostima kao što je pakiranje robe za transport. Pripale su joj nadležnosti kontrole nad provedbom Claytonovog zakona u pogledu diskriminacije u cijenama, vertikalnih aranžmana, kao i nadzora nad utjecajem koji čelnici jednog poduzeća imaju u drugima poduzećima.⁷ Protekom vremena uloga FTC-a se mijenjala, pa su tako 1920-te godine obilježene utjecajem Vrhovnog suda na određivanje nadležnosti Komisije. Primjerice, u predmetu *FTC protiv Eastman Kodaka* iz

⁵ <https://legal.thomsonreuters.com/blog/robinson-patman-act-and-what-it-means-for-today/> (7.12.2022.)

⁶ Hal R. Varian: *Price discrimination*, str. 600

⁷ *A Brief History of the Federal Trade Commission, FTC 90th Anniversary Symposium*, str. 6, preuzeto sa [https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/ftc-90-symposium/90thanniv_program.\(24.10.2022.\)](https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/ftc-90-symposium/90thanniv_program.(24.10.2022.))

1927. Sud je zauzeo stav da Komisija nije ovlaštena preispitivati zakonitost spajanja trgovačkih društava, kao niti izdavati naloge za oduzimanje imovine.⁸

Sa stajališta pravne znanosti značajna je odluka Vrhovnog suda u slučaju *Maple Flooring Manufacturers' Association protiv SAD-a* iz 1925. godine, kada je Sud prvi put utemeljio odluku u sferi *antitrusta* na citatu iz znanstvenog rada profesora Harlana Stonea sa Sveučilišta u Columbiji, koji je naglasio važnost informacija kao elementa koji proizvođačima omogućuje donošenje kvalitetnijih odluka o proizvodnji i formiranju cijena.⁹

Nakon Velike gospodarske krize iz 1929. godine, uslijedila je politika New Deala koja je označila jačanje državnog intervencionizma i strogu regulaciju tržišta, što je smanjilo intenzitet djelovanja FTC-a narednih godina.¹⁰

Što se tiče diskriminacije u cijenama, najvažniji zakon za njezino sankcioniranje ostaje RPA. Važan sudski slučaj vezan za njegovo tumačenje je predmet *FTC protiv Morton Salta* iz 1948. godine. Radi se o proizvođaču različitih vrsta kuhinjske soli, od kojih najkvalitetnija nosi tzv. „Plavu oznaku“. Sol s „Plavom oznakom“ proizvođač je prodavao veletrgovcima, preprodavačima i trgovcima na malo, formirajući pri tome sustav popusta koji je bio nominalno jednak za sve. Za kupnju jednog vagona soli kupcu bi bio odobren popust od 5%, za kupnju soli u vrijednosti preko 50 000 dolara popust je iznosio 10%. Kupnju u toj vrijednosti trgovac na malo nikako nije mogao ostvariti. Veliki trgovački lanci tako su ostvarili mogućnost prodaje soli s „Plavom oznakom“ po manjoj cijeni od trgovaca na malo te su, po mišljenju Komisije, ostvarili prednost nespojivu s RPA. Tuženik se branio argumentom da su „njegovi standardni količinski popusti dostupni svima pod jednakim uvjetima, te za razliku od, primjerice, skrivenih ili posebnih rabata, naknada, cijena ili popusta, nisu diskriminatorni u smislu RPA.“¹¹ Sud je u obrazloženju presude naveo da su „popusti teoretski dostupni svima, ali funkcionalno nisu. Jer kao što zapis pokazuje, niti jedna maloprodajna trgovina nije kupila soli u vrijednosti 50 000 dolara ... Zakonodavna povijest RPA posve jasno pokazuje da je Kongres smatrao lošim to što veliki kupac može osigurati konkurentsku prednost nad malim kupcem samo zbog svoje sposobnosti kupnje velikih količina robe. RPA donesen je kako bi se velikom kupcu oduzele takve prednosti, osim u onoj

⁸ *Ibid.*, str. 7

⁹ William E. Kovacic and Carl Shapiro: *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, str. 47

¹⁰ *A Brief History of the Federal Trade Commission*, *op. cit.* u bilj. 5, str. 7

¹¹ 334 U.S. 37 (1948) – argumentacija tuženika, točka 1., preuzeto sa <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/37/> (25.10.2022.)

mjeri u kojoj se niža cijena mogla opravdati troškovima prodavatelja glede količine proizvodnje, isporuke ili prodaje, ili prodavateljevom naporom da se zadovolji jednako niska cijena konkurenta“.¹² Iako je rečeno da RPA ne utvrđuje tržišnu snagu prodavatelja kao element narušavanja tržišnog natjecanja, kroz sudsku praksu postaje vidljivo da ona može biti alat pomoću kojega se indirektno utječe na formiranje cijena, a vidljiva je i uloga Vrhovnog suda kao tumača nedovoljno konkretnih normi.

Primjer iz novije povijesti, koji pokazuje potrebu za preispitivanjem RPA je slučaj *Volvo Trucks North America, Inc. protiv Reeder-Simco GMC* (u daljnjem tekstu Reeder). Reeder je bio jedan od mnogih ovlaštenih distributera Volvovih kamiona diljem SAD-a. Sustav je funkcionirao tako da bi distributeri preispitali određene specifične zahtjeve svojih kupaca, nakon čega bi zatražili ponudu od Volva, koji je u određenim slučajevima odobravao različite vrste popusta. Ti popusti bili su individualno određeni, ovisno o stanju robe na skladištu, geografskom položaju distributera i drugim kriterijima. U jednom trenutku Volvo je odlučio proširiti područje djelovanja pojedinih distributera, pri čemu bi se njihov broj smanjio za gotovo polovicu. Reeder je, promatrajući kako Volvo prodaje kamione drugim distributerima uz veće popuste, shvatio da je on jedan od partnera s kojima je predviđen prekid suradnje, te je tužio Volvo za diskriminaciju u cijenama temeljem RPA. Argumentacija Volva temeljila se na shvaćanju da Reeder nema status kupca u smislu RPA, a situacija konkurentskog nadmetanja među distributerima ne ulazi u sferu primjene tog zakona. Vrhovni sud presudio je u korist Reedera, navodeći u presudi da je „ Reeder dokazao da je kupac u smislu RPA, na način da je uspješno dokazao kupnju kamiona temeljem prihvaćenih ponuda u četiri navrata, što ga dovodi pod primjenu ovoga Zakona. Sud je također razumno mogao zaključiti da se Reeder nalazio u situaciji natjecanja u trenutku formiranja diskriminatornih cijena, te je zaključio da je Reeder dokazao povredu tržišnog natjecanja temeljem činjenica da je 1) Volvo težio smanjenju broja svojih partnera, 2) Reeder nije sklopio ugovor za koji se natjecao s drugim partnerom Volva, 3) Reeder mogao ostvariti veći profit da je dobio popuste kakvi su odobravani drugim partnerima, te da je 4) Reeder zabilježio pad prodaje kroz naredni period“.¹³ Ova odluka Vrhovnog suda vrlo je kontroverzna, zato što o dosegu primjene RPA postoje različite interpretacije. Tako je u donošenju odluke izdvojeno mišljenje iznijela sutkinja Ruth Bader Ginsburg, koja navodi kako „ državno pravo stvoreno radi zaštite franšiza

¹² *Ibid.*, – obrazloženje presude, točka 1.

¹³ *Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc.*, 546 U.S. 164 (2006), preuzeto sa <https://www.justice.gov/atr/case-document/brief-united-states-amicus-curiae-supporting-petitioner-0> (26.10.2022.)

u ovome slučaju može pružiti zaštitu i to čini, no RPA ne obuhvaća slučaj koji je Reeder izložio. Zakon je prvenstveno namijenjen diskriminaciji u slučajevima koji obuhvaćaju natjecanje između različitih kupaca za preprodaju kupljenog proizvoda. Takvo natjecanje u pravilu ne obuhvaća situaciju u kojoj se proizvod koji je predmet narudžbe kupuje putem postupka nabave specifičnog za nekog kupca¹⁴.

U kontekstu američkog prava antitrusta, pogotovo glede njegove modernizacije, važno je spomenuti rad tzv. Čikaške škole 1970-tih godina, čiji su predstavnici Richard Posner, Frank Easterbrook, Ernest Gellhorn i drugi. Riječ je mahom o odvjetnicima s izraženim smislom za ekonomiju, koji su svojim analitičkim pristupom temeljem mnogobrojnih odluka iz sfere prava tržišnog natjecanja formirali operativna načela, koja su dovela do liberalizacije tržišta i omogućila poduzetnicima slobodnije formiranje cijena i provedbu marketinških aktivnosti.¹⁵

3. Diskriminacija u cijenama u pravu Europske unije

U pravu EU diskriminacija u cijenama normirana je u točki c) članka 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU), koji ovu povredu opisuje kao „primjenu nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju“.¹⁶ Istovrsnost ili ekvivalentnost poslova pri tome označava opravdanost prodaje nekog proizvoda različitim kupcima po različitim cijenama. Ako bi, primjerice, stavljanje nekog proizvoda ili usluge na raspolaganje potrošaču u državi B izazivalo veće troškove nego u državi A, primjerice zbog većih troškova prijevoza, porezne politike države B ili pokvarljivosti robe, razlika u cijeni bi bila opravdana. Zahtjev ekvivalentnosti također bi bio povrijeđen ako bi prodavatelj naplaćivao istu cijenu različitim kupcima, iako bi troškovi stavljanja proizvoda na tržište za njega bili različiti. Postoji niz drugih okolnosti koje mogu utjecati na usporedivost troškova, kao što su sezonska prodaja,

¹⁴*Ibid.* – Opinion (Ginsburg)

