

Diskriminacija u cijenama kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja

Bošnjak, Luka

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:199:443589>

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

Download date / Datum preuzimanja: **2024-07-11**



Repository / Repozitorij:

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



Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Katedra za trgovačko pravo i pravo društava
Pravo konkurencije

Luka Bošnjak

Diskriminacija u cijenama kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja

Diplomski rad

mentor: prof. dr. sc. Siniša Petrović

Zagreb, listopad 2022.

Izjava o izvornosti

Ja, Luka Bošnjak, 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.

Luka Bošnjak, v. r.

SAŽETAK

Diskriminacija u cijenama je jedan od najučestalijih oblika zlouporabe vladajućeg položaja i kršenja čl. 102. UFEU-a. Kao takva, diskriminacija u cijenama je dio prava tržišnog natjecanja koje za primarni cilj ima zaštitu tržišnog natjecanja po zaslugama te posredno zaštitu potrošača. Određeno tržište, već oslabljeno samim postojanjem poduzetnika u vladajućem položaju mora biti pod posebnom prismotrom tijela kontrole koja moraju spriječiti sva zlouporabna postupanja koja mogu dovesti do neravnoteža u tržišnoj utakmici. Takva postupanja dovode do iskorištavajućih ili isključujućih učinaka koji utječu na konkurenciju, a samim time i na blagostanje potrošača čije je očuvanje glavni cilj prava tržišnog natjecanja. Različiti oblici diskriminacija u cijenama bit će analizirani kroz predmete pred tijelima EU, bilo kroz odluke Europske Komisije, bilo kroz predmete Suda EU-a. Također, u radu će biti izložena različita stajališta akademske zajednice vezana za učinke diskriminacije u cijenama, utvrđivanje samog zlouporabnog postupanja te rad i odluke tijela kontrole tržišnog natjecanja. Rad će kroz nekoliko cjelina pratiti korake koje tijelo kontrole mora proći da bi sankcioniralo potencijalno zlouporabno postupanje. Isto tako, kroz rad će detaljnije biti pojašnjeni pojmovi vezani uz zlouporabu vladajućeg položaja.

Ključne riječi: diskriminacija u cijenama, zlouporaba vladajućeg položaja, zaštita tržišnog natjecanja, čl. 102. UFEU-a, rabati lojalnosti, potrošači

SUMMARY

Price discrimination is one of the most common forms of dominant position abuse and infringements of Article 102 of the TFEU. As such, price discrimination is part of competition law, which has as its primary objective the protection of competition on the merits and indirectly, the protection of consumers. Competition, already weakened by the very existence of an undertaking in a dominant position, must be under the special supervision of control bodies that must prevent all abusive actions that can lead to imbalances in competition. Such actions lead to exploitative or exclusionary effects that affect competition and thus the welfare of consumers, the preservation of which is the main goal of competition law. Different forms of price discrimination will be analyzed through cases before EU institutions, either through decisions of the European Commission or through cases of the EU Court. The paper will also present the different viewpoints of the academic community related to the effects of price discrimination, the determination of abusive behavior itself, and the work and decisions of the competition control authorities. The work will, through several chapters, follow the steps that the control body must go through in order to sanction potentially abusive behavior. Likewise, concepts related to the abuse of a ruling position will be explained in more detail throughout the paper.

Keywords: price discrimination, abuse of dominant position, competition law, Article 102. TFEU, loyalty rebates, consumers

SADRŽAJ

1. UVOD	1
2. ZLOUPORABA VLADAJUĆEG POLOŽAJA KAO OBLIK KRŠENJA TRŽIŠNOG NATJECANJA	2
2.1. Ciljevi prava tržišnog natjecanja	2
2.2. Regulacija zlouporabe vladajućeg položaja u okviru prava tržišnog natjecanja	2
2.3. Tijela kontrole tržišnog natjecanja	3
3. UTVRĐIVANJE VLADAJUĆEG POLOŽAJA	4
3.1. Poduzetnik	4
3.2. Mjerodavno tržište	5
3.2.1. <i>Ograničenja tržišnog natjecanja</i>	6
3.2.2. <i>Način utvrđenja mjerodavnog tržišta</i>	7
3.3. Vladajući položaj na tržištu	7
3.3.1. <i>Analiza strukture tržišta</i>	9
3.3.2. <i>Prepreke ulasku i rastu na tržište</i>	11
3.3.2.1. <i>Pravne i administrativne prepreke</i>	13
3.3.2.2. <i>Visina početnih ulaganja</i>	13
3.3.2.3. <i>Tehnološke prednosti</i>	14
3.3.2.4. <i>Ekonomija razmjera</i>	14
3.3.2.5. <i>Trošak prelaska na druge dobavljače</i>	15
3.3.2.6. <i>Mrežni učinci</i>	15
3.3.3. <i>Protutežna snaga kupaca</i>	17
4. ZLOUPORABA VLADAJUĆEG POLOŽAJA	18
4.1. Objektivno opravdanje	18
4.2. Oblici zlouporabe	21
5. DISKRIMINACIJA U CIJENAMA	22
5.1. Diskriminacija u cijenama podjelom tržišta	25
5.2. Selektivno snižavanje cijena	27
5.3. Popusti i rabati	30
5.3.1. <i>Količinski rabat</i>	32
5.3.2. <i>Rabati za vjernost</i>	34
5.3.3. <i>Ciljani rabati</i>	41
6. ZAKLJUČAK	42

1. UVOD

Diskriminacija u cijenama jedan je od oblika zlouporabe vladajućeg položaja koja je opisana u čl. 102. Ugovora o funkcioniranju EU-a. Kroz ovaj rad proučit ćemo učinak diskriminacije u cijenama kao oblika zlouporabnog postupanja, na tržište i konkurenciju. Analizirat ćemo postupanja tijela kontrole i praksu Suda EU-a u predmetima koji se tiču diskriminacije u cijenama i općenito zlouporabe vladajućeg položaja. Kroz same presude utvrdit ćemo pravni okvir koji se primjenjuje na diskriminaciju u cijenama. Kroz rad će se proći kroz sve bitne stavke koje je potrebno utvrditi da bi se ustanovila sama diskriminacija u cijenama. Rad je podijeljen u šest poglavlja, od kojih je prvo poglavlje ovo uvodno, dok je zadnje poglavlje zaključno u kojem će biti iznesena završna stajališta o materiji iznesenoj u radu.

U drugom poglavlju rad će kratko odrediti pravni okvir koji se primjenjuje na zlouporabu vladajućeg položaja u cijelosti i na samu diskriminaciju u cijenama. Proći ćemo kroz ciljeve prava tržišnog natjecanja i tijela koja provode samu kontrolu tržišnog natjecanja.

U trećem poglavlju analizirat ćemo što je sve potrebno za utvrđivanje vladajućeg položaja kao nužnog koraka u otkrivanju diskriminacije u cijenama. Definirat ćemo pojmove poduzetnika, mjerodavnog tržišta i samog vladajućeg položaja te ćemo odrediti način kako se određuje mjerodavno tržište i vladajući položaj. Isto tako, odredit ćemo što sve utječe na vladajući položaj i kako vladajući položaj utječe na tržište.

U četvrtom poglavlju utvrdit ćemo pojam zlouporabe vladajućeg položaja, što je sve potrebno da se određeno postupanje odredi zlouporabnim te oblike same zlouporabe. Isto tako, utvrdit ćemo kako se određeno postupanje koje bi inače bilo smatrano zlouporabnim može opravdati i koji su oblici objektivnih opravdanja.

U petom poglavlju analizirat ćemo diskriminaciju u cijenama kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja. Analizirat ćemo njene najčešće oblike i njihov utjecaj na tržište. Kroz najvažnije presude ćemo utvrditi razvoj analitičkog okvira koji se primjenjuje na ocjenjivanje potencijalno zlouporabnog postupanja poduzetnika te ćemo utvrditi kako se sami okvir primjenjuje.

2. ZLOUPORABA VLADAJUĆEG POLOŽAJA KAO OBLIK KRŠENJA TRŽIŠNOG NATJECANJA

2.1. Ciljevi prava tržišnog natjecanja

Zlouporaba vladajućeg položaja jedan je od oblika postupanja poduzetnika, uz zabranjene sporazume i koncentracije, koji dovode ili mogu dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja, a samim time posljedično i do štete potrošača.¹ Uz potrošače, čija je zaštita suština prava tržišnog natjecanja, ono ima još nekolicinu ciljeva koje nastoji ostvariti. Tako su, prema pravnoj studiji objavljenoj u ožujku, autori studije, utvrdili listu ciljeva koja se spominje kroz analiziranu materiju.² Ovisno o kojoj se instituciji radi, ciljevi koji se kroz godine spominju u većoj ili manjoj mjeri, su: efikasnost, blagostanje, poduzetnička sloboda, struktura tržišta, pravednost, integracija tržišta EU-a te konkurencija. Autori studije smatraju da će se uz navedene ciljeve, u budućnosti, pod utjecajem razvoja tržišta, tehnologije te samog društva, kao važne ciljeve biti prometnuti i zaštita okoliša i održivost, zaštita privatnosti te zaštita prava radnika.³

2.2. Regulacija zlouporabe vladajućeg položaja u okviru prava tržišnog natjecanja

Zlouporaba vladajućeg položaja regulirana je pravom EU-a, kako primarnim, tako sekundarnim, te hrvatskim pravom, donošenjem propisa po uzoru na pravo EU-a. Članak 102. UFEU-a u prvom stavku zabranjuje kao nespojivu s unutarnjim tržištem svaku zlouporabu vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnu djelu. Dodatni kriterij koje postupanje poduzetnika mora ispunjavati prema tom članku je da takvo postupanje poduzetnika utječe na trgovinu među državama članicama. U drugom stavku čl. 102. UFEU-a nabraja oblike postupanja poduzetnika koje se smatraju osobito štetnim za tržišno natjecanje. Takvo nabranje potencijalnih oblika zlouporaba položaja na tržištu, ali ne i zatvaranje same liste ukazuje da se članak 102. UFEU-a mora koristiti samo kao putokaz onima koji će samu odredbu primijeniti, ali i poduzetnicima koji djeluju na tržištu EU-a.⁴ Takvi poduzetnici, koje se smatra vladajućima prema propisima i sudskoj praksi, možda ne

¹ Butorac Malnar, V., Pecotić Kaufman, J., Petrović, S., Akšamović, D., Liszt, M.; Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora; Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu (2021.); str. 7-9

² Stylianou, K., Iacovides, M.; The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation; Legal Studies, Cambridge University Press (2022.); str. 1–29; preuzeto sa: <https://www.cambridge.org.ezproxy.nsk.hr/core/journals/legal-studies/article/goals-of-eu-competition-law-a-comprehensive-empirical-investigation/4D18A299D5CC9B005F8DFD8F7489047C> (12. 09. 2022.);

Autori studije su do rezultata došli analizirajući sudsku praksu, propise i odluke Europske komisije, njezinih odjela i članova nadležnih za pitanja zaštite tržišne konkurencije.

³ Ibid. str. 28

⁴ C-6/72 - Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission (1973.); EU:C:1973:22; § 26.

zloupotrebljavaju svoj položaj na tržištu na jedan od načina opisanih u članku, ali to ne znači da ne krše ovaj članak na neki drugi način. Hrvatski je zakonodavac, usklađujući domaće propise s europskim, donio skoro identičan propis. Jedina razlika, uz izbacivanje dijela odredbe o unutarnjem tržištu, zamjena je pojma trgovinski partner s pojmom poduzetnika. Pojam poduzetnika, kako je definiran u čl. 3. ZZTN-a, nije izričito definiran nigdje u europskom pravu, te se kroz sudsku praksu razvilo tko se ima smatrati poduzetnikom u kontekstu tržišnog natjecanja. Utvrđivanje može li se određeno postupanje podvesti pod poduzetničko je inicijalni korak koje tijelo koje je nadležno za zaštitu i kontroliranje tržišnog natjecanja mora poduzeti, da bi utvrdilo je li došlo do štete ili narušavanja tržišnog natjecanja. Idući korak bilo bi utvrđivanje da li se poduzetnik nalazi u vladajućem položaju te da li taj isti položaj zloupotrebljava. Dodatni kriterij koji čl. 102. UFEU propisuje je utjecaj na trgovinu između država članica. Da bi se određeno postupanje smatralo zlouporabom vladajućeg položaja moraju se ostvariti sva tri elementa povrede kumulativno.