¹⁵ William E. Kovacic and Carl Shapiro, *op. cit.* u bilj. 9, str. 53-54

¹⁶ Ugovor o funkcioniranju Europske unije, čl. 102. točka c), Službeni liste Europske unije C 202/47

platežna moć kupaca, različitost oblika plaćanja ili promjena tržišne vrijednosti proizvoda.¹⁷ Pitanjem ekvivalentnosti poslova bavio se Europski sud u predmetu *Tetra Pak International protiv Komisije*. Navedeno poduzeće bavi se proizvodnjom aseptičkih strojeva i kartona za pakiranje tekuće hrane, te je Sud ocijenio da je poduzeće zlorabilo svoj vladajući položaj na tržištu u razdoblju od 1976. do 1991. godine. Što se tiče utvrđivanja položaja tog poduzeća kao vladajućeg, sud navodi sljedeće: „Ispitivanje mogućeg vladajućeg položaja na tržištu može se tek poduzeti kada je utvrđeno da u pogledu određenih proizvoda postoji zasebno tržište, koje se razlikuje od ostalih sektora općeg tržišta. U tu svrhu je tržište određenih proizvoda potrebno utvrditi na takav način da se može procijeniti stvarna gospodarska moć pojedinog poduzetnika. Također bi trebalo utvrditi je li konkretno poduzeće u značajnoj mjeri neovisno od svojih konkurenata, distributera i potrošača, te je potrebno razjasniti koji proizvodi, bez da su zamjenjivi drugima, ne samo temeljem svojih objektivnih obilježja, služe zadovoljavanju nepromijenjenih potreba“.¹⁸ Budući da je primjenom tih kriterija jasno kako se Tetra Pak nalazio u vladajućem položaju, jer niti jedno drugo poduzeće nije bilo u posjedu proizvoda koji bi kvalitetom i dostupnošću zadovoljilo zahtjeve potrošača na području tržišta aseptičkih strojeva i kartona za pakiranje tekuće hrane, postoji mogućnost povrede zahtjeva ekvivalentnosti poslova. Snažna prisutnost na zasebnom tržištu te ekonomska moć omogućuju vladajućem poduzetniku formiranje cijena protivno tom zahtjevu. Tako je Tetra Pak na području Italije u razdoblju od 1976. do 1986. prodavao aseptičke strojeve nekim kupcima po većim cijenama nego drugima. Sud naglašava da „kako između strojeva i kartona, na što je Sud već ukazao, ne postoji neodvojiva povezanost, praksa naplaćivanja strojeva sa značajnom razlikom u cijenama prema pojedinim kupcima svakako je diskriminatorna, bez da, kako naglašava tužitelj, cijena cjelokupnog sustava pakiranja mora biti uzeta u obzir u cijelosti, zajedno s cijenom kartona“.¹⁹ Prodavatelj je dakle, kartone zasebno prodavao po većim cijenama, želeći da svaki kupac koristi njegov cjelokupni sustav pakiranja. Takva praksa bila bi obuhvaćena člankom 102. stavkom c) UFEU. Tetra Pak bi morao dopuštati da svaki kupac u Italiji po jednakoj cijeni može osigurati kartone za pakiranje, neovisno o strojevima za pakiranje. Još jedan kriterij koji ova presuda ističe kao važan za povredu zahtjeva ekvivalentnosti je sklapanje većeg broja poslova u nekoj geografskoj cjelini pod različitim uvjetima. Sud ističe da „prodavatelj mora pružiti uvjerljive argumente koji opravdavaju te

¹⁷ V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, D. Akšamović, M. Liszt: Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora, Zagreb, 2021., str. 356

¹⁸ T-83/91 *Tetra Pak International protiv Komisije EZ*, presuda od 6.10.1994., str. II-757 i II-758, preuzeto sa <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=103051&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1212753> (27.10.2022.)

¹⁹ *Ibid.*, str. II-757-758

razlike“.²⁰ U ovome slučaju Tetra Pak je morao platiti veliku novčanu kaznu zbog kršenja tadašnjeg Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici. Međutim, postavlja se pitanje što bi se dogodilo kada bi, primjerice, strojeve za pakiranje hrane prodavalo jedno trgovačko društvo, a kartone neko povezano društvo ? U kojoj bi mjeri ta društva morala biti povezana da bi se pravila o zaštiti tržišnog natjecanja EU primjenjivala u tome slučaju ? Također treba imati na umu da razvojem trgovine putem interneta geografska određenost nekog tržišta sve više gubi na važnosti, jer svjedočimo trendu unifikacije propisa, kao i liberalizaciji carinskog režima.

Belgijski pravnici Damien Gerardin i Nicolas Petit kao daljnje elemente čije je postojanje nužno kako bi neko ponašanje predstavljalo diskriminaciju u cijenama navode sustavnost i postojanost, što podrazumijeva postojanje određene razine tržišne moći prodavatelja, koji u slučaju njezinog nedostatka ne bi mogao naplatiti cijenu veću od one koju nudi konkurencija. Pri tome se prodavatelj ne mora nalaziti u vladajućem položaju. On također mora posjedovati razinu informiranosti koja mu omogućuje razvrstavanje kupaca ovisno o tome koliko su spremni platiti pojedinačno određeni proizvod. Isto tako, prodavatelj mora raspolagati mehanizmima koji sprječavaju kupce koji plaćaju nižu cijenu za neki proizvod u preprodaji proizvoda onima koji plaćaju višu cijenu.²¹

Važno obilježje diskriminacije u cijenama jest učinak stavljanja različitih poslovnih partnera u nejednak položaj na tržištu.²² Stav u tome pitanju Sud EU-a zauzeo je u predmetu *British Airways (BA) protiv Komisije*. Najveći zrakoplovni prijevoznik u Velikoj Britaniji organizirao je prodaju karata putem posrednika temeljem specifičnog sustava premija, koji je posrednicima koji bi prodali karte BA-a u vrijednosti preko 500 000 funti godišnje osiguravao dodatne novčane bonuse. Drugi kriterij koji je osiguravao bonuse bio je postotak prodanih BA karata unutar prihoda posredničke kompanije. Sud je zaključio da „takav diskriminatorski sustav premija utječe na mogućnost turističkih posrednika da se pri pružanju usluga zrakoplovnog prijevoza putnicima upuste u međusobno tržišno natjecanje i pobude zanimanje konkurentskih zrakoplovnih prijevoznika u pogledu pružanja takvih usluga“.²³ British Airways se branio tvrdnjom da za primjenu članka 82. stavka 2. točke c) UEZ (današnji članak 102. UFEU) nije dovoljna sama konstatacija otežanog ulaska u tržišno natjecanje turističkih posrednika, nego bi bio potreban konkretan dokaz o negativnom utjecaju sustava

²⁰*Ibid.*, str.II-755

²¹ D. Gerardin, N. Petit: Price discrimination under EC competition law, 2006., str. 3-4

²² Butorac Malnar *et al.*, *op. cit.* u bilj. 17, str. 356

²³ British Airways protiv Komisije, 2007, str. I-2381, preuzeto sa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0095&from=ENN> (14.11.2022.)

premija na njihovu tržišnu poziciju. Sud je konstatirao da su „uvjeti za primjenu članka 82. stavka 2. točka c) ispunjeni samo u slučaju da se utvrdi, da ponašanje vladajućeg poduzetnika nije samo diskriminirajuće, nego ima i za svrhu iskrivljavanje tržišnih odnosa, što znači negativan utjecaj na tržišnu poziciju jednog od trgovinskih partnera u odnosu na ostale“.²⁴ Za primjenu članka 102. stavka 2. točke c) UFEU-a dakle, nije potrebno dokazati da se tržišna pozicija trgovinskog partnera pogoršala, što je vrlo razumljiva odluka Suda, budući da bi dokazivanje utjecaja pojedine mjere vladajućeg poduzetnika na poslovne rezultate trgovinskog partnera zahtijevalo velike materijalne i vremenske troškove, što bi bilo protivno načelu ekonomičnosti kao općem procesnom načelu.

Kao i u pravu antitrusta SAD-a, i u pravu EU ključnu ulogu u određenju pojma diskriminacije u cijenama imaju sudske presude. One, primjenjujući opću pravnu normu i pravna načela na konkretne društvene odnose, tumače pravne institute na način koji najviše odgovara potrebama konkretnog društva. Na taj način kristalizirali su se i pojedini oblici diskriminacije u cijenama, o kojima će biti riječ u nastavku.

4. Oblici diskriminacije u cijenama

4.1. Diskriminacija u cijenama podjelom tržišta

Diskriminacija u cijenama podjelom tržišta predstavlja pojavu u kojoj vladajući poduzetnik, koristeći specifičnu elastičnost potražnje pojedinog tržišta, tj. spremnost potrošača na pojedinom području da plate neki proizvod po određenoj cijeni, naplaćuje različite cijene na različitim geografskim područjima. To nije zabranjeno samo po sebi, jer je pravo svakog poduzetnika procijeniti cijenu koju neko tržište može podnijeti. Međutim, ako se granica pojedinog tržišta poklapa s granicom države, i zbog te aktivnosti vladajućeg poduzetnika tržišna aktivnost postane otežana, riječ je o zlouporabi vladajućeg položaja.²⁵ Najpoznatiji sudski predmet koji se bavi ovom vrstom povrede je *United Brands Company (UBC) protiv*

²⁴ *Ibid*, str. I-2422

²⁵ Butorac Malnar *et al.*, *op. cit.* u bilj. 17, str. 361

Komisije, u kojemu je presuda donesena 1978. godine. UBC, kao utjecajan poduzetnik na tržištu prodaje banana, iste je prodavao diljem EU (u trenutku donošenja presude EZ) putem različitih distributera, pri čemu banane nisu smjele biti dalje prodavane u stadiju nedovoljne dozrjelosti. Pri tome su se cijene, koje su se utvrđivale na tjednoj razini, znatno razlikovale s obzirom na državu članicu u kojoj su kupci obavljali svoju poslovnu djelatnost.²⁶ Za područje Republike Irske postojao je izuzetak, jer dostavu na to tržište UBC vršio izravno, što je dovelo do znatne razlike prema cijenama isporuke u Bremerhavenu i Rotterdamu, gdje su distributeri preuzimali robu. Između tržišta Irske i Belgije utvrđena je razlika u cijenama od 80%. Navedenu zabranu prodaje banana u nedozrjelom stanju, poznatu kao „klauzulu zelenih banana“, kao i formiranje cijene ovisno o geografskoj lokaciji kupaca, Komisija je ocijenila povredom članka 82. UEZ.²⁷

Sud je u svojoj odluci zauzeo stajalište da se zlouporaba vladajućeg položaja može sastojati u primjeni pretjerane cijene, koja nije u prikladnom razmjeru prema gospodarskoj vrijednosti ispunjene činidbe; takav nesrazmjer mogao bi se objektivno utvrditi usporedbom troškova prodaje i proizvodnih troškova, iz čega bi proizašla visina dobiti“.²⁸ Što se tiče tzv. „klauzula zelenih banana“, one su trgovinu „unutar jedne države ili među državama članicama učinile gotovo nemogućom, te imaju učinak sličan zabrani izvoza“.²⁹ UBC je u svoju obranu iznio argument da se odnos ponude i potražnje razlikuje na različitim tržištima, te da je pravo svakog poduzetnika da određuje cijene sukladno uvjetima na tržištu. Sud je ocijenio da taj argument u konkretnoj situaciji nije prihvatljiv, jer je UBC dostavu robe krajnjim konzumentima vršio putem distributera, koji su rizik tržišnog natjecanja preuzeli na sebe.³⁰ Činjenica da je UBC svojim kupcima redovito dostavljao manje količine robe od naručenih govori u prilog tvrdnji da je time želio spriječiti njihovu gospodarsku aktivnost izvan ugovornih odnosa s tim poduzećem, ili ih barem svesti na najmanju moguću mjeru.

UBC svoj je vladajući položaj također zlorabio na način da je obustavio slanje svojih banana danskom poduzeću Olesen, uz objašnjenje da je ono sudjelovalo u marketinškoj kampanji tržišnog konkurenta. Olesen se obratio drugim distributerima u Danskoj, kao i njemačkoj

²⁶ *United Brands Company and United Brands Centinaal BV protiv Komisije Europskih zajednica*, br. 27/76 (1978.), str. 217, preuzeto sa

<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=BB7D54E33B17DBA205A376AC1CC3F4C2?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=332198> (16.11.2022.)

²⁷ Šoljan, *op. cit.* u bilj. 4, str. 351

²⁸ *United Brands Company and United Brands Centinaal BV protiv Komisije Europskih zajednica*, br. 27/76, str. 209, točka 9.

²⁹ *Ibid*, str. 207, točka 135.

³⁰ *Ibid*, str. 301-302

grupaciji Scipio sa sjedištem u Hamburgu, kako bi dobavio banane u nedozrjelom stanju. Sva poduzeća na upite su odgovorila negativno. Olesen je na taj način izgubio dio kupaca i pretrpio gospodarske gubitke, između ostalog i zbog neiskorištenosti skladišnog prostora. Zbog obustave pošiljki tom distributeru i nastanka gospodarske štete, isti je bio primoran više ne prodavati i distribuirati banane konkurentskih poduzeća. Na taj način UBC je glavne posrednike zadržao u svom distribucijskom sustavu.³¹

Ovaj sudski slučaj ukazuje na brojnost načina na koje vladajući poduzetnik može utjecati na tržište. U ovome slučaju to se s jedne strane događa formiranjem različitih cijena za isporuku robe iste kvalitete u istu luku različitim distributerima, vodeći računa o elastičnosti potražnje pojedinog tržišta. Na taj način tržišta se formiraju na nacionalnoj razini, što je protivno ideji zajedničkog tržišta koju se zagovara unutar europskih integracija. S druge strane, vladajući poduzetnik može djelovati na tržišni položaj nekog subjekta ne samo formiranjem cijena, nego i kreiranjem uvjeta zbog kojih se tom subjektu otežava suradnja s trećima.

U predmetu *Irish Sugar protiv Komisije* također je prisutan element diskriminacije u cijenama podjelom tržišta, no u ovome slučaju osnova diskriminacije nije elastičnost potražnje pojedinog tržišta, nego zaštita domaćeg tržišta od strane konkurencije.

Irish Sugar je irski proizvođač šećera, čiji je tržišni udio u cjelokupnom tržištu šećera Republike Irske iznosio 85% za 1985. godinu. Njegovi kupci uglavnom su mali trgovci. Ovisno o kretanju cijena povremeno je dolazilo do uvoza šećera iz Sjeverne Irske, iako je i taj šećer velikim dijelom proizvodio Irish Sugar. Iz poslovnih knjiga Irish Sugara proizlazilo je da su kupci u otprilike po polovici udjela veliki i mali trgovci, ali da postoji trend rasta malih trgovaca u ukupnom udjelu. Važno je naglasiti kako oznaka „irish“ ima veliko značenje pri odabiru potrošača.³² U odnosu na kupce koji su poslovali u blizini granice sa Sjevernom Irskom Irish Sugar je formirao sustav popusta koji nije bio utemeljen na ekonomskim pokazateljima, zbog čega mu je izrečena novčana kazna od strane Europske komisije (tada Komisija Europskih zajednica).³³

Irish Sugar zbog novčane je kazne pokrenuo tužbu pred Europskim sudom, te je naveo kako je pretpostavka kršenja članka 86. UEZ da se radi o poduzetniku u vladajućem položaju. Budući da je formalna odluka o tužitelju kao vladajućem poduzetniku izostala, isti je smatrao

³¹ *Ibid*, str. 221, točka d)

³² Odluka Komisije od 14. svibnja 1997.- *Irish Sugar plc*, 97/624/EZ, L 258/4, točka 23., Službeni list Europskih zajednica od 22. rujna 1997. godine

³³ *Ibid*, točka 54.-70.

kako nema osnove za izricanje novčane kazne. Sud je konstatirao da je samom činjenicom izricanja novčane kazne temeljem članka 86. UEZ Komisija utvrdila postojanje vladajućeg položaja.³⁴ O ovome pitanju možda bi ipak trebao odlučivati Sud, jer ako je postojanje vladajućeg položaja bitna pretpostavka za kršenje pravila tržišnog natjecanja, a odluka o njegovom postojanju je povjerena samo Komisiji, pitanje je raspolaže li Sud nekim mehanizmom kojim bi mogao otkloniti nepravilan sud po tom pitanju. U najmanju ruku, pravnoj sigurnosti bi pridonijela formalna odluka Komisije čiji bi postupak osporavanja bio normiran.

Ovaj predmet ukazuje na važnost Europskog suda kao institucije koja štiti zajedničko tržište kao jednu od temeljnih ideja europske integracije. Vrlo je logičan zaključak da je Irish Sugar uspostavljeni sustav popusta uz granicu sa Sjevernom Irskom financirao pomoću dobiti koju je ostvarivao na drugim geografskim područjima, na kojima je šećer prodavao po višoj cijeni. Iako se takav potez iz perspektive vladajućeg poduzetnika čini ekonomski opravdanim, jer štiti vlastitu tržišnu poziciju, ovo ponašanje po shvaćanju Europskog suda nije prihvatljivo, jer zajedničko tržište podrazumijeva mogućnost participacije svih sudionika pod jednakim uvjetima, neovisno o državi članici iz koje dolaze. Članak 106. st. 2 UFEU (bivši članak 86. UEZ) brani poduzećima koja se nalaze u položaju monopola da utječu na razvoj trgovine suprotno interesima Unije.³⁵ Budući da je jedan od osnovnih interesa Unije uspostava i održavanje zajedničkog tržišta, iz navedenog članka proizlazi odgovornost poduzetnika u vladajućem položaju da na svojem području djelovanja očuvaju regularnost tržišnog natjecanja.

4.2. Selektivno snižavanje cijena

Selektivno snižavanje cijena (*selective price cutting*) je oblik diskriminacije u cijenama koji se sastoji u tome da vladajući poduzetnik neki svoj proizvod ili uslugu nudi po povlaštenoj cijeni samo određenoj skupini kupaca. Cilj takve strategije jest privući kupce konkurentskog

34 Irish Sugar protiv Komisije, odluka br. T-228/97, 7. listopada 1999. godine, str. II-2982 – II-2983, preuzeto sa <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&jur=C,T,F&num=T-228/97> (19.11.2022.)

35 Ugovor o funkcioniranju Europske unije, čl. 106. st. 2., Službeni liste Europske unije C 202/47

poduzeća, kako bi se isto eliminiralo iz tržišne utakmice. Negativni učinci takvog ponašanja na vlastite kupce je rizik koji vladajući poduzetnik pri tome uzima u obzir.³⁶ Pri tome je važno uočiti razliku između predatornih cijena i selektivnog snižavanja cijena; dok je cilj predatornih cijena eliminirati konkurenta putem pretjerano niskih cijena, kod selektivnog snižavanja cijene proizvoda ili usluga nisu manje od troškova proizvodnje.³⁷

Elementi selektivnog snižavanja cijena prisutni su u predmetu *Irish Sugar*, jer je vladajući poduzetnik u tome slučaju nudio popuste kupcima koji su bili izloženi proizvodima sa tržišta Sjeverne Irske, iako je njegov cilj bio zadržati vlastite kupce, a ne preoteti tuđe.

Za ovaj oblik diskriminacije značajna je sudska presuda u slučaju *Compagnie Maritime Belge*. Riječ je o holding tvrtki koja se bavila upravljanjem i organizacijom prijevoza u pomorskoj trgovini, a bila je dio udruženja *Associated Central West African Lines* (CEWAL). Ta tvrtka koordinirala je prijevoz robe iz europskih država prema Zairu (današnja Demokratska Republika Kongo) i Angoli.³⁸ Nakon što je Komisija utvrdila postojanje konkretnog tržišta, zaključila je da se članovi udruženja CEWAL zajednički nalaze u položaju vladajućeg poduzetnika, te da su u svome poslovanju primjenjivali niz nedopuštenih praksi. CEWAL je mijenjao iznose svojih vozarina određenih za istu vrstu robe i istu rutu plovidbe, kako bi imali cijene niže od svojih konkurenata (tzv. *fighting ships* taktika).³⁹ Postavljalo se pitanje radi li se u ovome slučaju o predatornim cijenama. Tužitelj se branio tvrdnjom da su njegove cijene bile niže samo od jednog određenog konkurenta (kojega je bio cilj eliminirati iz tržišne utakmice). Sud je procijenio da, iako nije riječ o predatornim cijenama, jer je CEWAL svoje vozarine prilagođavao samo jednom konkurentu, pri čemu iznosi njegovih vozarina nisu bili manji od onih nekog trećeg poduzeća, ipak postoje elementi zlouporabe vladajućeg položaja, jer je tržišni udio CEWAL-a iznosio oko 90%. Takav položaj omogućio mu je s jedne strane formirati tako niske cijene da istisne konkurenciju s tržišta, a s druge strane ponuditi kupcima svoje ostale usluge, koje nisu ugrožene od strane konkurentskih poduzeća, po većoj cijeni.⁴⁰

³⁶ Butorac Malnar *et al.*, *op. cit.* u bilj. 17, str. 364

³⁷ *Ibid*, str. 365

³⁸ *Compagnie Maritime Belge i dr. protiv Komisije*, 1996, T-24/93, str. II-1212, preuzeto sa <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=AF101E9B02A2BDA314AFC1C8901537C7?text=&docid=103277&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2039326> (23.11.2022.)