2.3. Tijela kontrole tržišnog natjecanja

Na europskoj razini tijelo koje provodi kontrolu je Europska komisija. Komisija, osim što kontrolira tržišno natjecanje, sama donosi provedbene i delegirane aktove, a u suradnji s Europskim parlamentom i Vijećem EU-a u zakonodavnom postupku donosi i instrumente iz područja prava tržišnog natjecanja te na temelju instrumenata i kontrole sankcionira ponašanja poduzetnika koje smatra štetnima za unutarnje tržište. Odluke i postupanja Komisije podliježu sudskoj kontroli od strane Suda EU-a. Hrvatsko tijelo nadležno za kontrolu tržišnog natjecanja je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja. AZTN ima obvezu suradnje s Komisijom u provedbi europskog prava konkurencije paralelno s provođenjem domaćih propisa još od Uredbe 1/2003, dok se donošenjem ECN+ direktive⁵ nacionalnim tijelima daju gotovo iste ovlasti kao Komisiji s ciljem jačanja zaštite unutarnjeg tržišta te jednolične primjene propisa. Kao i Komisija u odnosu na Sud EU-a, odluke i postupanja AZTN-a podliježu sudskoj kontroli. Sve stranke koje se smatraju oštećenim odlukama AZTN-a mogu pokrenuti postupak pred Visokom upravnim sudom RH-a.

⁵ Direktiva (EU) 2019/1 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018. o ovlaštivanju tijela država članica nadležnih za tržišno natjecanje za učinkovitiju provedbu pravila o tržišnom natjecanju i osiguravanju pravilnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta (Tekst značajan za EGP.) – [2019.] SL L 11/3

3. UTVRĐIVANJE VLADAJUĆEG POLOŽAJA

3.1. Poduzetnik

Kako je prije spomenuto, inicijalni korak koji tijelo kontrole mora provesti u postupku povodom moguće zlouporabe vladajućeg položaja jest utvrđivanje radi li se u konkretnom slučaju o poduzetniku na kojeg se odredbe o zaštiti tržišnog natjecanja primjenjuju. Prema praksi Suda EU-a poduzetnik je svaki pravni subjekt uključen u gospodarsku aktivnost, bez obzira na pravni status i način financiranja samog subjekta.⁶ Iz same te definicije jasno je da je gospodarska aktivnost ključ određivanja radi li se o poduzetniku ili ne. Isto tako vrlo je bitno određivati svako djelovanje mogućeg poduzetnika zasebno, jer određeni pravni subjekt može u isto vrijeme djelovati i kao poduzetnik i kao javnopravno tijelo koje djeluje isključivo u javnom interesu. Jedna aktivnost ne isključuje drugu i svaka se mora ocjenjivati zasebno, uzimajući u obzir cilj i prirodu same aktivnosti. Ako izostane element gospodarske aktivnosti, pravni subjekt ne smatra se poduzetnikom u smislu čl. 102. i on ne može tu odredbu kršiti.⁷ Što se tiče domaćih propisa, već je spomenuto da ZZTN sadrži definiciju o pojmu poduzetnika. ZZTN definira poduzetnika tako da nabraja tko se sve ima smatrati poduzetnikom prateći sudsku praksu Suda EU-a, a sintagmom na kraju („kao i sve druge pravne ili fizičke osobe“)⁸ ostavlja prostor AZTN-u da praksom kao poduzetnika odredi i pravnog subjekta navedenog u odredbi. U st. 2. istog članka zakonodavac ide korak dalje od definicije poduzetnika iz presuda Suda EU-a te navodi da za određivanje pojma poduzetnika nije važan niti oblik obavljanja djelatnosti („obavlja li se djelatnost izravno ili neizravno“),⁹ niti vremensko trajanje („trajno, privremeno ili jednokratno“).¹⁰ Isto tako se navodi da ostvarivanje dobiti ili mjesto sjedišta ili prebivališta nije važno u određivanju poduzetnika. Nadalje, zakon se primjenjuje i na poduzetnike monopoliste, kao i na one koji obavljaju određenu djelatnost od općeg gospodarskog interesa,¹¹ ali samo u onim slučajevima u kojima ne obavljaju djelatnost koja im je povjerena u javnom interesu.

⁶ Joined C-159/91 and C-160/91 - Poucet et Pistre (1993); EU:C:1993:63; § 17; C41/90 - Höfner and Elser v Macrotron GmbH (1991.); EU:C:1991:161; § 21

⁷ C-364/92 - SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol (1994.); EU:C:1994:7; § 32.

⁸ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/09, 80/13, 41/21); čl. 3. st.1.

⁹ Ibid. čl. 3. st. 2.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid. čl. 3. st. 3.

3.2. Mjerodavno tržište

Nakon što se utvrdi da se radi o pravnom subjektu koji se ima smatrati poduzetnikom, treba se odrediti tržište na kojem taj poduzetnik djeluje. Poduzetnik ne može zauzimati vladajući položaj u apstraktnom smislu, već samo u odnosu na određeno tržište na koje plasira svoje proizvode.¹² Praksa Komisije i Suda najprije je da odredi tržište na kojem poduzetnik djeluje, a tek onda kreće s utvrđivanjem položaja poduzetnika na njemu.¹³ Sam Sud kroz praksu definira tržište kao ukupnost proizvoda, koji su u odnosu na svoja svojstva, posebno pogodni za zadovoljenje stalnih potreba i koji su samo u ograničenoj mjeri zamjenjivi s ostalim proizvodima.¹⁴ Na temelju takve definicije tržišta, sud ustanovljuje praksu kroz koju definira vladajući položaj određenog poduzetnika. Slijedom toga može se reći da je određivanje tržišta nužni alat bez kojeg se ne može utvrditi vladajući položaj, a posljedično tome ni sama zlouporaba istog. Iz definiranja tržišta kao ukupnosti proizvoda može se razlučiti da mjerodavno tržište ima svoju proizvodnu dimenziju. Uz proizvodnu dimenziju, svaki poduzetnik djeluje na određenom tržištu u njegovom zemljopisnom smislu. Tu zemljopisnu dimenziju mjerodavnog tržišta, Uredba o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržište definira kao zemljopisno područje na kojem poduzetnici sudjeluju u ponudi i potražnji.¹⁵ Komisija pak, u svojoj Obavijesti,¹⁶ daje ipak malo šire tumačenje mjerodavnog tržišta u zemljopisnom smislu te uz sudjelovanje u ponudi i potražnji na određenom području dodaje i dovoljnu ujednačenost uvjeta i razlikovanje od susjednih područja kao dodatno usmjerenje u određivanju mjerodavnog tržišta.¹⁷ Jedno područje od drugog se razlikuju zbog znatne razlike u uvjetima tržišnog natjecanja koji će se utvrditi na temelju tržišnih udjela i cjenovnih struktura. Uz te dvije dimenzije, proizvodnu i zemljopisnu postoji i ona vremenska koju niti Uredba Vlade RH niti Obavijest Komisije ne uređuju, a koja može biti važna kod poduzetnika koji se bave sezonskim poslovima ili povremenim djelatnostima.

¹² Pošćić, A.; Utvrđivanje mjerodavnog tržišta proizvoda u okviru članka 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije s naglaskom na odabir potrošača; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 62 (5-6), (2012.); str.1859-1884; preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/100077> (15. 9. 2022.)

¹³ Ibid.

¹⁴ C-31/80 NV L'Oréal and SA L'Oréal v PVBA "De Nieuwe AMCK" (1980.); EU:C:1980:289; § 25.

¹⁵ Uredba o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržište (NN 9/2011); čl. 6. st. 1.

¹⁶ Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice (Tekst značajan za EGP); SL C372/5; (engl. Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law); § 8.; (dalje: Obavijest o mjerodavnom tržištu)

¹⁷ Ibid. čl. 8.

3.2.1. Ograničenja tržišnog natjecanja

Prije nego se krene u analizu kako će se odrediti mjerodavno tržište, treba ući u materiju ograničenja tržišnog natjecanja koja imaju znatan utjecaj na položaj analiziranog poduzetnika, na za njegov proizvod mjerodavnom tržištu, ali i na samu širinu mjerodavnog tržišta. Na temelju tih ograničenja uz analizu dodatnih čimbenika, dolazimo do određenja mjerodavnog tržišta. Poduzetnici su izloženi trima glavnim ograničenjima tržišnog natjecanja: zamjenjivosti potražnje, zamjenjivosti ponude i potencijalnom konkurencijom.¹⁸

Zamjenjivost potražnje označava mogućnost potrošača na zamjenu proizvoda poduzetnika u pitanju, s nekim drugim proizvodom, ako dođe do određene promjene u uvjetima prodaje proizvoda. Ako je stupanj zamjenjivosti potražnje visok, odnosno ako potrošač ima široku paletu proizvoda koje smatra zadovoljavajućom alternativom za polazni proizvod, poduzetnik teško utječe na uvjete prodaje i mjerodavno tržište u proizvodnom smislu je šire. Ako potrošač, tj. kupac navedenog proizvoda nema mnogo zamjenskih opcija, mjerodavno tržište je uže. Ovo ograničenje se odnosi i na proizvodnu i na zemljopisnu dimenziju mjerodavnog tržišta. Kada utvrdimo koliko je kupac, u zemljopisnom smislu, spreman daleko otići da bi pribavio zamjenski proizvod od drugog dobavljača, utvrdili smo, mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu. U proizvodnom smislu, trebamo utvrditi sve proizvode koji su međusobno zamjenjivi, polazeći od kupca kao polazne točke. Kupčeve preferencije, navike i potrebe su odlučne za ocjenu zamjenjivosti proizvoda.

Prema Obavijesti zamjena ponude znači „da dobavljači mogu prebaciti proizvodnju na odgovarajuće proizvode i u kratkom ih roku plasirati na tržište bez izlaganja većim dodatnim troškovima ili rizicima kao reakcija na male i trajne promjene relativnih cijena“.¹⁹ Ona će se uzimati u obzir pri ocjeni mjerodavnog tržišta jedino ako su troškovi zbog prebacivanja proizvodnje na druge proizvode neznatni ili ih uopće nema.²⁰ Jedino u tom slučaju zamjenjivost ponude ima isti utjecaj kao zamjenjivost potražnje i značajna je za konačno određenje mjerodavnog tržišta. Kod procjene mjerodavnog tržišta na temelju zamjenjivosti ponude moraju se u analizu uvesti i karakteristike zamjenskog proizvoda, stajalište potrošača i troškove prebacivanja.²¹

¹⁸ Obavijest o mjerodavnom tržištu; op. cit. u bilj. 16.; § 13.

¹⁹ Ibid.; § 20.

²⁰ Pošćić, A.; op. cit. u bilj. 12.; str 1868.

²¹ Pošćić, A.; op. cit. u bilj. 12.; str 1868.-1869.

Kako je navedeno na početku ove cjeline, treće ograničenje je potencijalna konkurencija. U kontekstu određivanja mjerodavnog tržišta, potencijalna konkurencija nema veliku ulogu, jer je kako to Komisija navodi ovisna o analizi specifičnih čimbenika i okolnosti vezanih za uvjete ulaska na tržište.²²

3.2.2. Način utvrđenja mjerodavnog tržišta

Da bi utvrdili koje sve proizvode potrošač smatra alternativom za polazni proizvod moramo imati određeni način provjere potrošačevih preferencija. Komisija u Obavijesti²³ kao alat navodi SSNIP (small but significant non-transitory increase in price) test koji određuje mjerodavno tržište na temelju malog, ali značajnog i trajnog povećanja cijene nekog proizvoda. Prema tome testu, ako se potrošači zbog hipotetskog povećanja cijena polaznog proizvoda ne većem od 10 posto (prag određen od strane Komisije²⁴), prebace na kupnju alternativnog proizvoda, taj se proizvod ima smatrati dijelom mjerodavnog tržišta. Primjena ovog testa može dovesti do pretjerano usko ili široko određenog mjerodavnog tržišta što u konačnici u konkretnom slučaju može dovesti do pogrešne odluke. Isto tako sami test je podložan greškama zbog načina prikupljanja podataka te same činjenice da se podaci prikupljaju od samih potrošača čije je subjektivne preferencije teško prikazati objektivnim pokazateljima.²⁵ Osim što SSNIP ima mana u svojoj primjeni, neki autori smatraju da on kao takav uopće nije primjenjiv u određenim situacijama, barem u svojoj „tradicionalnoj“ formi.²⁶ Poglavitito se tu misli na dvostrana i višestrana tržišta (eng. *two- and multi- sided markets*) koja uznapredovalom digitalizacijom postaju sve važniji čimbenik u poslovanju poduzetnika.

3.3. Vladajući položaj na tržištu

Nakon što smo utvrdili mjerodavno tržište na kojem poduzetnik djeluje, idući stadij određivanja moguće zlorporabe vladajućeg položaja je određivanje njegovog položaja na samom tržištu, odnosno određivanja da li on kao poduzetnik na tom tržištu ima vladajući položaj. Kako se u čl. 102. niti u kojem drugom članku UFEU-a izričito ne navodi definicija vladajućeg položaja, odnosno vladajućeg poduzetnika, zadaća je Komisije i Suda bila da sama kroz praksu odredi što se ima smatrati vladajućim položajem na tržištu. Sud je u presudi *United*

²² Obavijest o mjerodavnom tržištu; op. cit. u bilj. 16.; § 24.

²³ Ibid. § 17.

²⁴ Ibid.

²⁵ Pošćić, A.; op. cit. u bilj. 12.; str 1880.

²⁶ Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., Affeldt, P.; Market definition in two-sided markets: Theory and practice; *Journal of Competition Law & Economics*, 10, (2), (2014.); 293–339; str.338.-339.; preuzeto sa: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu007> (16. 9. 2022.)

Brands odredio da je vladajući položaj, položaj gospodarske moći koju uživa poduzetnik, a koja mu omogućava sprječavanje održavanja učinkovitog tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, te mu omogućava djelovanje, u značajnom obujmu neovisno od njegovih konkurenata, njegovih kupaca, te u konačnici potrošača.²⁷ Sud definiciju proširuje u idućoj točki u kojoj navodi da vladajući položaj u pravilu proizlazi iz niza čimbenika koji se moraju utvrđivati svi zajedno, jer proučavajući zasebno oni nisu utvrđujući.²⁸ Iz tako definiranog vladajućeg položaja možemo izvući da se ima smatrati poduzetnikom u vladajućem položaju, onaj poduzetnik koji može jednostrano i neovisno djelovati na tržištu, bez da je značajno vezan ograničenjima tržišnog natjecanja kojima je vezan poduzetnik koji se ne nalazi u takvom položaju. Na temelju nedovoljno djelotvornih tržišnih ograničenja kojima je vladajući poduzetnik vezan, on stječe značajnu tržišnu moć.²⁹ Takav poduzetnik ima sposobnost da, prilikom donošenja poslovnih odluka, određivanja cijena proizvoda, količina proizvodnje, investiranja u istraživanje i razvoj i ostalih odluka, to čini neovisno o postupanjima i poslovnim potezima ostalih poduzetnika na mjerodavnom tržištu, te željama i potrebama kupaca i potrošača.³⁰ Da bi se poduzetnik smatrao vladajućim, tržišno natjecanje ne mora biti isključeno u potpunosti, odnosno poduzetnik može biti pod pritiskom konkurenata, ali neovisno o tom pritisku, jednostrano i neovisno mora donositi poslovne odluke.³¹ Takav poduzetnik ima značajan utjecaj na uvjete tržišnog natjecanja ili ih može zanemariti u dužem periodu bez da zbog toga trpi štetu.³² Takvog poduzetnika Sud smatra neizbježnim trgovinskim partnerom, jer se može smatrati da manje gospodarski snažni poduzetnici neće moći odgovoriti na promjene na mjerodavnom tržištu, dovoljno brzo i u dovoljnoj mjeri.³³ Iz toga razloga, kupci su praktički primorani poslovati s vladajućim poduzetnikom, koji je tako izrazito otporan na promjene na tržištu koje bi mogle uzrokovati slabljenje njegovog tržišnog položaja. Zbog svega navedenog, vladajućeg poduzetnika odlikuje velika gospodarska moć uspoređujući ga s drugim poduzetnicima na promatranom tržištu. Upravo je pitanje s kolikom gospodarskom snagom poduzetnik raspolaže ključno pitanje za

²⁷ C-27/76 - *United Brands Company and United Brands Centinaal BV v Commission* (1978.); EU:C:1978:22; § 65; C-85/76 - *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* (1979.); EU:C:1979:36

²⁸ *Ibid.* § 66.; C-250/92 - *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA.* (1994.); EU:C:1994:413; § 47

²⁹ Obavijest Komisije – Smjernice o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. UFEU-a na zlouporabna isključujuća postupanja vladajućeg poduzetnika (tekst značajan za EGP) – SL [2009] C 045/7; (engl. Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance)); (dalje: Smjernice o isključujućim postupanjima); § 10.

³⁰ Butorac Malnar, V et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 302.

³¹ *Ibid.*; T-395/94 - *Atlantic Container Line and Others v Commission* (2002.); EU:T:2002:49; § 330.

³² C-85/76 - *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* (1979.); EU:C:1979:36; § 39.

³³ *Ibid.* § 41.

utvrđivanje vladajućeg položaja. Prag koji poduzetnik mora prijeći nije strogo određen te se treba određivati za svaki konkretni slučaj zasebno. Hoće li se određeni poduzetnik smatrati vladajućim ovisi o kojem se tržištu radi, kakva je struktura samog tržišta, kakav je utjecaj kupaca na poduzetničko ponašanje itd. ZZTN za određivanje poduzetnika u vladajućem položaju daje dvije pretpostavke. Uz definiciju koja stavlja neovisnost postupanja poduzetnika kao ključ utvrđivanja vladajućeg poduzetnika ZZTN propisuje da se vladajućim poduzetnikom ima smatrati osobito onaj poduzetnik koji nema konkurenata na tržištu i/ili ima značajnu tržišnu snagu koja se određuje po potom nabrojanim kriterijima.³⁴ Druga pretpostavka se odnosi na prag tržišnog udjela iznad kojeg se poduzetnik može smatrati vladajućim i koji iznosi 40 posto.³⁵ Takvo uređenje prati praksu Suda i svi se kriteriji nabrojani u ZZTN-u baziraju na utvrđenim kriterijima razvijenim kroz djelovanje Suda. Te kriterije, na temelju kojih se utvrđuje vladajući položaj Komisija grupira u tri cjeline i to: tržišni položaj mogućeg vladajućeg poduzetnika i njegovih konkurenata na mjerodavnom tržištu, prepreke ulasku i rastu na tržištu te protutežna snaga kupaca.³⁶ Svaka se od tih skupina čimbenika mora analizirati u konkretnom predmetu te se na temelju takve analize, uzimajući u obzir ukupnu sliku, ocjenjuje nalazi li se konkretni poduzetniku u vladajućem položaju.

3.3.1. Analiza strukture tržišta

Prva i na početku razvoja sudske prakse ključna indicija postojanja vladajućeg položaja određenog poduzetnika bila je visok tržišni udio na mjerodavnom tržištu. Tako je Sud u presudi *Hoffman – La roche* iznio stav da je visok udio na tržištu, sam po sebi, osim u iznimnim okolnostima, dokaz postojanja vladajućeg položaja.³⁷ Takav stav je Sud ponovio još u nizu presuda.³⁸ Osim te pretpostavke Komisija navodi da se nizak udio na tržištu može smatrati indikatorom nepostojanja vladajućeg položaja poduzetnika.³⁹ Komisija navodi prag od 40 posto, ispod kojeg smatra da u pravilu, osim u iznimnim okolnostima, ne dolazi do vladajućeg položaja.⁴⁰ Kako je već prije navedeno, taj prag navodi i ZZTN, po uzoru na ovu odredbu. Komisija također navodi da se odluka da poduzetnik ima vladajući položaj ne smije donijeti samo na temelju visokog tržišnog udjela, nego povezano s analizom ostalih faktora koje smatra

³⁴ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/09, 80/13, 41/21); čl. 12. st.1.

³⁵ Ibid.; čl. 12. st. 2.

³⁶ Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 12.

³⁷ C-85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission (1979.); EU:C:1979:36; § 41.

³⁸ T-340/03 France Télécom v Commission (2007.); EU:T:2007:22; § 100.; T-221/95 Endemol v Commission (1999.); EU:T:1999:85; § 134.; C-62/86 AKZO v Commission (1991.); EU:C:1991:286; § 60.

³⁹ Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 14..

⁴⁰ Ibid.

odlučnim za donošenje odluke.⁴¹ Razlog zbog kojeg se tržišni udjeli moraju uzimati samo kao jedna od indicija vladajućeg položaja je statičnost slike tržišta koju oni daju kada se proučavaju zasebno. Utvrđivanjem tržišnog udjela dobivamo sliku u određenom trenutku, bez mogućnosti da sagledamo kako će se tržište razvijati u budućnosti, te kakvo je bilo u prošlosti. U određenom trenutku poduzetnik, uistinu može imati visoki udio tržišta pod svojom kontrolom, ali u istom trenutku može postojati prostor koji poduzetnik koji već djeluje na istom tržištu može iskoristiti za svoj rast, ili na tržište može ući novi poduzetnik, koji može preuzeti određeni udio od poduzetnika nad kojim se provodi istraga. Komisija pri procjeni ocjenjuje i odnos tržišnih udjela između poduzetnika na mjerodavnom tržištu u prošlosti, poglavito je li poduzetnik pod istragom često smanjivao udjel na tržištu ili ga povećavao, te tako procjenjuje može li se tržište koje se proučava smatrati visoko dinamičnim i je li podložno promjenama pod utjecajem inovacija ili rasta.⁴² Ako Komisija procjeni da je tržište dinamično, moguće je da neće visok tržišni udio poduzetnika pod istragom uzeti kao dokaz ili indiciju postojanja vladajućeg položaja. Iz prakse Suda možemo izvući zaključak da se tržišni udjeli iznad 50 posto gotovo uvijek ukazuju na postojanje vladajućeg položaja.⁴³ Tržišni udjeli ispod toga praga, mogu dovesti do uzimanja udjela kao dokaz postojanja vladajućeg položaja, poglavito oni iznad 40 posto.⁴⁴ Oni udjeli ispod 25 posto se ne uzimaju kao dokaz vladajućeg položaja.⁴⁵ Važno je napomenuti da su tržišni udjeli jako ovisni o određenom mjerodavnom tržištu. Krivo određeno mjerodavno tržište, odnosno preširoko ili preusko određeno tržište može dovesti do previsoko ili prenisko određenih tržišnih udjela, što pak može dovesti do pogrešno utvrđenog vladajućeg položaja ili neutvrđivanja istog. Upravo iz tog razloga, sveprisutnije su teze da se određivanje mjerodavnog tržišta treba odbaciti, i zamijeniti drugim alatima. Tako Kaplow smatra da ne postoji nijedan razuman način određivanja mjerodavnog tržišta, bez prethodne procjene tržišne snage promatranog poduzetnika.⁴⁶ Tako određivanje mjerodavnog tržišta postaje svrha samo sebi. Određenje mjerodavnog tržišta nam je potrebno da utvrdimo tržišni udio poduzetnika pod

⁴¹ Ibid. § 15.