³⁹ *Ibid*, str. II-1216

⁴⁰ *Ibid*, str. II-1245 – II-1246

U žalbenom postupku CEWAL je istaknuo da cijene njegovih vozarina nisu varirale u odnosu na korisnike, nego samo u odnosu na vrijeme plovidbe, te da su svi brodari uvijek bili jednako tretirani. Za Sud je već sama činjenica da je tužitelj imao veliku tržišnu moć, koju je koristio kako bi eliminirao određenog konkurenta iz tržišnog natjecanja, bila dovoljna da ovaj prigovor ne uvaži. Nezavisni odvjetnik Fennelly u svome mišljenju iznio je stajalište da samo snižavanje cijena od strane vladajućeg poduzetnika ne predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja, ako te cijene nemaju predatorni karakter. On ne vidi problem u samom određivanju cijena, nego u situaciji u kojoj poduzetnik koristi monopolisti ili sličan položaj kako bi selektivno određivao cijene, pri čemu mu je cilj eliminacija konkurencije. Takvo ponašanje sa stajališta monopolista ima i preventivni učinak, budući da odvraća potencijalne nove konkurente od ulaska u tržišnu utakmicu.⁴¹ Ovo stajalište je usvojio i žalbeni sud, potvrdivši novčanu kaznu *Compagnie Maritime Belgeu* i drugima.⁴²

Detaljnu analizu pitanja selektivnog snižavanja cijena Sud EU je iznio u slučaju *Post Danmark*. Riječ je o predmetu u kojemu je Vrhovni sud Danske uputio prethodno pitanje vezano uz tu problematiku. *Post Danmark* i *Frobruger-Kontakt* dva su najutjecajnija poduzeća na danskom tržištu neadresirane pošte (telefonski imenici, reklame, regionalne novine itd.). Riječ je o gospodarskoj grani koja je po danskim zakonima liberalizirana, te ne podliježe danskom zakonu o poštanskim uslugama. Iz priloženog prethodnog pitanja također je proizlazilo da je relevantno tržište za ovaj predmet tržište neadresirane pošte Kraljevine Danske.⁴³ Do 2004. godine *Frobruger-Kontakt* se nalazio u poslovnom odnosu s tri velika trgovačka lanca, temeljem kojeg je za te trgovce obavljao poslove distribucije reklamnih materijala. Nakon isteka ugovora trgovački lanac *Coop* potpisuje ugovor o obavljanju istih usluga s *Post Danmarkom*, budući da je njegova ponuda bila povoljnija, iako je vodio pregovore i s *Frobruger-Kontaktom*, koji je podnio pritužbu *Konkurrenserådetu*, danskoj Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja. Agencija je utvrdila zlouporabu vladajućeg položaja od strane *Post Danmarka*, budući da je ovaj uspostavio sustav popusta temeljenima na vjernosti te je naplaćivao različite cijene bivšim korisnicima *Frobruger-Kontakta*, bez da je za to imao opravdanje u pogledu troškova. Navedeno ponašanje za Agenciju je predstavljalo

⁴¹ *Compagnie Maritime Belge i dr. protiv Komisije*, 1996, T-24/93, mišljenje nezavisnog odvjetnika Fennellyja, 1998. godine

⁴² Odluka drugostupanjskog suda u spojenim predmetima C-395/96 P i C-396/96 P, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI:3AEU:3AC:3A2000%3A132> (11.12.2022.)

⁴³ C-209/10 *Post Danmark*, presuda od 27.3.2012., ECLI:EU:2012:172, točka 3., preuzeto sa <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8B5F3D7C84835588C12EB7DA0DAA0E16?text=&docid=121061&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=71214> (24.11.2022.)

diskriminaciju u cijenama temeljenu na prosječnim graničnim troškovima, dakle onima koji predstavljaju cijenu proizvodnje posljednje jedinice proizvoda.⁴⁴ Pri tome granični troškovi predstavljaju troškove proizvodnje posljednje proizvedene jedinice, koji ostaju isti za svaku proizvedenu jedinicu dok se krivulja ukupnih troškova kreće linearno. Budući da nije utvrdila namjeru eliminacije konkurenta s tržišta, Agencija je zaključila da nije bilo zlouporabe temeljem predatornih cijena. Nije bilo upitno da je došlo do povrede sekundarne razine tržišnog natjecanja, ali je bilo upitno postojanje primarne, zbog čega je Vrhovni sud Danske uputio prethodno pitanje Sudu EU.⁴⁵

U obrazloženju svoje odluke Sud EU stavio je naglasak na razlikovanje zlouporabe vladajućeg položaja i uobičajene tržišne utakmice. Naglasio je da svaki pokušaj eliminacije konkurenta s tržišta ne predstavlja narušavanje tržišnog natjecanja, jer treba uzeti u obzir različite kapacitete pojedinih poduzeća. Tržišno natjecanje po svojoj prirodi dovodi do toga da poduzeća koja su po svojoj prirodi manje atraktivna kupcima, jer ne zadovoljavaju njihova očekivanja u pogledu cijene, kvalitete ili nekih drugih parametara, gube tržišnu poziciju ili se ona pogoršava. Sud je također ukazao na ulogu vladajućeg poduzetnika kao subjekta koji nosi posebnu vrstu odgovornosti na tržištu na kojemu zauzima tu poziciju, jer će o njegovom ponašanju uvelike ovisiti postojanje transparentnog tržišnog natjecanja na tom području.⁴⁶ Zlouporaba vladajućeg položaja obuhvaća dakle primjenu onih metoda koje su usmjerene na eliminaciju s tržišta onog konkurenta koji je jednako efikasan i kapacitiran kao i vladajući poduzetnik. Pri ocjeni tih praksi treba uzeti u obzir sve okolnosti slučaja te utvrditi je li cilj tih metoda onemogućiti ili otežati krajnjem kupcu pristup alternativnim ponuditeljima, kao i otežava li vladajući poduzetnik pristup tržištu potencijalnim konkurentima.⁴⁷ Sud konačno zaključuje kako za procjenu radi li se o zlouporabi vladajućeg položaja ili ne nije ključno pitanje da li vladajući poduzetnik u odnosu na bivše kupce tržišnog konkurenta primjenjuje politiku niskih cijena ili ne, nego je potrebno utvrditi šteti li takvo ponašanje regularnosti tržišnog natjecanja, a time i interesima potrošača.⁴⁸

Ovi primjeri ukazuju na potrebu prepoznavanja namjere vladajućeg poduzetnika da svojom poslovnom politikom eliminira tržišne konkurente. Pri tome je distinkciju između ekonomski opravdanog i neregularnog određivanja cijena teško napraviti, jer hipotetski gledano, svaki

⁴⁴ *Ibid*, točka 6.-17.

⁴⁵ *Ibid*, točka 18.

⁴⁶ *Ibid*, točka 22.-24.

⁴⁷ *Ibid*, točka 25.-26.

⁴⁸ *Ibid*, točka 44.

potez koji pridonosi poboljšanju ekonomskih rezultata i obujma prodaje vladajućeg poduzetnika, može se protumačiti kao štetan za njegove konkurente. Navedena teškoća još je izraženija kod poduzeća kao što je Post Danmark, koji djeluje na tržištu koje je liberalizirano, ali sam svoju ekonomsku moć crpi iz razdoblja kad je bio jedini pružatelj usluga na tržištu. Za očekivati je da će takav poduzetnik koristiti svoje infrastrukturne, ljudske i druge kapacitete za očuvanje tržišnog statusa, a na konkurentskim je poduzećima da kreativnom ponudom privuku dio potrošača k sebi. Zadaća regulatornih tijela trebala bi biti osigurati ravnopravne uvjete svim dionicima tržišne utakmice, jer je namjeru eliminacije konkurenta teško razdvojiti od legitimne poslovne ambicije.

4.3. Popusti i rabati

Uvjeti sve intenzivnije tržišne aktivnosti traže od prodavatelja pronalazak kreativnih načina za približavanjem kupcima. Među te metode svakako se ubrajaju popusti i rabati. Popusti podrazumijevaju određeni iznos koji se pri kupnji nekog proizvoda odbija od prvotne cijene, za razliku od rabata koji se kupcu odobravaju retroaktivno, temeljem kupnji ostvarenih kroz određeni vremenski period.⁴⁹ Primjena sustava rabata, dakle, znači da kupac pri svakoj kupnji plaća punu cijenu proizvoda ili usluge, da bi mu prodavatelj istekom dogovorenog vremenskog razdoblja odobrio odbitak nekog iznosa.⁵⁰ Popusti i rabati sami po sebi nemaju negativan učinak, jer se radi o legitimnoj metodi tržišnog natjecanja, ali mogu imati i diskriminativni karakter. I ovdje, kao i kod selektivnog snižavanja cijena, poduzetnici u vladajućem položaju snose odgovornost za pravilno odvijanje tržišnog natjecanja. Imajući u vidu svoj visoki tržišni udio i gospodarsku snagu, vladajući poduzetnici moraju osigurati transparentnost i dostupnost svojih proizvoda i usluga svim akterima na pojedinom tržištu.⁵¹ Primjena sustava rabata može dovesti do povrede primarne i sekundarne razine tržišnog natjecanja, pri čemu bi povreda sekundarne razine označavala situaciju u kojoj vladajući poduzetnik dovodi u nejednak položaj svoje vlastite kupce ili grupe kupaca u odnosu na druge vlastite kupce, a povreda primarne razine predstavljala bi dovođenje u nejednak položaj

⁴⁹ J. Faull and A. Nikpay: *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2007., str. 381.

⁵⁰ Butorac Malnar *et al.*, *op. cit.* u bilj. 17, str. 369

⁵¹ M. Kapural: *Zloupotreba vladajućeg položaja u tržišnom natjecanju EU*, Pravo i porezi, Zagreb, 2010. godine, str. 8

konkurentskih poduzeća vladajućeg poduzetnika u odnosu na njega samoga.⁵² Kod povrede sekundarne razine, vladajući poduzetnik bi, dakle, primjenjivao rabatnu shemu na različit način za različite grupe vlastitih kupaca, dok bi povredu primarne razine predstavljao sustav rabata uspostavljen s ciljem slabljenja ili eliminacije tržišnog konkurenta.