⁴² Raspravna knjiga Opće uprave za tržišno natjecanje o primjeni članka 82. Ugovora na isključujuće zloporabe (2005.); (engl. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses); (dalje: Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima); preuzeto sa:

<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/004.pdf> (18. 9. 2022.); § 30.

⁴³ T-321/05 - AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission (2010.); EU:T:2010:266; § 288.; C-62/86 AKZO v Commission (1991.); EU:C:1991:286; § 60.; T-395/94 - Atlantic Container Line and Others v Commission (2002.); EU:T:2002:49; § 328.

⁴⁴ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 30. uz sve presude navedene u bilješkama za navedenu točku

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Kaplow, L.; Why (Ever) Define Markets? ; 124 Harvard Law Review 438. (2010.); str. 437-517; str. 440.; preuzeto sa: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:30013694> (18. 9. 2022.)

istragom, a mjerodavno tržište pak određujemo na temelju prethodne okvirne procjene tržišnog udjela.

3.3.2. Prepreke ulasku i rastu na tržište

Kako je prije spomenuto, tržišni udjeli se, zbog jednolične i statične slike tržišta koje pružaju, moraju gledati iz perspektive samo jedne od više indicija koje dovode do utvrđivanja vladajućeg položaja promatranog poduzetnika. Da bi taj poduzetnik bio vladajući na tržištu, njegovi konkurenti, trenutni ili potencijalni, ne smiju moći svojim rastom ili ulaskom na tržište preuzeti dio tržišnog udjela poduzetnika pod istragom. Ako konkurenti to ipak mogu, bez nerazmjernih gubitaka ili teškoća, promatrani poduzetnik je vezan ograničenjima potencijalne ili stvarne konkurencije, što se može smatrati snažnom indicijom da poduzetnik nije u vladajućem položaju. Ako poduzetnik koji želi ući na tržište to ne može, jer poduzetnik pod istragom to sprječava iskorištavanjem svoje gospodarske snage, ili postoje druge poteškoće pri ulasku na tržište, govorimo o preprekama pri ulasku na tržište. Ako poduzetnik koji već djeluje na tržištu, ne može na tržištu rasti, te na taj način utjecati na raspodjelu tržišnih udjela, govorimo o preprekama rastu na tržištu. Da bi Komisija rast ili ulazak na tržište uopće uzela u obzir, rast ili ulazak mora biti vjerojatan, pravovremen i dostatan.⁴⁷ Ulazak ili rast će se smatrati vjerojatnim ako je profitabilan za poduzetnika koji ulazi ili želi pojačati svoje poslovanje na tržištu. Kada govorimo o profitabilnosti, Komisija uzima u obzir čimbenike kao što su prepreke ulasku ili rastu na tržištu, ponašanje poduzetnika pod istragom ili njegove konkurencije, te rizik i cijenu neuspjeha rasta ili ulaska na tržište.⁴⁸ Ako cijena proizvoda s kojim poduzetnik ulazi na tržište može pokriti troškove navedenih čimbenika, ulaz ili jačanje poslovanja će biti profitabilno. Pri procjeni je li ulazak na tržište vjerojatan, Komisija će u obzir uzeti i prethodne pokušaje ulaska na tržište.⁴⁹ Ako su prethodni ulasci na tržište bili neuspješni, to će utjecati na ocjenu ulaska vjerojatnim od strane Komisije. Ako su prethodni ulasci bili uspješni i česti Komisija će vrlo vjerojatno to okarakterizirati kao manjak prepreka na ulasku na tržište.⁵⁰ Ulazak na tržište će se smatrati pravovremenim ako je dovoljno brz da poduzetnik pod istragom ne može dovoljno brzo reagirati, te spriječiti ulazak novog poduzetnika na tržište, iskorištavajući svoju gospodarsku moć. Za ocjenu dovoljne brzine Komisija mora uzeti u obzir specifičnosti i dinamiku samog tržišta koje je predmet ocjene.⁵¹ Da bi se ulazak ili rast ocijenio

⁴⁷ Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 16.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 36.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.; § 35.

dostatnim, on mora odgovarati razmjerom. Ulazak mora biti toliko opsežan da spriječi moguće zlouporabno postupanje potencijalno vladajućeg poduzetnika, te da kao takav predstavlja ograničenje na njegovo djelovanje na mjerodavnom tržištu.⁵² Kada se sagledava ukupna slika, i ocjenjuje postoje li ili ne postoje prepreke ulasku i rastu na tržištu, moramo ocijeniti mogu li konkurenti preslikati poslovanje poduzetnika pod istragom u onom dijelu zbog kojega je on stekao takvu gospodarsku moć. Ako je odgovor negativan, te konkurencija ne može poslovati kao potencijalno vladajući poduzetnik bez velikih gubitaka ili ne može uopće poslovati, to se može smatrati kao indicija da prepreke rastu i ulasku uistinu postoje. Prepreke ulasku na tržište i prepreke rastu koje nadležna tijela razmatraju se mogu svrstati u nekoliko kategorija koje su se razvile kroz praksu nadležnih tijela. Pa tako postoje pravne i administrativne prepreke, visina početnih ulaganja, tehnološke prednosti, ekonomija razmjera, troškovi prijelaza na druge dobavljače te mrežni učinci. Takve prepreke mogu biti rezultat djelovanja samog poduzetnika pod istragom, ili mogu biti strukturalne prepreke koje nisu rezultat djelovanja ni poduzetnika pod istragom ni njegove konkurencije nego rezultat same strukture tržišta ili vanjskog faktora (npr. državne regulative, oskudnost resursa potrebnih za proizvodnju itd.).⁵³ Postojanje prepreka ulasku ili rastu na koje je sam poduzetnik pod istragom utjecao bit će značajne i kod ocjene zlouporabe vladajućeg položaja kao dokaz koji ide u prilog postojanju isključujuće zlouporabe. One pak prepreke koje su rezultat same strukture tržišta ne smiju imati značaj kod ocjene postoji li zlouporaba vladajućeg položaja ili ne. Naime, često je stajalište povećanje prepreka ulasku na tržište, dovodi do povećanja vjerojatnosti da se poduzetnik upustio u zlouporabno ponašanje na tržištu koje ima isključivo djelovanje.⁵⁴ Ako bi se tijelo koje provodi istragu vodilo tom logikom vrlo lako bi moglo donijeti odluku koja odstupa od stvarnog stanja na tržištu. Naime, ako su strukturalne prepreke ulasku visoke, to rezultira smanjenom motivacijom za zlouporabom gospodarske moći od strane poduzetnika pod istragom. Tome je tako jer se poduzetnik neće upuštati u iskorištavanje svoje gospodarske moći, ako će potencijalne prepreke ulasku već same od sebe odbiti potencijalnog konkurenta od ulaska na mjerodavno tržište. Samim time, postojanje strukturalnih prepreka se ne smije uzeti kao indicija zlouporabe vladajućeg položaja, ali se može smatrati da njihovo postojanje dovodi do smanjenja vjerojatnosti poduzetnikovog zlouporabnog djelovanja.⁵⁵

⁵² Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 16.

⁵³ Crane A. D., Market Power Without Market Definition; 90 Notre Dame Law Review 31 (2014.); str. 30-80; str. 49.; preuzeto sa: <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol90/iss1/2> (20. 9. 2022.)

⁵⁴ Ibid.; str. 33.-34.

⁵⁵ Ibid.

3.3.2.1. Pravne i administrativne prepreke

Pod pravnim preprekama smatramo svu onu pravnu regulativu koja pokriva određeno mjerodavno tržište i koja je ili može biti prepreka ulasku ili rastu na tržištu. Administrativne prepreke su oni upravni postupci vezani uz dobivanje dozvola za obavljanje djelatnosti na promatranom tržištu, a koji također jesu prepreka ulasku na tržište. Pravni propisi kojima se regulira određeno tržište mogu smanjiti broj poduzetnika koji djeluju na tržištu dodjelom posebnih ili isključivih prava obavljanja djelatnosti određenim poduzetnicima ili poduzetniku, primjerice u obliku koncesije, dozvole za obavljanje djelatnosti ili intelektualnih prava vlasništva.⁵⁶ Takva isključiva prava obavljanja djelatnosti mogu dovesti i do zakonskih monopola. Takvi slučajevi⁵⁷ su kroz povijest postojali, ali utjecajem liberalizacije tržišta danas su rijetkost. U tim slučajevima govorimo o apsolutnim preprekama ulasku. Češći su slučajevi u kojima propisi ne sprječavaju ulazak na tržište, ali ga znatno otežavaju, primjerice određivanje kvota, visokih tehnoloških standarda, određivanjem obveznih naknada itd.. U tu kategoriju bi se u jednoj mjeri mogli svrstati i intelektualna prava vlasništva. Intelektualna prava vlasništva nemaju za cilj otežati ulazak ili rast na tržištu ali imaju takav utjecaj. Iako ima takvo djelovanje, kod takvih prava prevladava korist odnosno potreba da se zaštiti poduzetnik, koji je svojim ulaganjima u proizvodnju i inovacije, stvorio ili poboljšao određeni proizvod te tako donio izravnu korist krajnjim potrošačima.

3.3.2.2. Visina početnih ulaganja

Poduzetnika koji se odluči uključiti na tržište očekuju troškovi vezani uz ulazak na tržište. Takva početna ulaganja nisu teret poduzetnika koji na tržištu već djeluju. Kolika će ta ulaganja biti ovisi od tržišta do tržišta. Ako su takva ulaganja vrlo visoka, ona mogu biti prepreka ulasku na tržište. Isto tako poduzetnik sam snosi rizik neuspjeha njegovog ulaska na tržište. Ako poduzetnik uloži određenu količinu sredstava u ulazak na tržište, a ulazak bude neuspješan ili se odluči povući s tržišta, on možda neće moći povratiti sva sredstva koja je uložio. Ulaganje koje poduzetnik ne uspije povratiti u slučaju povlačenja s tržišta ili prestanka obavljanja djelatnosti nazivaju se „potopljenim troškovima“. Ako su takvi troškovi visoki oni se smatraju preprekom ulasku. Visina početnih ulaganja kao prepreka se javlja u različitim slučajevima. Može se javiti u slučajevima vezanima uz distribuciju, odnosno vertikalno

⁵⁶ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 40.

⁵⁷ C-202/88 - French Republic v Commission (1991.); EU:C:1991:120; C-320/91 - Corbeau v Régie des Postes (1993.); ECR I-2563

integriranih poduzetnika, koji zbog svojeg uspostavljenog lanca, prisiljavaju ulaznog poduzetnika, na kreiranje vlastitog lanca distribucije zbog manjka alternativnih opcija.⁵⁸ Visoka početna ulaganja se mogu pojaviti i na tržištima na kojima je za pariranje postojećim poduzetnicima potrebno snažno reklamiranje i promocija.⁵⁹

3.3.2.3. Tehnološke prednosti

Poduzetnici koji već djeluju na određenom tržištu mogu imati tehnološke prednosti koje im mogu dati prednost u odnosu na postojeću i potencijalnu konkurenciju.⁶⁰ Takva tehnološka prednost smanjuje troškove poduzetnika, a povećava troškove konkurencije. U tehnološke prednosti ubrajamo pravo intelektualnog vlasništva, istraživanje i razvoj, povlašteni pristup neophodnim sredstvima ili uređajima, inovacije, know-how itd.⁶¹ Ovisno o tehnološkoj razvijenosti tržišta, ovisi i koliko će biti visoki troškovi ulaska, odnosno koliko će prepreka koju će potencijalni poduzetnici morati zaobići biti snažna. Naime, na tehnološko visoko razvijenim tržištima, gdje je prostor za tehnološki napredak sužen, potencijalni poduzetnik mora uložiti puno više sredstava da bi parirao tehnološko razvijenijoj konkurenciji ili stekao prednost nad njom, nego na manje tehnološki razvijenim tržištima. Situacije u kojima je pristup određenim resursima koji su nužni za obavljanje djelatnosti otežan ili onemogućen drugim poduzetnicima od strane jednog poduzetnika također spada u ovu kategoriju prepreka ulasku.⁶² Primjere takvih situacija nalazimo kod poduzetnika koji su u vlasništvu infrastrukture, za koju ne postoji mogućnost izgradnje alternativne infrastrukture, što zbog nerazmjernih troškova, što zbog prirodnih ograničenja. U takvim situacijama zakonodavci uskočili s obveznim omogućavanjem pristupa infrastrukturi.

3.3.2.4. Ekonomija razmjera

Ekonomija razmjera označava „pad troškova proizvodnje i distribucije po jedinici proizvoda u mjeri u kojoj su povećani proizvodni kapaciteti pogona“.⁶³ To znači da zbog raspodjele troškova koji su fiksni na veću količinu outputa, padaju i ukupni troškovi. Takav pad troškova ide u prilog većim proizvođačima, poglavito onima koji već djeluju na tržištu nasuprot

⁵⁸ T-83/91 - Tetra Pak International SA v Commission (1994.); EU:T:1994:246

⁵⁹ C-27/76 - United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission (1978.); EU:C:1978:22; Odluka Komisije - 92/213/EEC - British Midland v. Aer Lingus (1992.); IV/33.544

⁶⁰ T-30/89 - Hilti AG v Commission (1991.); EU:T:1991:70; § 19.

⁶¹ Butorac Malnar, V et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 318.

⁶² T-336/07 - Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission (2012.); EU:T:2012:172

⁶³ Šoljan, V. ; Vladajući položaj na tržištu i njegova zloupotreba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice; Ibis grafika (2004.); str. 216.

onih koji su manji i tek planiraju ulazak na tržište. Ulazak na tržište s premalnim obujmom proizvodnje doveo bi do previsokih troškova proizvodnje za potencijalnog konkurenta, samim time ulazak na tržište će biti manje profitabilan ili uopće neće biti profitabilan. Prema tome, da bi ulazak na tržište uopće bio isplativ ulaznom poduzetniku on mora ući s dovoljnim obujmom proizvodnje koji bi mu dozvolio da parira poduzetniku koji već proizvodi u velikom kapacitetu. Takav povećani ulazak na tržište, uistinu smanjuje ulaznom poduzetniku troškove po jedinici proizvoda, ali mu povećava rizik koji on mora snositi, povećava početna ulaganja i potencijalno ga dovede do većih „potopljenih troškova“ u slučaju izlaska s tržišta.

3.3.2.5. Trošak prelaska na druge dobavljače

Ovaj oblik prepreka ulasku na tržište i rastu se razlikuje u odnosu na ostale prepreke ulasku i rastu zato što se troškovi u ovom slučaju nalaze na strani kupca. Kupac koji će imati prevelike troškove prelaska neće biti sklon promjenama dobavljača. Ako preveliki troškovi prijelaza postoje kod značajnog broja kupaca, ulazni poduzetnik neće imati prostora za zauzimanje dovoljnog dijela tržišta da bi mu ulazak bio profitabilan. Ako bi se ipak odlučio za ulazak na tržište, ulazni poduzetnik bi morao ući s većim troškovima nego što bi morao ući da ne postoji trošak na strani kupaca. Povećanje troškova se iz tog razloga može smatrati preprekom ulasku ili rastu na tržištu. Do troškova na strani kupaca može doći zbog već usklađenih vlastitih kapaciteta s proizvodima starog dobavljača, izostanka alternativnih dobavljača ili nužnosti ulaganja u edukaciju i obuku djelatnika za korištenje proizvoda ulaznog poduzetnika.⁶⁴

3.3.2.6. Mrežni učinci

Iduća kategorija prepreka i rastu i ulasku na tržište su mrežni učinci. Mrežni učinci sve više dobivaju na značaju razvojem i rastom digitalnih tržišta. Iako mrežni učinci prožimaju digitalna tržišta oni su značajni u svim dvostranim i višestranim tržištima. Dvostrana i višestrana tržišta su tržišta na kojima poduzetnik djeluje kao platforma koja je spona između dviju različitih grupa kupaca koji imaju korist jedna od druge, te su tako potrebne jedna drugoj. Dakle, da bi tržište mogli smatrati višestranim moramo imati zadovoljene uvjete postojanja dviju ili više različitih grupa kupaca, te grupe kupaca moraju imati korist jedne od drugih, odnosno moraju postojati pozitivni učinci povezivanja tih grupa te moramo imati poduzetnika-

⁶⁴ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 319.

posrednika koji tu korist od povezivanja prepozna i iskoristi za svoju dobit.⁶⁵ Mrežne učinke dijelimo na izravne i neizravne. Izravni mrežni učinci postoje kada volja jednog kupca ili korisnika usluge za kupnjom proizvoda ili korištenjem usluge, ovisi o količini kupljenih istih proizvoda ili korištenih istih usluga.⁶⁶ Neizravni mrežni učinci postoje kada volja kupca proizvoda ili korisnika usluge za kupnjom određenog proizvoda ili korištenja određene usluge ovisi o broju kupaca ili konzumenata nekog drugog proizvoda ili usluge.⁶⁷ Takve učinke pronalazimo na tržištima medija, bankarskim i financijskim tržištima, tržištima telekomunikacije i tehnologije te ostalim tržištima bez obzira na njihovu složenost. Do mrežnih učinaka kao prepreke ulasku i rastu dolazi zbog povećane kompleksnosti poslovanja dvostranih i višestranih tržišta. Naime svakom ulaznom poduzetniku je cilj privući kupce ili korisnike svojim proizvodom ili uslugom. Isto vrijedi i za poduzetnika koji već djeluje na određenom tržištu, ali želi povećati obim svog djelovanja. Da bi poduzetnici to uspjeli na dvostranom ili višestranom tržištu oni ne moraju zadovoljiti potrebe samo jedne grupe kupaca kao što to moraju poduzetnici na jednostranim tržištima, nego moraju zadovoljiti potrebe više grupa korisnika ili kupaca. Naime, da bi kupac ili korisnik na višestranom tržištu prešao na drugi proizvod ili uslugu, on mora biti uvjeren da će na povezani proizvod s druge strane platforme prijeći zadovoljavajući udio druge grupe kupaca ili korisnika. Isto vrijedi i na jednostrana tržišta na kojima postoje izravni mrežni učinci. Na određeni proizvod ili uslugu prijeći će onaj korisnik ili kupac koji je uvjeren da će na taj proizvod ili uslugu prijeći zadovoljavajuća količina novih korisnika ili kupaca. Takva tržišta su sklona lock-in efektu zbog kojeg korisnici nisu skloni prelasku na usluge novog proizvođača. Dakle, ulazak ili rast na tržištu koje je prožeto mrežnim učincima može biti opterećen visokim troškovima ulaska ili povećanja poslovanja uzrokovanim potrebom za privlačenjem velikog broja novih korisnika. Mrežni učinci u kombinaciji s ostalim preprekama rastu i ulasku na tržište, te velikim tržišnim udjelom određenog poduzetnika često olakšavaju vladajućim položajem isključiva zlouporabna ponašanja, poglavito na digitalnim tržištima.⁶⁸ Takvi učinci su smanjeni na tržištima na kojima je prisutno povezivanje na više platformi za istu svrhu (engl. multi-homing).⁶⁹ Problem mrežnih učinaka, kao i kombinacije njih s drugim preprekama ulasku i rastu te probleme do sad slabo uređenih digitalnih tržišta,

⁶⁵ Evans, D.; *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets: Yale Journal on Regulation* 20 (325) (2003.); str. 327-381; str. 331.-333.; preuzeto sa: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/8032> (24. 09. 2022.)

⁶⁶ Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., Affeldt, P.; op. cit. u bilj. 26.; bilješka 8.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ T-201/04 - Microsoft Corp. v Commission (2007.); EU:T:2007:289; T-604/18 Google and Alphabet v Commission(Google Android) (2022.); EU:T:2022:541

⁶⁹ Evans, D.; op. cit. u bilj. 65; str. 364.

EU pokušava riješiti donošenjem Akta o digitalnim tržištima koji bi trebao rezultirati povećanjem kontrole nad djelovanjem poduzetnika na digitalnim tržištima.⁷⁰

3.3.3. Protutežna snaga kupaca

Za razliku od prethodna dva tržišna ograničenja protutežna snaga kupaca je indikator nepostojanja vladajućeg položaja poduzetnika pod istragom. Naime, ova vrsta tržišnih ograničenja ovisi o kupcima na mjerodavnom tržištu, točnije o njihovoj snazi. Ako na strani kupaca postoji dovoljno snažan kupac ili više njih koji mogu utjecati na ponašanje poduzetnika pod istragom, oni se smatraju tržišnim ograničenjem za poduzetnika. Ako se zbog protutežne snage kupaca, poduzetnik pod istragom ne može ponašati neovisno i jednostrano donositi odluke on ne ispunjava uvjete razvijene kroz sudsku praksu i nema vladajući položaj na tržištu. Do takve protutežne snage kupaca dolazi ako je poduzetnik pod istragom zbog veličine kupca ili njegovog poslovnog značaja⁷¹ ovisan o poslovanju s kupcem ili ako taj kupac može dovoljno brzo i u značajnoj mjeri potrebe zadovoljiti prebacivanjem na alternativnog dobavljača.⁷² Sama mogućnost da se kupac prebaci na novog ulaznog dobavljača, dobavljača koji već posluje na tržište ili mogućnost da se vertikalno integrira na tržište djeluje restriktivno na ponašanje poduzetnika pod istragom. Međutim, samo postojanje dovoljno snažnog kupca koji može djelovati restriktivno na poduzetnika ne smije se uzeti kao indikator nepostojanja vladajućeg položaja, ako ostali kupci koji samostalno nisu dovoljno snažni da utječu na poslovanje poduzetnika te poduzetnikovi konkurenti nemaju korist od istog. Naime, pregovaračka moć kojom kupac raspolaže ne smije dovesti do ostvarivanja boljih uvjeta za svoje poslovanje, već mora imati utjecaj na sve aktere na mjerodavnoj tržištu. Ako takav kupac djeluje na poduzetnika na način da poduzetnik primjenjuje različite uvjete na njega i na ostale manje kupce, taj kupac se mora izuzeti iz ocjene stanja tog mjerodavnog tržišta, jer zbog različitih uvjeta poslovanja taj kupac i ostali kupci ne tvore isto mjerodavno tržište. Iz tog razloga trebalo bi proučavati položaj na tržištu poduzetnika pod istragom na dva različita tržišta, onom za kupce veće tržišne snage i onom za kupce manje tržišne snage.⁷³

⁷⁰ Zakonodavna rezolucija Europskog parlamenta od 5. srpnja 2022. o prijedlogu uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o pravednim tržištima neograničenog tržišnog natjecanja u digitalnom sektoru (Akt o digitalnim tržištima); (engl. European Parliament legislative resolution of 5 July 2022 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)) (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD))

⁷¹ Značaj Coca-cola branda kao „must stock“ proizvoda; Odluka Komisije - 98/327/EC - The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S (1997.); IV/M.833 § 81.

⁷² Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 18.

⁷³ Obavijest o mjerodavnom tržištu; op. cit. u bilj. 16.; § 43.