Iz navedenoga se može zaključiti da su razine tržišnog natjecanja, iako u teoriji odvojene, u realnosti vrlo povezane, jer povreda jedne razine često za sobom povlači povredu druge. Zbog želje kupaca da ne budu diskriminirani na sekundarnoj razini, odnosno da budu među onim kupcima prema kojima će se primjenjivati povoljniji uvjeti, oni će se prikloniti vladajućem poduzetniku, što će imati nepovoljni učinak na njegove tržišne konkurente, odnosno dovesti do povrede primarne razine.

Europska Komisija u svojoj Raspravnoj knjizi o isključujućim zlouporabama radi distinkciju između bezuvjetnih i uvjetnih rabata. Bezuvjetni rabati se primjenjuju na svaku kupovinu određenih kupaca, pri čemu opseg njihove potrošnje nije važan, primjerice radi sprječavanja odlaska potrošača koji su izloženi nekom drugom tržištu. Bezuvjetni rabati se, dakle, primjenjuju na svaku kupnju, ali ne i na svakog kupca. Za razliku od njih, uvjetni su rabati oni koji nagrađuju intenzivnost potrošačkog ponašanja. Oni se mogu razlikovati ovisno o nizu faktora, kao što je broj kupnji ostvarenih u određenom vremenskom razdoblju, učinjenih usluga od strane kupca ili stupnju njegovih zadovoljenih ukupnih potreba. Odnose se na sve kupce, pri čemu je kriterij razlikovanja kupovno ponašanje.⁵⁴ Bezuvjetni rabati u pravilu nemaju negativan utjecaj na regularnost tržišnog natjecanja, iako imaju diskriminatoran karakter. Iznimka bi bila situacija u kojoj bi vladajući poduzetnik formirao cijene na predatoran način, što bi značilo da prodaje proizvod ispod cijene proizvodnje.⁵⁵ Uvjetni rabati mogu biti diskriminatorni, što ovisi o načinu na koji se definira prag kupnje potreban za odobravanje rabata. Subjektivni rabati, tj. oni koji su izraženi u postotku ukupnih potreba individualno određenog kupca, imali bi diskriminatoran karakter. Objektivni rabati, kod kojih je prag kupnje definiran na jednak način za sve kupce, u pravilu nisu diskriminatorni.⁵⁶

⁵² J. Faull and A. Nikpay, *op. cit.* u bilj. 49, str. 389

⁵⁴ Raspravna knjiga o isključujućim zlouporabama, Europska komisija, Opća uprava za tržišno natjecanje, Bruxelles, prosinac 2005., točka 137., preuzeto sa <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (25.11.2022.)

⁵⁵ Smjernice o isključujućim postupanjima Europske komisije, Službeni list C 045, od 24.02.2009., preuzeto sa <https://www.aztn.hr/uploads/documents/tn/prijevod/52009XC0224.pdf> (25.11.2022.)

⁵⁶ Raspravna knjiga o isključujućim zlouporabama

Rabati se također mogu razlikovati po tome odnose li se na cjelokupnu kupnju kroz određeni vremenski period, u kojem slučaju je riječ o retroaktivnom rabatu, ili je potrebno ostvariti kupnje preko određene razine da bi se rabat aktivirao, što se definira kao inkrementalni rabat.⁵⁷

Unatoč različitim pojavnim oblicima, negativan učinak koji rabati mogu imati na tržišno natjecanje uvijek je ograničavanje tržišnog natjecanja, jer se potrošače potiče na vjernost vladajućem poduzetniku. Unatoč tome što pravna znanost razlikuje više vrsta rabata, koji su se kristalizirali kroz sudsku praksu, vrlo je često da rabat koji neki prodavatelj nudi istovremeno sadrži elemente više kategorija.⁵⁸

Količinski rabat označava sniženje cijene koje se odobrava realizacijom unaprijed utvrđenog obujma kupnje. Sam po sebi nema zlouporaban učinak, štoviše može imati povoljne efekte na tržište, jer sam po sebi ne šteti konkurentima vladajućeg poduzetnika, budući da potrošačima preostaje mogućnost izbora između trgovca koji odobrava rabat i onoga koji to ne čini. Neovisno o tome je li rabat određen samo količinski, npr. da je za njegovu aktivaciju potrebno kupiti određeni broj proizvoda, ili i vremenski, što bi bio slučaj kada bi te kupnje bilo potrebno obaviti u dogovorenom vremenskom periodu, količinski rabati načelno ne štete regularnosti tržišnog natjecanja.⁵⁹ Tim više što je prag kupnje utvrđen na objektivan način, za sve kupce jednako. Za potrebe nekih kupaca taj standard neće biti dovoljan, dok će u odnosu na druge ta utvrđena količina i premašiti njihove potrebe. Zbog toga nije izgledno da će se količinskim rabatom općenito povećati stupanj lojalnosti kupaca. To se ipak može dogoditi ako vladajući poduzetnik standardizirani rabat postavi na način da bi se kupnjom proizvoda u toj mjeri zadovoljile potrebe većine kupaca, što bi bio slučaj kada je potražnja za nekim proizvodom kroz dulji vremenski period podjednaka, pa je vladajućem poduzetniku lako percipirati obujam potrošnje i postaviti prag kupnje, ili kada bi postavio rabatnu shemu s više pragove kupnje, uz primjenu odgovarajućih iznosa rabata.⁶⁰ Utjecaj na tržišno natjecanje također mogu imati neke druge okolnosti, primjerice postojanje više pragova za odobravanje rabata, individualiziranih rabata ili vremenski period trajanja rabata.⁶¹

U pogledu utjecaja količinskih rabata na tržišno natjecanje važna je presuda u slučaju *Michelin protiv Komisije* (poznatiji kao *Michelin II*). Francuski proizvođač automobilskih

⁵⁷ Smjernice o isključujućim postupanjima Europske komisije

⁵⁸ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 370

⁵⁹ *Ibid*, str. 371

⁶⁰ Raspravna knjiga o isključujućim zlouporabama

⁶¹ *Ibid*

guma uspostavio je tzv. „Klub prijatelja Michelin“, kako bi ostvario intenzivniju suradnju s određenim trgovcima gumama. Michelin je trgovcima odobravao rabate, a oni su mu zauzvrat omogućili uvid u svoje rezultate poslovanja, te su se obvezali na propisanu popunjenost skladišta Michelinovim gumama, kako bi potrebe kupaca u svakom trenutku mogle biti zadovoljene.⁶² Komisija je utvrdila da je taj sistem količinskih rabata bio vrlo nepovoljan za trgovce, jer se rabat ostvarivao u odnosu na cjelokupan promet za Michelinom. Kako se obračun tog prometa odvijao tek godinu dana nakon prvih kupnji, postojala je neizvjesnost oko prave jedinične cijene gume, što je tjeralo trgovce na pojačanu suradnju s Michelinom.⁶³ Sud je u izreci presude naglasio da je sustav rabata, koji se temelji na tome da neki kupac cjelokupni ili pretežiti dio svojih potreba zadovoljava isključivo kroz promet s vladajućim poduzetnikom, protivan pravilima tržišnog natjecanja.⁶⁴ Drugim riječima, što je trgovac u svome poslovanju više ovisan o rabatima koje nudi vladajući poduzetnik, to je zakonitost tržišnog natjecanja ugroženija.

U situaciji u kojoj standardizirani količinski rabat postaje zlouporaban, pojam „količinski rabat“ postaje suvišan, jer se on odnosi samo na zakonito ponašanje. Zlouporabni oblik tog ponašanja u pravnoj se znanosti smatra rabatom temeljenim na vjernosti.⁶⁵

Rabat za vjernost je onaj koji podrazumijeva lojalnost kupca vladajućem poduzetniku, koja se ostvaruje na način da se kupca uvjetuje da ne kupuje proizvode ili usluge tržišnih konkurenata. Učinak takvih rabata je sličan isključivim ugovorima o kupnji, što dovodi do zatvaranja tržišta i pogoršavanja položaja već prisutnih i potencijalnih konkurenata vladajućeg poduzetnika. Njihova primjena ovisi isključivo o tome pribavlja li kupac robu ili usluge samo od jednog poduzetnika ili više njih, što čini povredu sekundarne razine tržišnog natjecanja.⁶⁶ Pritom je nužno da se poduzetnik od kojega se kupuje nalazi u vladajućem položaju. Ugovor kojim bi se neki poduzetnik obvezao kupovati robu isključivo od drugoga, koji se ne nalazi u vladajućem položaju, ne bi imao zlouporaban učinak, navodi Europski sud u presudi *Brasserie de Haecht protiv Wilkin-Janssen*.⁶⁷ Rabat za vjernost istovremeno predstavlja povredu primarne i sekundarne razine tržišnog natjecanja. S jedne strane, oni jačaju tržišnu

⁶² T-203/01 Michelin protiv Komisije (Michelin II), presuda od 30.9.2003., preuzeto sa <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=763B6653D6CE87D9A4547AFA9F4DA082?text=&docid=48641&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=309196> (25.11.2022.)

⁶³ *Ibid*, točka 50.

⁶⁴ *Ibid*, točka 56.