4. ZLOUPORABA VLADAJUĆEG POLOŽAJA

Kako je u uvodu već rečeno, članak 102. UFEU-a zabranjuje svaku zlouporabu vladajućeg položaja od strane poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovom znatnom dijelu u mjeri koja bi mogla utjecati na trgovinu među članicama. Prema tome nije zabranjeno biti u vladajućem položaju nego taj položaj zlouporabiti. Vidljivo je da u članku nije dana definicija zlouporabe, nego su navedeni samo njeni oblici. Tako je definiranje ostavljeno tijelima EU-a, odnosno Sudu EU-a koji je kroz praksu definirao zlouporabu vladajućeg položaja. U presudi *Hoffmann-La Roche* Sud je definirao zlouporabu kao objektivni koncept koji se odnosi na ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju, koje je takvo da utječe na strukturu tržišta na kojem je, kao posljedica same prisutnosti poduzetnika o kojem je riječ, razina tržišnog natjecanja, oslabljena.⁷⁴ Takvo ponašanje, putem pribjegavanja metodama različitim od onih koje uvjetuje uobičajeno tržišno natjecanje temeljeno na poslovnim transakcijama sudionika u trgovini, ima za posljedicu, sprječavanje održavanja tržišnog natjecanja koje još postoji na tržištu ili sprječavanja razvoja tog tržišnog natjecanja.⁷⁵ Iz toga prvo proizlazi da se koncept zlouporabe ima primjenjivati samo na poduzetnike koji se nalaze u vladajućem položaju. Dakle, poduzetnik za kojeg Komisija ili Sud EU-a ne procijeni da se nalazi u vladajućem položaju ne može kršiti 102. čl. UFEU-a. Drugo, do zlouporabe vladajućeg položaja na tržištu mora doći inicijativom poduzetnika, onoga u vladajućem položaju ili njegovog poslovnog partnera, što znači da se zakonom propisana postupanja ne mogu smatrati zlouporabnim.⁷⁶ Definiranje zlouporabe kao objektivnog koncepta znači da se ne zahtijeva namjera, odnosno krivnja poduzetnika za smatranje određenog ponašanja zlouporabnim. Dakle, ako je ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju dovelo do narušavanja tržišnog natjecanja, bez obzira na to što poduzetnik to nije imao za cilj, poduzetnik je prekršio članak 102. UFEU-a. Poduzetnik ne može koristiti izostanak krivnje kao svoju obranu, ali mu izostanak krivnje može utjecati na određivanje kazne, odnosno istu ublažiti. Ono na što se poduzetnik može pozivati u svojoj obrani je tzv. „objektivno opravdanje“.

4.1. Objektivno opravdanje

Objektivno opravdanje je ono opravdanje, kojim će poduzetnici uspješno dokazati kako je njihovo presumirano zlouporabno ponašanje opravdano jer zadovoljava uvjete

⁷⁴ C-85/76 - *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* (1979.); EU:C:1979:36 § 91.; prijevod Šoljan V. op. cit. u bilj. 63.; str. 251. - bilj. 979.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 331.

razmjernosti.⁷⁷ Ono zadovoljava uvjete razmjernosti kada pozitivni učinci poduzetnikovog djelovanja nadvladavaju negativne učinke. Teret dokaza, objektivnog opravdanja svog djelovanja je na poduzetniku pod istragom. Isto tako, iako je teret dokaza na poduzetniku opravdanje se mora procjenjivati na osnovu objektivno određenih čimbenika, unaprijed ustanovljenih od strane javne vlasti, uzimajući u obzir obilježja svakog slučaja i svakog mjerodavnog tržišta zasebno . Dakle, teret dokaza jest na poduzetniku, ali on ne smije biti autoritet koji određuje faktore na temelju kojih se procjenjuje opravdanost njegovih poslovnih djelovanja. Primjer za to daje i Komisija u svojim Smjernicama o isključujućim postupanjima⁷⁸ dajući za primjer presudu *Hilti*.⁷⁹ U toj presudi poduzetnik brani svoje postupanje isključivanja proizvoda konkurenata opravdanjem da je to nužno iz sigurnosnih i zdravstvenih razloga. Iako možda postoje ti razlozi, poduzetnik nije smio bez posredovanja javne vlasti poduzimati nikakva poslovna djelovanja koja za posljedicu imaju isključivanje konkurencije. Komisija ne navodi konkretne argumente ni dokaze koji se mogu iskoristiti kao objektivno opravdanje, ali navodi tri tipa objektivnih opravdanja i to: obrana objektivne potrebe, obrana predusretanja konkurencije te obrana učinkovitosti.⁸⁰

Da bi poduzetnik pod istragom dokazao objektivnu potrebu kao objektivno opravdanje on mora dokazati da je njegovo djelovanje bilo apsolutno nužno. U ovu kategoriju ulazi i isključivanje konkurencije iz sigurnosnih i zdravstvenih razloga koja je opisana kroz slučaj *Hilti*. Ova vrsta obrane poduzetnika se mora prosuđivati na temelju objektivnih kriterija koji se primjenjuju na sve poduzetnike na tržištu jednako te mora primjenjivati standard apsolutne nužnosti.⁸¹

Poduzimanje radnji poduzetnika u svrhu branjenja svojih gospodarskih i ekonomskih interesa zbog radnji konkurenata se prema praksi Suda smatra se legitimnim ciljem.⁸² Prema Raspravnoj knjizi o isključujućim postupanjima, takva praksa predusretanja ponude konkurenata⁸³ dozvoljena je samo kao odgovor na snižavanje cijena od strane jednog konkurenata te kao takva mora zadovoljiti test proporcionalnosti.⁸⁴ Prema testu

⁷⁷ Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 28.; T-83/91 - Tetra Pak International SA v Commission (1994.); EU:T:1994:246 § 136.

⁷⁸ Ibid. § 29.

⁷⁹ T-30/89 - Hilti AG v Commission (1991.); EU:T:1991:70; § 118.-119.

⁸⁰ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 80. – 92.

⁸¹ Ibid.; § 80.

⁸² Ibid.; § 81.

⁸³ sintagma iz Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 332.; engl. - meeting competition

⁸⁴ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 81.; T-65/89 - BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission (1993.); EU:T:1993:31;§ 69.

proporcionalnosti, poduzetnik mora dokazati da je postupanje prikladno za ostvarenje cilja, odnosno obranu svojih ekonomskih i gospodarskih interesa. Drugo, poduzetnik mora dokazati da takvo postupanje nema zadovoljavajuću alternativnu opciju s kojom bi cilj mogao biti ostvaren u adekvatnom vremenu. Treće, takvo postupanje mora biti u skladu s ciljevima iz članka 102. UFEU-a, odnosno takvo postupanje ne smije biti protutržišno.⁸⁵ Sve dokaze koji su potrebni da bi se utvrdilo zadovoljenje testa proporcionalnosti mora podnijeti poduzetnik, a ako bez obzira na to Komisija u svojoj istrazi da je ipak postojala prikladnija mjera ili da opasnosti po interese poduzetnika uopće nisu postojale, postupanje poduzetnika će se smatrati zlouporabnim.

Treća grupa objektivnih opravdanja je opravdanje učinkovitosti. Prema tom tipu opravdanja poduzetnik može opravdati svoje djelovanje dokazima koji pokazuju da je njegovo postupanje dovelo do pozitivnih učinaka koji nadvladavaju negativne učinke, te da tim djelovanjem nije nanesena šteta potrošačima. Naime, kako je navedeno u uvodu, cilj 102. čl. UFEU-a nije zaštita samih konkurenata na tržištu nego zaštita tržišnog natjecanja općenito, te posredno zaštita potrošača. Ako poduzetnik poduzme određeno poslovno postupanje i to postupanje donese određenu korist potrošaču, bilo u vidu poboljšane kvalitete, smanjene cijene ili neke druge učinkovitosti, a isto postupanje dovede do istiskivanja određenog konkurenta, poduzetnikovo će postupanje svejedno biti opravdano. Pri ocjeni opravdanosti mora se voditi računa o trajanju poduzetnikovog postupanja te trenutku kada će nastupiti učinci poduzetnikovog postupanja.⁸⁶ Naime, ako će poduzetnikovo postupanje trajati predugo ono može dovesti do istiskivanja prevelikog broja konkurenata, te tako može narušiti odnos snaga na mjerodavnom tržištu. Isto tako, ako će učinci poduzetnikovog postupanja nastupiti tek u daljnjoj budućnosti, takvo postupanje se mora strože ocjenjivati jer se koristi postupanja koje tek trebaju nastupiti vrlo teško dokazuju te je upitno hoće li te buduće koristi uopće nadvladati štete koje su već nastale. Dakle, da bi se poduzetničko postupanje bilo opravdano ono mora biti u takvom trajanju da ne dovodi do nerazmjernog istiskivanja konkurencije, samim time do jačanja vladajućeg položaja poduzetnika te potrošači moraju imati trenutne koristi od postupanja. Prema svemu navedenom postupanje da bi bilo opravdano zbog svoje učinkovitosti mora ispunjavati ove uvjete: učinkovitosti moraju biti rezultat spornog postupanja poduzetnika, takvo postupanje mora biti neophodno za realizaciju učinkovitosti, vjerojatne učinkovitosti moraju biti veće od negativnih učinaka takvog postupanja te takvo postupanje ne

⁸⁵ Ibid.; § 82.

⁸⁶ Ibid.; § 89.

smije eliminirati konkurenciju u znatnoj mjeri te tako utjecati na tržišno natjecanje. Pri ocjeni ovog opravdanja svako postupanje mora zadovoljiti test proporcionalnosti kao i prethodno opravdanje.

Prije prelaska na oblike zlouporabe potrebno je naglasiti promjene u analitičkom okviru ocjene zlouporabe vladajućeg položaja. Naime, prema tradicionalnom analitičkom okviru, koji je korišten pri donošenju ranijih odluka⁸⁷ potrebno je dokazati da konkretno zlouporabno postupanje ima tendenciju narušavanja tržišnog natjecanja.⁸⁸ Donošenjem Smjernica pristup dokazivanja vjerojatnosti narušavanja tržišnog natjecanja se postrožava te je za intervenciju Komisije potrebna vjerojatnost da će navodno zlouporabno djelovanje imati za posljedicu istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom.⁸⁹ Takav moderni pristup je potvrđen i u presudi *Intel* vezane uz popuste na vjernost, a kasnije i za ostale oblike zlouporabe vladajućeg položaja.

4.2. Oblici zlouporabe

Kako je već u radu prije navedeno, čl. 102. UFEU-a nudi nezatvorenu listu mogućih zlouporaba vladajućeg položaja, pa tako navodi da se zlouporaba može sastojati osobito od: izravnog ili neizravnog nametanja nepoštenih kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepoštenih uvjeta trgovine; ograničavanja proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača; primjene nejednakih uvjeta na ekvivalentne poslove s drugim poslovnim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljniji konkurentski položaj; uvjetovanja sklapanja ugovora prihvaćanjem od druge strane dodatnih obveza koje po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima, nisu povezane s predmetom takvog ugovora.⁹⁰

Sve te povrede prema učinku dijelimo na isključujuće i iskorištavajuće zlouporabe. Isključujuće zlouporabe su one zlouporabe koje po svojoj prirodi mogu i za cilj imaju istisnuti, odnosno eliminirati konkurenciju s tržišta. Pod istiskivanjem ili eliminacijom se podrazumijeva da trenutna ili potencijalna konkurencija djelomično ili u potpunosti nema mogućnost profitabilnog pristupa tržištu.⁹¹ Nije nužno da konkurentni poduzetnik prestane obavljati djelatnost na tržištu ili da potencijalni uopće ne uđe na tržište, već je dovoljno samo da zlouporaba dovede do manje agresivnog konkuriranja vladajućem poduzetniku.⁹² Takva

⁸⁷ T-83/91 - Tetra Pak International SA v Commission (1994.); EU:T:1994:246; T-219/99 - British Airways plc v Commission (2003.); EU:T:2003:343

⁸⁸ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 335.

⁸⁹ Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 20.

⁹⁰ Ugovor o funkcioniranju Europske unije; SL C 202/1; čl. 102.

⁹¹ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 58.

⁹² Ibid.

zlorporaba posredno šteti potrošačima zbog smanjenja alternativnih opcija za potrošača što može dovesti do povećanja cijena, smanjenja kvalitete i smanjenog izbora proizvoda i usluga. Iskorištavajuća zlorporaba je ona zlorporaba koja potrošaču šteti neposredno i kojom vladajući poduzetnik koristi ekonomsku snagu određivanjem visokih cijena, ili nametanjem drugih nepoštenih uvjeta posla, radi ostvarivanja monopolističke dobiti ili druge pogodnosti na račun kupca, što ne bi moglo biti ostvarivo u uvjetima učinkovitog tržišnog natjecanja.⁹³ Obje vrste zlorporaba se u pravilu manifestiraju na mjerodavnom tržištu, ali može doći do prelijevanja negativnih učinaka i na druga povezana tržišta. Druga podjela zlorporabnih postupanja je na cjenovne i necjenovne zlorporabe od kojih su one cjenovne puno učestalije.

Iz prakse Suda EU-a može se izvući nekoliko najučestalijih zlorporabnih postupanja i to su: predatorne cijene, prekomjerne cijene, vezani poslovi, odbijanje poslovanja, cjenovno istiskivanje i za ovaj rad najvažnija zlorporaba, diskriminacija u cijenama. Diskriminacija u cijenama se može podijeliti na diskriminaciju u cijenama podjelom tržišta, selektivno snižavanja cijena te diskriminaciju pomoću popusta i rabata. Prema toj podjeli bit će podijeljeno i sljedeće poglavlje.

5. DISKRIMINACIJA U CIJENAMA

Diskriminacija u cijenama je oblik zlorporabe vladajućeg položaja koja se izvodi iz čl. 102. st. 2. točke c) UFEU-a te iz čl. 13. st. 1. točke 3. ZZTN-a koji navode da se zlorporaba može sastojati od primjene nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju. Kao takva može imati isključujući ili iskorištavajući učinak. Diskriminacija u cijenama se definira kao naplaćivanje različite cijene za ekvivalentne proizvode ili usluge različitim grupa kupaca ili obrnuto, naplaćivanje iste cijene za neekvivalentne proizvode ili usluge različitim grupama kupaca.⁹⁴

Iako je diskriminacija u cijenama oblik zlorporabe vladajućeg položaja, ne smije se svaka takva diskriminacija ocijeniti zlorporabnom. Naime, ne donosi svaka diskriminacija negativne učinke na tržište te bi zabrana svake diskriminacije u cijenama bez uspostavljanja iznimki, mogla štetno utjecati na tržište, sprječavajući ekonomsku učinkovitost i ugrožavajući dobrobit potrošača. Praksa diskriminacije u cijenama može dovesti do ekonomske učinkovitosti, eliminirajući one manje efikasne poduzetnike s tržišta koji zbog svoje

⁹³ Šoljan, V.; op. cit. u bilj. 63.; str. 249.

⁹⁴ Faull, J., Nikpay, A.; The EC Law of Competition, 2. izd.; Oxford University Press (2007.); str. 338.

neefikasnosti ne bi mogli pratiti agresivniju i učinkovitiju konkurenciju.⁹⁵ Svaki izlazak s tržišta takvih poduzetnika, dovodi do jačanja konkurencije i zdrave tržišne utakmice, koja može dovesti do povećanja kvalitete, porasta ulaganja u inovacije i snižavanja cijena te samim time, posljedično dovesti do povećanja blagostanja potrošača. Sankcionirati se treba samo ona diskriminacija u cijenama koja dovodi do stvarnih ili potencijalnih protutržišnih efekata.⁹⁶ Takvi efekti, odnosno hendikepi, ne smiju se okarakterizirati kao učinci zlouporabnih postupanja određenog poduzetnika, ako ne dovode do smanjenja blagostanja potrošača ili povećanja tržišnih ograničenja, već imaju negativni učinak samo na određenog poduzetnika. Naime, kako je već rečeno cilj zaštite tržišnog natjecanja jest zaštita samog tržišnog natjecanja, posljedično potrošača, a ne samih konkurenata na tržištu.

Svaka diskriminacija u cijenama mora ispuniti određene uvjete da bi uopće bila moguća.⁹⁷ Prvo, poduzetnik mora raspolagati značajnom tržišnom moći na tržištu da bi uopće mogao provoditi zlouporabnu cjenovnu diskriminaciju svojih kupaca.⁹⁸ Drugo, poduzetnik mora moći identificirati i kategorizirati kupce po osnovi njihove spremnosti da plate proizvod po određenoj cijeni, odnosno po njihovoj specifičnoj elastičnosti potražnje.⁹⁹ Ovisno o njihovoj mogućnosti identifikacije i kategorizacije kupaca, odnosno količini informacija kojom raspolažu, različiti poduzetnici će moći više ili manje uspješno provesti cjenovnu diskriminaciju. Treće, poduzetnik mora imati sposobnost ograničavanja preprodaje proizvoda i usluga onim kupcima koji su platili manje, a koji bi preprodavali proizvod onima koji taj isti proizvod plaćaju po višoj cijeni. To poduzetnici mogu učiniti, primjerice uvrštavanjem klauzule pri kupnji, kojom se zabranjuje preprodaja proizvoda ili će do toga doći samo po sebi, zbog toga što sama preprodaja neće biti moguća zbog visokih troškova koji proizlaze iz nekog aspekta same kupnje proizvoda.

Diskriminacija u cijenama može biti ostvarena kroz različite oblike postupanja. Prvi oblik koji se smatra idealtipom i nije ostvariv u praksi je diskriminacija u cijenama prvog stupnja koja se pojavljuje kada poduzetnik može svakome kupcu naplaćivati maksimalnu moguću cijenu za proizvod, zbog informacija kojima raspolaže. Drugi oblik je diskriminacija u

⁹⁵ C-209/10 - Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (2012.); EU:C:2012:172; § 22.

⁹⁶ C-525/16 - MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência (2017.); EU:C:2018:270; mišljenje nezavisnog odvjetnika Wahla; § 63.

⁹⁷ Geradin, D., Petit, N.; Price discrimination under EC competition law: Another antitrust doctrine in search of limiting principles?; *Journal of Competition Law & Economics* 2(3) (2006.); str. 479-531; str. 482.; preuzeto sa: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhl013> (1. 10. 2022.)

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

cijenama drugog stupnja koja se ostvaruje kroz sustave popusta i rabata tako da kupac plaća proizvod dijelom po fiksnoj cijeni, a dijelom po varijabilnoj cijeni, koja ovisi o kupljenoj količini proizvoda. Zadnji oblik je diskriminacija u cijenama trećeg stupnja u kojima poduzetnik naplaćuje kupcima proizvod ovisno o njihovoj elastičnosti potražnje.¹⁰⁰

Da bi uopće govorili o kršenju čl. 102. UFEU-a diskriminacijom u cijenama ona mora zadovoljiti određene kriterije. Prvi kriterij je da se uistinu radi o ekvivalentnosti poslova u poslovanju s kupcima. Ekvivalentnost poslova se procjenjuje po trošku pružanja usluge ili proizvodnje proizvoda. Naime, ako je trošak proizvodnje ili pružanja usluge jednak za sve, a cijena se razlikuje poduzetnik diskriminira određenu kategoriju kupaca. Isto tako, ako je trošak proizvodnje različit, a cijena ista, opet govorimo o diskriminaciji u cijenama. Dakle ekvivalentni su oni poslovi, odnosno one transakcije koje imaju isti ili približno isti trošak. Određivanje koliki je trošak određene transakcije bitan je i u ocjeni mora li se određeno postupanje zlouporabnim. Naime, ako određeni poduzetnik diskriminira u cijenama, ali u neznačajnoj mjeri, te takva diskriminacija ne utječe na tržišno natjecanje diskriminacija se ne bi trebala sankcionirati. Međutim, ako poduzetnik značajno poveća cijenu usluge u odnosu na svoj trošak, kupac će biti puno više opterećen nego što bi to bio bez povećanja cijene, te će to utjecati na njegov položaj na tržištu, a ne samo na profitabilnost njegovog poslovanja.¹⁰¹ Takva diskriminacija se mora smatrati zlouporabnom.

Osim kriterija ekvivalentnosti, postupanje poduzetnika koje se smatra zlouporabnim mora ispunjavati i kriterij negativnog učinka. Naime, takvo postupanje mora dovesti ili je barem vjerojatno da će dovesti do negativnog učinka stavljanja poduzetnikovog poslovnog partnera u nejednak položaj na tržištu. Ovisno o tome koje poduzetnike stavlja u nejednak položaj i na kojem tržištu ti poduzetnici posluju razlikujemo povredu sekundarne ili povredu primarne razine, odnosno povredu prema konkurentima ili povredu prema nekonkurentskim poslovnim partnerima. Ako poduzetnikovo postupanje ima učinak na poduzetnike koji ne djeluju na za njega mjerodavnom tržištu, nego djeluju samo na za njega silaznom tržištu na kojem on nije aktivan, odnosno poduzetnikovo postupanje ima učinak samo na njegove kupce koje dovodi u nejednak položaj prema ostalim poduzetnikovim kupcima govorimo o povredi sekundarne razine. Takva povreda se naziva i povreda cjenovne diskriminacije nekonkurentskih poslovnih

¹⁰⁰ Ibid. str. 483.

¹⁰¹ C-525/16 - MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência (2017.); EU:C:2018:270; mišljenje nezavisnog odvjetnika Wahla; § 109.

partnera.¹⁰² Ako pak učinci zahvaćaju poduzetnike koji su ujedno konkurenti poduzetnika pod istragom na tržištu na kojem on aktivno posluje i te poduzetnike stavlja u nejednak položaj u odnosu na poduzetnika pod istragom, takvu povredu nazivamo i povredom primarne razine. Taj tip povrede nazivamo i cjenovnom diskriminacijom konkurenata.¹⁰³ Takve povrede, bez obzira koje razine bile, mogu biti i iskorištavajućeg i isključujućeg karaktera.

Iako bi striktno tumačenje točke c) st. 2. 102. čl. UFEU-a upućivalo da je cilj te odredbe prevencija diskriminacije u cijenama sekundarnog razine, Komisija koristi tu odredbu i za sankcioniranje povreda primarne razine.¹⁰⁴ Takva praksa Komisije nailazi na neodobranje određenog dijela akademske zajednice koja smatra da je svrha gore navedene odredbe zaštita tržišnog natjecanja na silaznom tržištu te da bi se ta odredba trebala primjenjivati što je uže moguće.¹⁰⁵ Takvo prošireno tumačenje Komisije se može objasniti razlozima kao što su nizak prag dokaza potrebnih da bi se dokazala diskriminacija u cijenama, mogućnost da se diskriminacijom u cijenama okarakterizira čitav niz zlouporabnih postupanja te utjecaj povrede sekundarne razine na uzlazno tržište.¹⁰⁶ Naime, iako određeno postupanje poduzetnika u nejednaki položaj na tržištu stavlja trgovinske partnere na silaznom tržištu, takvo postupanje ima i posredno djelovanje na njegove konkurente, koji će takvim postupanjem teže doći do vlastitih kupaca te tako mogu biti isključeni s tržišta.

5.1. Diskriminacija u cijenama podjelom tržišta

Diskriminacija u cijenama podjelom tržišta povreda je kojom poduzetnik naplaćuje različite cijene na različitim zemljopisnim područjima, u skladu sa specifičnom elastičnosti potražnje tih područja.¹⁰⁷ Takvo naplaćivanje samo po sebi nije protupravno dok se područja različite elastičnosti potražnje ne podudaraju s teritorijem država članica EU-a te dok poduzetnik pod istragom uz različito naplaćivanje ne poduzme dodatne mjere kojima onemogućava trgovinu među državama članicama.¹⁰⁸ Učinak takve diskriminacije i takvih dodatnih mjera poduzetnika i argumentacija Komisije i Suda najbolje su vidljivi u predmetu *United Brands*. Prije nego se krene s analizom predmeta potrebno je naglasiti da su razvijena

¹⁰² Mandrescu, D.; *Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases*; *Journal of Antitrust Enforcement*, (2022.); str. 1-49; str. 37.; preuzeto sa: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnac001> (1. 10. 2022.)