⁶⁵ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 374

⁶⁶ Šoljan, op. cit. u bilj. 4, str. 363

⁶⁷ *Brasserie de Haecht protiv Consorts Wilkin-Janssen*, br. 23/67, Europski sud, str. 525

poziciju vladajućeg poduzetnika, jer uvjetuju kupce da svoje potrebe zadovoljavaju samo kroz promet s jednim poduzetnikom. Na taj način automatski slabi položaj ostalih subjekata na tržištu, što dovodi do povrede primarne razine. S druge strane, potreba svakog kupca za nekim proizvodom je individualna, a prag volumena kupnje određuje se za svakog potrošača pojedinačno, što dovodi do toga da kupci plaćaju različitu cijenu za istu vrstu i količinu proizvoda, što predstavlja povredu sekundarne razine.⁶⁸

Iz navedenoga proizlazi da su rabati za vjernost u pravilu protupravni, pa je tako u predmetu *Suiker Unie* napravljena distinkcija između količinskog rabata kao dopuštene metode tržišnog natjecanja koja se odnosi samo na volumen kupnje, i rabata za vjernost, pomoću kojega vladajući poduzetnik koristi svoju ekonomsku moć kako bi onemogućio tržišne konkurente u stjecanju novih kupaca.⁶⁹

Dopuštenost rabata za vjernost također je bila predmet rasprave u slučaju *Hoffmann-La Roche*. Riječ je o švicarskom poduzeću koje se bavi proizvodnjom vitaminskih dodataka prehrani, te je Komisija utvrdila da se na tom tržištu nalazi u položaju vladajućeg poduzetnika, te da taj položaj zlouporabljuje, zbog čega je poduzetniku propisala novčanu kaznu.⁷⁰ Trgovački ugovori koje je Hoffmann-La Roche sklapao sa trgovcima sadržavali su propisane stope rabata, koje su ovisile o tome koliki postotak svojih ukupnih potreba pribavljaju od njega. Ako bi primjerice, kupac 60% svojih potreba zadovoljio kroz trgovinu s vladajućim poduzetnikom, rabat bi iznosio 1%, a za 80% zadovoljenih potreba iznosio bi 2%. Hoffmann-La Roche se branio tvrdnjom da je u ovom slučaju riječ o dozvoljenim količinskim rabatima, jer nije bila ugovorena obveza kupaca da sve ili veći dio svojih potreba pribavljaju kod njega. Sud nije prihvatio tu argumentaciju, jer količina kupnje koja se mora ostvariti da bi se aktivirao rabat nije bila objektivno određena, zato što se potrebe kupaca znatno razlikuju, pa primjerice 80% potreba jednog kupca može količinski iznositi mnogo više od istog postotka potreba drugog kupca, pa iznos odobrenog rabata može biti različit za istu količinu kupljenog proizvoda. To dovodi do zaključka da cilj vladajućeg poduzetnika nije bio povećati opseg kupnje trgovaca, nego njihovu ovisnost o njemu.⁷¹ Nije priznat niti argument Hoffmann-La Rochea da je s trgovcima sklapao tzv. engleske klauzule. Riječ je o ugovornoj odredbi koja omogućava kupcu da prihvati povoljniju ponudu od one koju nudi prodavatelj,

⁶⁸ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 375

⁶⁹ *Suiker Unie* i dr. protiv Komisije, presuda iz 1975. godine, EU:C:1975:78

⁷⁰ C-.85/76 *Hoffmann-La Roche* protiv Komisije, 1979., sažetak presude, preuzeto sa <https://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/or/europarecht/deluxe/archiv/Hoffmann-LaRoche.pdf> (26.11.2022.)

⁷¹ C-.85/76 *Hoffmann-La Roche* protiv Komisije, 1979., EU:C:1979:36, točka 97.-100.

no prodavatelj ima pravo prilagoditi cijenu toj drugoj ponudi te na taj način osigurati ispunjenje ugovora.⁷² Klauzula, međutim, nije vrijedila za ponude značajnijih konkurenata, tj. onih koji su gospodarskom snagom mogli parirati Hoffmann-La Rocheu. Isto tako, putem klauzule su bile isključene ponude zaprimljene putem trgovačkih zastupnika i posrednika, što je Europski sud protumačio kao isključivanje konkurenata izvan Europe, koji su na europskom tržištu prisutni uglavnom kroz predstavništva i trgovačka društva koja se bave trgovinom.⁷³ . Engleska klauzula u ovome slučaju, dakle, ne samo da nije uklonila zlouporabni učinak rabata, nego ga je i pojačala, pogotovo imajući u vidu činjenicu da su trgovci vladajućem poduzetniku morali omogućiti detaljan uvid u konkurentske ponude, što je vladajućem poduzetniku omogućilo kako uvid u poslovanje konkurentskih poduzeća, tako i ocjenu stanja cjelokupnog tržišta, što u konačnici jača njegovu tržišnu poziciju, a slabi tržišni status konkurenata.⁷⁴

Slično stajalište Sud je zauzeo i u slučaju *Hilti*.⁷⁵ Riječ je o proizvođaču građevinskih alata sa sjedištem u Lihtenštajnu, koji se nalazio u vladajućem položaju na tržištu pištolja za čavle. Hilti je uveo sustav rabata koji se nije temeljio na ugovornom odnosu, već je funkcionirao na neformalnoj razini, putem obavijesti o popustima, pri čemu iznos rabata nije bio izjednačen za sve kupce. Odluku o tome kojem će kupcu biti odobren veći, a kojem manji rabat ovisila je o mjeri u kojoj kupci zadovoljavaju svoje potrebe putem tržišnih konkurenata.⁷⁶ Sud je takav sustav okarakterizirao „sustavnim i organiziranim pokušajem diskriminiranja, i stoga sprječavanja tržišnog natjecanja nezavisnih proizvođača“.⁷⁷ Zanimljivo je stajalište Suda da vladajući poduzetnik može biti kažnjen za zlouporabu vladajućeg položaja unatoč nepostojanju ugovorne obveze na kojoj bi se ta zlouporaba temeljila. Armengod i Rosenblatt smatraju da je razlog tome okolnost da učinak zlouporabe ne ovisi o postojanju ili nepostojanju ugovornog odnosa, nego o gubitku prava na rabat.⁷⁸ Na taj način pogoršava se tržišna pozicija kupaca, a posredno i ona konkurentskih poduzeća, jer im se kupci ne priklanjaju zbog straha od gubitka prava na rabat.

⁷² Šoljan, op. cit. u bilj. 4, str. 369

⁷³ C-.85/76 *Hoffmann-La Roche protiv Komisije*, 1979., EU:C:1979:36, točka 102. i 105.

⁷⁴ *Ibid* „, točka 102.-108.

⁷⁵ *Eurofix Bauco protiv Hiltija*, br.88/138, 1988. godine OJ L 65/19

⁷⁶ *Ibid* , str. 19-44

⁷⁷ *Ibid* , točka 82.-83.

⁷⁸ H. Armengod, H. Rosenblatt: *EU Substantive Areas, Monopolisation, The Commission's Approach to Conditional Discounts: A Look at Tomra and Intel*, *The European Antitrust Review* 2012., str. 49

U predmetu *Deutsche Post AG*, Komisija je naglasila važnost ekonomije obujma za uspješnost provedbe rabata za vjernost na pojedinim tržištima, kao što je primjerice tržište poštanskih usluga. Pri tome je za sudionika tržišne utakmice od velike važnosti ostvariti određeni opseg poslovne djelatnosti koji garantira uspješan ulazak na tržište. Deutsche Post je odobravanjem rabata temeljenih na vjernosti određenim korisnicima onemogućio svoje konkurente u ostvarivanju tog opsega, čime je zlorabio vladajući položaj.⁷⁹

Postavlja se pitanje dovodi li primjena rabata za vjernost uvijek do zlouporabe vladajućeg položaja. Tim pitanjem bavila se Europska komisija, te je u želji za praktičnim rješenjem u svojim „Smjernicama o isključujućim postupanjima“⁸⁰ uvela „test podjednako učinkovitog poduzetnika“. Taj test sastoji se od analize pitanja bi li neki hipotetski konkurent na tržištu mogao poslovati pod uvjetima koje je nametnuo vladajući poduzetnik. Pri tome se „podjednako učinkovitim poduzetnikom“ smatra onaj koji mu ekonomskom snagom može parirati. Drugim riječima, sam vladajući poduzetnik mjerilo je jednake učinkovitosti.⁸¹ Navedene Smjernice Europske komisije nisu odmah zaživjele u judikaturi Suda EU, što je vidljivo primjerice u predmetu *Post Danmark II*⁸², kada je Sud, razmatrajući veliki tržišni udio vladajućeg poduzetnika i njegov utjecaj na konkurenciju, zaključio da test jednako učinkovitog konkurenta „nije relevantan s obzirom na to da struktura tržišta čini praktično nemogućim pojavljivanje jednako učinkovitog konkurenta“.⁸³

Usklađivanje judikature sa Smjernicama o vladajućim postupanjima uslijedilo je u predmetu *Intel protiv Komisije*. Intel, proizvođač mikroprocesora (CPU) sa sjedištem u SAD-u, nakon razvoja prototipa CPU-a x86, isti je prodavao velikim proizvođačima informatičke opreme (skraćeno OEM - *Original Equipment Manufacturer*). Komisija je utvrdila dvije vrste nepoštenih praksi u Intelovu poslovanju, a riječ je s jedne strane o rabatima za vjernost, koji su nuđeni četirima OEM-ovima (HP, Lenovo, Dell, NEC) pod uvjetom da nabavljaju CPU-ove u potpunosti ili u najvećoj mjeri od Intela. S druge strane, tim poduzećima su se odobravalala plaćanja samo kako ne bi nabavljali CPU-ove od konkurentskog poduzeća Advanced Micro Devices (AMD). Nakon AMD-ove pritužbe, Komisija je utvrdila povredu

⁷⁹ *Deutsche Post AG* (COMP/35.141), br. 2001/354, str. 27-44, točka 37.-39.

⁸⁰ Smjernice o isključujućim postupanjima Europske komisije, Službeni list C 045, od 24.02.2009

⁸¹ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 378-379

⁸² C-23/14 *Post Danmark*, presuda od 6.10.2015. godine, EU:C:2015:651

⁸³ *Ibid*, točka 59.-60.

pravila tržišnog natjecanja i propisala novčanu kaznu Intelu.⁸⁴ U postupku za za poništenje sporne odluke presuđeno je da okolnost da vladajući poduzetnik obvezuje svoje kupce, čak i kada se to čini na njihov zahtjev, da sve ili veći dio svojih potreba pribavljaju od njega, predstavlja povredu članka 102. UFEU, neovisno jesu li uz to ugovoreni neki daljnji uvjeti ili vladajući poduzetnik odobrava rabat. Do povrede bi također dolazilo u slučaju da vladajući poduzetnik vezuje za sebe kupce rabatima za vjernost.⁸⁵ U žalbenom postupku Sud je zauzeo drugačije stajalište, na način da ga je prilagodio Smjernicama o vladajućim postupanjima. Smatrao je da je potrebno preispitati navode vladajućeg poduzetnika da njegovo ponašanje nije moglo predstavljati povredu pravila tržišnog natjecanja, niti utjecati na eliminaciju tržišnog konkurenta. Komisija je, nadalje, bila dužna preispitati razinu utjecaja vladajućeg poduzetnika na relevantnom tržištu, intenzitet i trajanje rabata temeljenih na vjernosti, kao i eventualno postojanje strategije kojom se nastoji potisnuti s tržišta jednako učinkovite konkurente. Takva vrsta analize bila bi važna zbog ispitivanja eventualne opravdanosti rabata za vjernost, koji u određenim situacijama mogu izazvati i povoljne učinke za potrošače, čime se izjednačava njihov načelno nepovoljan utjecaj na tržište. Stoga je bitno izvršiti analizu eventualnog potiskivanja jednako učinkovitog konkurenta.⁸⁶ Budući da je Komisija istražila navedene parametre, Intel se žalio na neke od njezinih utvrđenja, a Opći sud (prvostupanjski) nije uzeo u obzir navedene kvalifikacije, Sud EU ukinuo je prvostupanjsku presudu i vratio Općem sudu predmet na ponovno suđenje.⁸⁷

U ponovljenom postupku Opći sud je u pogledu metode kojom se vodio pri odlučivanju ponovno naglasio važnost stajališta iz predmeta *Post Danmark* da tržišno natjecanje može dovesti do eliminacije manje učinkovitog konkurenta, kao stajalište o povećanoj odgovornosti vladajućeg poduzetnika za očuvanje regularnosti tržišnog natjecanja. Isto tako, Sud je podsjetio na presudu *Hoffmann-La Roche*, iz koje je proizašla praksa o ocjeni rabata za vjernost kao zlouporabe vladajućeg položaja.⁸⁸ Kako je Sud EU u povodu žalbe naglasio važnost analize poslovanja poduzeća, a Opći sud nije uzeo u obzir sve Intelove argumente u

⁸⁴ C-413/14 P *Intel protiv Komisije*, presuda od 6.9.2017., točka 8.-12., preuzeto sa <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=0D1275DE1DE80CF81059D3447C26ADAE?text=&docid=194082&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=142410> (27.11.2022.)

⁸⁵ *Ibid*, točka 137.

⁸⁶ *Ibid*, točka 138.-140.

⁸⁷ *Ibid*, točka 142.-150.

⁸⁸ T-286/09 RENV *Intel protiv Komisije*, presuda od 26. siječnja 2022., ECLI:EU:T:2022:19, točka 116. i 117., preuzeto sa

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=252762&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=215544> (11.12.2022.)

prijašnjem postupku, morao je to učiniti u ponovljenom postupku. Sud je u konačnici odbio tužbeni zahtjev, iako je zbog manjkavosti u analizi poslovanja Intela poništio nekoliko točaka odluke Komisije, koja je, u skladu s time, morala preuzeti na sebe i dio sudskih troškova.⁸⁹

Za razliku od postupanja u predmetu *Post Danmark II* i nekim prijašnjim slučajevima, u presudi *Intel* Smjernice o isključujućim postupanjima zaživjele su u praksi. Cilj tog zaokreta u razmišljanju je detaljnija analiza prirode pojedinog rabata za vjernost, ali i pružanje mogućnosti vladajućem poduzetniku da opravda određeno ponašanje i dokaže da njegove mjere nemaju negativnih efekata na tržišno natjecanje. Na taj način Sud je posredno zauzeo stav da se rabatima temeljenima na vjernosti ne treba *a priori* pripisati zlouporaban učinak.⁹⁰ Upitno je koliko će u praksi analiza rabata za vjernost zaista dovesti do povećanja regularnosti tržišnog natjecanja, jer ona zahtijeva znatan ekonomski, a i vremenski angažman, a imajući u vidu financijsku moć vladajućih poduzetnika na pojedinim tržištima, stajalište o nužnosti analize utjecaja rabata temeljenih na vjernosti svakako je okolnost koja njima ide u prilog.

Uz već izloženu klasifikaciju, također je važno osvrnuti se na tzv. ciljane rabate. Oni su po svojoj naravi količinski rabati, ali ih od dopuštenog pojavnog oblika razlikuje činjenica da se aktiviraju prodajom ugovorene količine robe, a ne kupnjom. Mogu imati i retroaktivan učinak, što može dovesti do poticanja vjernosti kupaca i naštetiti regularnosti tržišnog natjecanja.⁹¹

Ovu vrsti rabata može se razraditi kroz već spomenutu presudu *Michelin II*⁹² iz 2003. godine. Dok se u prije opisanoj situaciji radilo o klasičnim rabatima u vjernosti, ovdje je situacija takva da je Michelin svojim kupcima odobravao retroaktivne rabate, koji su ovisili o opsegu ostvarene prodaje u ugovorenom razdoblju. Rabat je bio izražen u postotku od ukupnog prometa na godišnjoj razini.⁹³ Vrlo je logično zaključiti da je za efikasnost ove vrste rabata važan faktor ugovoreno razdoblje; što je ono dulje, ovisnost kupaca o vladajućem poduzetniku postaje veća. On pri tome ostvaruje dvostruku korist, jer s jedne strane njegovi se proizvodi prodaju u većem obujmu, a s druge strane kupci radi ostvarivanja cilja prodaje neće razmišljati o opskrbi putem konkurentskog poduzeća, možda čak i zanemarujući neke druge parametre (npr. kvaliteta), koji bi možda bili uzeti u obzir u većoj mjeri da navedeni ugovorni

⁸⁹ *Ibid* – izreka presude

⁹⁰ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 386

⁹¹ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 387

⁹² T-203/01 Michelin protiv Komisije (Michelin II), presuda od 30.9.2003.

⁹³ *Ibid*, točka 17.

odnos ne postoji. Za ciljani rabat tako bi se moglo reći da će biti „zlouporaban ako je postavljen tako da inducira vjernost kupaca.“⁹⁴

Postoji mogućnost da vladajući poduzetnik ne odobrava popuste s obzirom na kupljenu količinu proizvoda, nego dio ukupno zadovoljenih potreba kupaca. Taj specifičan rabat, također diskriminirajuće prirode, u anglosaksonskoj je teoriji poznat po nazivu *top slice rebates*, a Komisija ga je razmatrala u predmetu *Soda-ash-Solvay*.⁹⁵ Navedeni poduzetnik, kako bi otežao pristup svojim kupcima sekundarnim dobavljačima, uveo je poseban rabat na onaj dio potreba koji nadilazi osnovne potrebe kupaca. Za onaj dio potreba koje se smatraju osnovnima, a koji bi kupci svakako pribavljali od vladajućeg poduzetnika, odobran je rabat od 10%, a za preostali dio, za koji bi mogli konkurirati sekundarni dobavljači, 20%.⁹⁶

Pri analizi sustava popusta i rabata, važno je stvoriti sliku o njihovom konkretnom utjecaju na tržišno natjecanje. Kao što je vidljivo u predmetu *Hilti*, formalnosti kao što je postojanje ugovorne obveze pri tome ne bi trebale imati veliku ulogu. Važnije bi bilo prepoznati sustave kojima je primarni cilj poticanje vjernosti kupaca, što se često pokušava postići uzimajući u obzir i određene ekonomske gubitke, kao i poslovne politike kojima je cilj eliminacija tržišnih konkurenata. Smjernice o isključujućim postupanjima predstavljaju velik napredak u analizi rabata, jer se detaljnim proučavanjem spornog postupanja povećava transparentnost cjelokupnog procesa odlučivanja, te dolazi do ostvarenja načela pravne sigurnosti, kao i procesnog načela *audiatur et altera pars* (neka se čuje i druga strana). S druge strane, ovakve ekonomske analize u pravilu su vrlo složene i skupe, zbog čega bi uvijek trebalo postupati u skladu s načelom razmjernosti.

5. Diskriminacija u cijenama u Republici Hrvatskoj

Zakonsko uređenje diskriminacije u cijenama u RH prati uređenje u pravu EU. Tako je članak 102. UFEU, koji regulira zlouporabu vladajućeg položaja, preuzet u hrvatski Zakon o zaštiti

⁹⁴ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 388

⁹⁵ *Soda-ash-Solvay*, br.91/299, 1991. godine, OJ L 152/21

⁹⁶ Šoljan, op. cit. u bilj. 4, str. 374

tržišnog natjecanja (ZZTN), i to u 13. članku. Što se tiče nadzora nad regularnosti tržišnog natjecanja, njega vrši Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (AZTN), koja „postupak utvrđivanja zlorabe vladajućeg položaja iz članka 102. UFEU pokreće po službenoj dužnosti.“¹⁰⁰ Inicijativu za pokretanje postupka mogu podnijeti „svaka fizička i pravna osoba strukovna ili gospodarska interesna udruga, odnosno komora poduzetnika, udruga potrošača, Vlada Republike Hrvatske, tijela državne uprave te tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.“¹⁰¹ Radom Agencije upravlja Vijeće od pet članova, koji moraju biti državljani RH te biti diplomirani ekonomisti ili pravnici po struci, pri čemu se jedan član izabire kao predsjednik. Članove Vijeća imenuje Hrvatski sabor.¹⁰² Nadležnost Agencije obuhvaća donošenje rješenja o utvrđivanju zabranjenih sporazuma, kao i određivanje mjera kojima bi se negativni učinci tih sporazuma na tržišno natjecanje otklonili, kao i uvjete i rokove u kojima je to potrebno učiniti.¹⁰³

U praksi AZTN-a klasičan primjer diskriminacije u cijenama predstavlja predmet *Dubrovnik Airline* protiv *INA-e* iz 2011. godine.¹⁰⁴ Dubrovnik Airline podnio je zahtjev AZTN-u za pokretanje postupka utvrđivanja, sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja. Pri tome podnositelj zahtjeva je naveo da INA formira cijene na diskriminatoran način, budući da primjenjuje različite kriterije prema različitim trgovcima. Kako je utvrđeno da je jedino INA prodavala navedeno mlazno gorivo u RH, ona se u tom kontekstu nalazila u vladajućem položaju. INA je o svome očitovanju navela kako pri sklapanju ugovora o prodaji dolazi do kategorizacije kupaca, ali samo temeljem ekonomski opravdanih kriterija, kao što su modaliteti plaćanja ili količina naručenog proizvoda. AZTN od INA-e je zatražila uvid u poslovanje, koji bi sadržavao objašnjenje o načinu kategorizacije kupaca, odnosno kriterijima temeljem kojih se odobravaju popusti, kao i pojašnjenje cjelokupnog procesa prodaje aviogoriva.¹⁰⁵ Važno je napomenuti da pri prodaji aviogoriva važnu ulogu ima tzv. Platt's kotacija, koja predstavlja „pokazatelj kretanja cijene naftnih derivata na svjetskoj razini koji se u skladu s domaćim propisima koristi pri izračunu domaćih cijena naftnih derivata.“¹⁰⁶ Nakon što je INA dostavila ugovore o prodaji aviogoriva, AZTN je zaključila da način

¹⁰⁰ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, čl.38st.1, Narodne novine, br. 79/09, 80/13, 41/21

¹⁰¹ *Ibid*, članak 37. stavak 1.

¹⁰² *Ibid*, članak 27.-28.

¹⁰³ *Ibid*, članak 9.

¹⁰⁴ Rješenje AZTN-a *Dubrovnik Airline d.o.o., protiv INA- Industrija nafte d.d.*, Klasa: UP/I 030-02/2009-01/035, Urbroj: 580-02-11-64-032, preuzeto sa <https://www.aztn.hr/uploads/documents/odluke/TN/UPI-030-022009-01035.pdf>

¹⁰⁵ *Ibid*, str. 1-4

¹⁰⁶ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 360

iskazivanja cijene nije jednak za domaće i strane kupce. Naime, dok je u odnosu na domaće kupce vrijedio cjenik koji je formirala sama INA, cijene za strane kupce formirale su se temeljem Platt's kotacije, što je značilo da su domaći kupci imali uvid samo u neto prodajnu cijenu, ne i u kriterije temeljem kojih se ona formirala. AZTN je takvo iskazivanje cijene ocijenila daleko manje transparentnim za domaće kupce.¹⁰⁷

Vijeće AZTN-a tako je donijelo odluku da „je poduzetnik INA d.d. ograničio tržišno natjecanje zlouporabom vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu trgovine na veliko mlaznim gorivom JET A-1 i tržišta usluga opskrbe zrakoplova mlaznim gorivom JET A-1 na zračnim lukama u Republici Hrvatskoj, u smislu članka 16. stavka 1. i stavka 2. točke 3. ZZTN.“¹⁰⁸

Što se tiče specifičnih oblika diskriminacije, predmet *TDR d.o.o.* iz 2011. godine¹⁰⁹ vrijedi navesti kao primjer popusta temeljenih na vjernosti iz domaće prakse. Tvornica duhana Rovinj (TDR) poduzeće je pod kontrolom Adris grupe. Ono je zlouporabilo svoj vladajući položaj putem općih uvjeta poslovanja, kao i sporazuma o prodaji i promidžbi cigareta. TDR svojim je kupcima odobravao uvjetne rabate, koji nisu bili regularni jer je dolazilo do situacije u kojoj su neki kupci, koji su količinski kupili više cigareta, ostvarili manje rabata, zbog istovremenog postojanja naknadnog retroaktivnog rabata, čije je ostvarivanje bilo vezano za vjernost vladajućem poduzetniku, odnosno koji je ovisio o postotku ukupnih zadovoljenih potreba kupaca putem vladajućeg poduzetnika.¹¹⁰ AZTN se u ovome predmetu referirala na Smjernice o isključujućim postupanjima, zauzevši stav da je pri ocjeni rabata temeljenih na vjernosti potrebno provesti analizu cjelokupnog poslovanja poduzeća, no sama je ipak nije provela, uzevši u obzir iznimno velik udio vladajućeg poduzetnika na relevantnom tržištu.¹¹¹

¹⁰⁷ Rješenje AZTN-a *Dubrovnik Airline d.o.o., protiv INA- Industrija nafte d.d.*, str. 11-12

¹⁰⁸ *Ibid*, str. 20

¹⁰⁹ Rješenje AZTN-a *Adris grupa d.d. i TDR d.o.o.*, Klasa: UP/I 030-02/2006-01/082, Urbroj: 580-02-11-41-359, od 16.6.2011., preuzeto sa <https://www.aztn.hr/uploads/documents/odluke/TN/UPI-030-022006-01082.pdf>

¹¹⁰ *Ibid*, str. 1

¹¹¹ Butorac Malnar et al., op. cit. u bilj. 17, str. 387

6. Zaključak

Diskriminacija u cijenama, kako je u ovome radu izloženo, ima vrlo raznolike pojavne oblike, koji kroz vrijeme i sve kompleksnije tržište postaju složeniji i raznolikiji. Kao što je rečeno primjerice kod količinskih rabata, diskriminacija u cijenama ne mora imati samo negativna obilježja, zato što kupci mogu ostvariti povoljan ekonomski učinak za sebe kupujući proizvode ili usluge koji su im ionako potrebni. Čak niti učinci rabata temeljenih na vjernosti nisu apsolutno negativni iz perspektive trgovaca, jer oni vezivanjem za vladajućeg poduzetnika mogu ostvariti ekonomski prosperitet. Zadatak zakonodavaca, sudova i regulatornih tijela, ipak, nije samo voditi brigu o prosperitetu pojedinih poduzeća, već je potrebno stvoriti širu sliku, tj. razviti sposobnost promatranja pojedinog tržišta i natjecanja koje se na njemu odvija kao cjeline. Stvaranje takve šire slike također je proces za koji je potrebno vrijeme. Kada se usporede Shermanov zakon, koji je sankcionirao gotovo svaki kontakt između dvaju poduzeća, i Smjernice o isključivim postupanjima Europske komisije, koje zahtijevaju detaljnu analizu poslovanja nekog poduzeća, kako bi se ustanovio eventualni negativni efekt neke poslovne politike koju vladajući poduzetnik u pravilu pokušava prikazati kao mjeru s pozitivnim učinkom, može se doći do zaključka kako pravni sustav uspješno prati zahtjeve koje tržište stavlja pred njega. Novi oblici prodaje, kao što je prodaja putem interneta, u tom smislu predstavljaju novi izazov, pogotovo zato što se ne radi samo o zadiranju u prava čovjeka kao potrošača, nego i u pravo na privatnost kao osobno pravo.

Iako je potrebno regulirati tržište i tome posvetiti veliku pažnju, također je nužno obratiti pozornost da ta regulacija ne postane pretjerana, jer u tom slučaju proces napretka postaje reverzibilan. Treba omogućiti tržištu da samo filtrira takmace koji će na njemu opstati, a koji ne, odnosno omogućiti potrošačima da donesu odluku o tome.

7. Popis literature

STRUČNA LITERATURA:

A Brief History of the Federal Trade Commission, FTC 90th Anniversary Symposium

Armengod Hector, Rosenblatt Howard: EU Substantive Areas, Monopolisation, The Commission's Approach to Conditional Discounts: A Look at Tomra and Intel, The European Antitrust Review 2012

Butorac Malnar Vlatka, Pecotić Kaufman Jasminka, Petrović Siniša, Akšamović Dubravka, Liszt Marijana: Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora, drugo izdanje, Zagreb, 2021. godine

Faull Jonathan, Nikpay Ali: The EC Law of Competition, Oxford University Press, 2007.

Gerardin Damien, Petit Nicolas: Price discrimination under EC competition law, 2006

Kapural Mirta: Zloupotreba vladajućeg položaja u tržišnom natjecanju EU, Pravo i porezi, Zagreb, 2010. godine

Kovacic William, Shapiro Carl: : Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking

Šoljan Vedran: Vladajući položaj na tržištu i njegova zloupotreba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice, Zagreb, 2004. godine

INTERNETSKE STRANICE:

www.archives.gov

www.aztn.hr www.curia.eu

www.curia.europa.eu

www.eur-lex.europa.euwww.ftc.gov (Federal Trade Commission)

www.hbr.org (Harvard Business Review)

www.legal.thomsonreuters.com

www.justice.gov

www.rewi.europa-uni.de

www.supreme.justia.com

PRESUDE I ODLUKE:

Brasserie de Haecht protiv Consorts Wilkin-Janssen, br. 23/67, Europski sud

British Airways protiv Komisije, 2007. godine

Compagnie Maritime Belge i dr. protiv Komisije, 1996, T-24/93

Deutsche Post AG (COMP/35.141), br. 2001/354

Eurofix Bauco protiv Hiltija, br.88/138, 1988. godine OJ L 65/19

Federal Trade Commission protiv Morton Salt, 334 U.S. 37 (1948)

Hoffmann-La Roche protiv Komisije, C-.85/76, 1979., EU:C:1979:36

Intel protiv Komisije, C-413/14, presuda od 6.9.2017. Irish Sugar plc, Odluka Komisije od 14. svibnja 1997.- 97/624/EZ, L 258/4

Irish Sugar protiv Komisije, odluka br. T-228/97, 7. listopada 1999. godine

Michelin protiv Komisije (Michelin II) T-203/01, presuda od 30.9.2003.

Post Danmark, C-209/10, presuda od 27.3.2012., ECLI:EU:2012:172

Post Danmark, presuda od 6.10.2015. godine, C-23/14 EU:C:2015:651

RENV Intel protiv Komisije, T-286/09 , presuda od 26. siječnja 2022., ECLI:EU:T:2022:19

Rješenje AZTN-a Adris grupa d.d. i TDR d.o.o., Klasa: UP/I 030-02/2006-01/082, Urbroj: 580-02-11-41-359

Rješenje AZTN-a Dubrovnik Airline d.o.o., protiv INA- Industrija nafte d.d.

Soda-ash-Solvay, br.91/299, 1991. godine, OJ L 152/21

Suiker Unie i dr. protiv Komisije, presuda iz 1975. godine, EU:C:1975:78

Tetra Pak International protiv Komisije EZ, T-83/ 91 presuda od 6.10.1994

United Brands Company and United Brands Continentaal BV protiv Komisije Europskih zajednica, br. 27/76

Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc., 546 U.S. 164 (2006)

PRAVNI PROPISI:

Claytonov zakon

Raspravna knjiga o isključujućim zlouporabama Europske komisije

Robinson-Patmanov zakon

Smjernice o isključujućim postupanjima Europske komisije, Službeni list C 045, od 24.02.2009

Ugovor o funkcioniranju Europske unije

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne Novine, br. 79/09, 80/13, 41/21