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Geradin, D., Petit, N.; op. cit. u bilj. 97.; str. 490.

¹⁰⁵ Ibid.; str. 530.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 361.

¹⁰⁸ Ibid.

stajališta koja smatraju da se diskriminaciju u cijenama podjelom tržišta samo iznimno treba sankcionirati te da čl. 102., točnije točka c) st. 2. nije odgovarajuća pravna osnova za samo sankcioniranje takve povrede.¹⁰⁹

U predmetu *United Brands*, poduzetnik United Brands Company (dalje: UBC) bio je poduzetnik koji je prodavao banane iste vrste, kvalitete te istog branda različitim kupcima, distributerima banana.¹¹⁰ Istovar proizvoda se vršio u dvjema lukama Rotterdam i Bremerhaven gdje se trošak istovara neznatno razlikovao u cijeni.¹¹¹ Rizik, trošak prijevoza te sva ostala davanja snosio je distributer uz izuzetak Irske za koju je trošak prijevoza snosio sami UBC.¹¹² Iako su banane bile identične kvalitete i vrste, troškovi istovara i pakiranja bili su isti za sve distributere, uvjeti istovara se nisu razlikovali kao ni načini plaćanja, cijene su varirale od distributera do distributera ovisno o njegovom sjedištu koje je odgovaralo nacionalnom tržištu maloprodaje banana.¹¹³ Posebno su se razlikovale cijene u Irskoj u odnosu na ostale države članice.¹¹⁴ Iako naplaćivanje proizvoda po višoj cijeni različitim kategorijama kupaca sama po sebi nije sporno, u ovom slučaju sporna je bila tzv. „klauzula zelenih banana“.¹¹⁵ Naime, UBC je zabranio distributerima preprodaju zelenih banana. Potrebno je naglasiti da distributeri zbog kvarljivosti banana nisu mogli kupiti već dozrele banane te da je sami UBC distributerima isporučivao manju količinu banana od naručene što je Komisiji uz klauzulu zelenih banana bila osnova za sankcioniranje postupanja kao zlouporabnog.¹¹⁶ Naime, zabrana preprodaje uz smanjenu isporuku proizvoda te niža cijena i različiti uvjeti u Irskoj bez objektivnog opravdanja je prema Komisiji doveli su do fragmentiranja unutarnjeg tržišta te nejednakog položaja trgovinskih partnera UBC.¹¹⁷ Međutim, kako su distributeri zbog zabrane bili ograničeni na ulogu lokalnih distributera, bez mogućnosti trgovanja između sebe, oni međusobno nisu u odnosu konkurencije, što neki autori navode kao razlog zbog kojeg na ovaj slučaj nije smjela biti primijenjena točka c) st. 2. čl. 102. UFEU-a.¹¹⁸

¹⁰⁹ Geradin, D., Petit, N.; op. cit. u bilj. 97.; str. 522.

¹¹⁰ C-27/76 - United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission (1978.); EU:C:1978:22; § 204.

¹¹¹ Ibid.; § 205.

¹¹² Ibid.; § 206.

¹¹³ Ibid.; § 205.

¹¹⁴ Ibid.; § 212.

¹¹⁵ Ibid.; § 130.

¹¹⁶ Ibid.; § 136.

¹¹⁷ Ibid.; § 234.

¹¹⁸ Geradin, D., Petit, N.; op. cit. u bilj. 97.; str. 523.

Drugi značajan predmet u ovoj kategoriji povreda diskriminacije u cijenama bila je presuda *Tetra pak II*.¹¹⁹ U tom predmetu, Tetra pak, vladajući poduzetnik koji se bavi proizvodnjom i prodajom aseptičnih strojeva i kartona namijenjenih za punjenje tekućom hranom, naplaćivao je različitu cijenu za iste proizvode kupcima u različitim državama.¹²⁰ Takva razlika u cijenama prema Sudu i Komisiji nije imala nikakvog objektivnog opravdanja te nisu mogle biti razlog normalnih tržišnih uvjeta.¹²¹ Isto tako, i u ovom slučaju postojale su klauzule poduzetnika koje su zabranjivale ili ograničavale preprodaju proizvoda. Naime, kupac proizvoda nije mogao preprodati proizvod bez dozvole Tetra paka koji si je zadržao pravo prvokupa te se treća strana morala obvezati preuzeti kupčeve obveze prema Tetra paku.¹²²

Oba ova slučaja karakteriziraju klauzule koje ograničavaju ili zabranjuju preprodaju proizvoda. Smatra se u izostanku takvih klauzula ne bi smjelo sankcionirati razliku u cijenama, jer sama razlika u cijenama može potaknuti integraciju tržišta.¹²³ Naime, razlike u cijenama potiču trgovce da trguju u drugim državama članicama, gdje mogu ostvariti veći profit, što samo po sebi pridonosi integraciji tržišta. Isto tako, uniformne cijene mogu dovesti do smanjenja samog outputa. Naime, iako EU teži ka u potpunosti integriranom tržištu, standard u EU zbog raznih čimbenika nije svugdje isti. Uniformna cijena značila bi, da bi za isti proizvod istu cijenu trebali plaćati pojedinci različite platežne moći, što teret same zabrane diskriminacije baca na siromašnije pojedince i države članice.

5.2. Selektivno snižavanje cijena

Selektivno snižavanje cijena (engl. selective price cutting) je drugi oblik diskriminacije u cijenama u kojem poduzetnik u vladajućem položaju snizuje cijene svojeg proizvoda, ali ne ispod troškova proizvodnje, kupcima za koje smatra da bi mogli prijeći konkurentu ili koji su bili kupci konkurenta, a koji bi mogli prijeći njemu, dok se svim ostalim kupcima naplaćuje viša cijena.¹²⁴ Dakle vladajući poduzetnik svoje postupanje temelji na ciljanju onih kupaca, koji se mogu smatrati trenutnim ili potencijalnim kupcima njegove konkurencije. Da bi se radilo o ovome obliku diskriminacije, nužno je da snižena cijena bude iznad troškova proizvodnje jer bi smanjivanje cijene ispod te razine, poduzetnikovo postupanje svrstavalo u kategoriju predacije. Prema tome, razlika između selektivnog snižavanja cijena i predatornih cijena je u iznosu za

¹¹⁹ T-83/91 - Tetra Pak International SA v Commission (1994.); EU:T:1994:246

¹²⁰ Ibid. § 105.

¹²¹ Ibid. § 170.

¹²² Ibid. § 212.

¹²³ Faull, J., Nikpay, A.; op. cit. u bilj. 94.; str. 406.

¹²⁴ Geradin, D., Petit, N.; op. cit. u bilj. 97.; str. 495.

kojeg je cijena smanjena i gdje se tako snižena cijena nalazi u odnosu na troškove proizvodnje. Prije nego se upustimo u argumentaciju treba li se ovakvo diskriminatorno postupanje uopće sankcionirati, proći ćemo kroz slučajeve u kojima su europski sudovi odlučivali o selektivnom snižavanju cijena.

U predmetu *Compagnie maritime belge*, Udruženje Cewal, udruženje pomorskih prijevoznika imalo je zajednički vladajući položaj na mjerodavnom tržištu pomorskog prijevoza iz tadašnjeg Zaira i Angole prema lukama na Sjevernom moru.¹²⁵ Prema odluci Suda, takav vladajući položaj je zlouporabljen selektivnim snižavanjem cijena i ostalim zlouporabnim praksama.¹²⁶ Poduzetnik je vladajući položaj zlouporabio tako da je izjednačavao ponude konkurenta ili nudio ponude po nižim cijenama od konkurentskih na dan isplavlivanja brodova.¹²⁷ Naime, iako je Sud utvrdio da praksa snižavanja cijena prolazi AKZO test, odnosno da Udruženje nije određivalo predatorne cijene, smatrao je da zbog visokih tržišnih udjela (90 %, dok je ostatak pripadao samo jednom konkurentu), takva praksa dovodi do eliminacije jedinog konkurenta s tržišta i jačanje već postojećeg vladajućeg položaja.¹²⁸ Nadalje, Sud je utvrdio se poduzetniku ne može oduzeti pravo da brani svoje gospodarske interese određenim poslovnim postupanjem, ali on takvo postupanje ne smije biti dozvoljeno ako mu je pravi cilj eliminacija konkurencije.¹²⁹ To je u skladu s mišljenjem nezavisnog odvjetnika Fennellyja koji je u svom mišljenju naveo da selektivno snižavanje cijena dovodi do dobrobiti za potrošača, ali da u kombinaciji s gotovo monopolističkim položajem poduzetnika omogućuje poduzetniku eliminaciju preostale konkurencije na tržištu.¹³⁰

Za razvoj analitičkih okvira ove vrste zlouporabe vladajućeg položaja najvažnija je presuda *Post Danmark*.¹³¹ U toj je presudi, donesenoj povodom prethodnog pitanja, Sud obrazložio kako se ima tumačiti čl. 102. UFEU-a kada govorimo o diskriminaciji u cijenama i predatornim cijenama. Sud je naime, u toj presudi utvrdio da nije svaki isključujući učinak nekog postupanja, automatski i zlouporaban, već može biti rezultat i zdravog tržišnog natjecanja prema zaslugama (engl. competition on the merits).¹³² Takvo tržišno natjecanje može dovesti

¹²⁵ Joined cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 and T-28/93 - *Compagnie maritime belge transports SA and Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. and Nedlloyd Lijnen BV v Commission* (1996.); EU:T:1996:139; § 60.

¹²⁶ *Ibid.*; § 139.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*; § 148.

¹²⁹ *Ibid.*; § 146.

¹³⁰ *Ibid.*; mišljenje nezavisnog odvjetnika Fennellyja; § 132.

¹³¹ C-209/10 - *Post Danmark A/S v Konkurrenserådet* (2012.); EU:C:2012:172

¹³² *Ibid.*; § 22.

do eliminacije konkurenata koji gledajući sa stajališta kupaca ne zadovoljavaju njihove potrebe.¹³³ Međutim, cjenovna praksa poduzetnika, koji uspije izgurati s tržišta poduzetnika koji se smatra jednako učinkovitim kao on te tako ojača tržišni položaj poduzetnika pod istragom nije prihvatljiva za Sud tumačeći čl. 102. UFEU-a.¹³⁴ Prema Sudu, da bi se utvrdilo je li poduzetnik zlorabio svoj vladajući položaj ili ne, nužno je uzeti u obzir ograničava li poduzetnikovo postupanje slobodu kupčevog odabira svog izvora nabave, ograničava li pristup mjerodavnom tržištu konkurentima, primjenjuje li nejednake uvjete na istovrsne poslove te tako stavlja svoje poslovne partnere u nejednak položaj naspram njihove konkurencije, a sve to u svrhu jačanja vlastitog vladajućeg položaja.¹³⁵ U svrhu utvrđivanja gore navedenog, Sud nalaže primjenu AKZO testa podjednako učinkovitog poduzetnika.¹³⁶ Prema njemu cijena ispod prosječnih varijabilnih troškova (engl. average variable cost¹³⁷) smatra se predatornom, cijena iznad prosječnih varijabilnih troškova, ali ispod prosječnih ukupnih troškova smatra se zlorabnom ako za svrhu ima isključivanje konkurencije, dok se cijene iznad prosječnih ukupnih troškova smatraju legalnim.

Kako je prije analize ovih dviju presuda navedeno, postoje različita stajališta oko toga da li bi se selektivno snižavanje cijena trebalo sankcionirati. Naime, određeni dio autora smatra da snižavanje cijena, ali u razini iznad prosječnih ukupnih troškova, treba sagledavati kroz prizmu tržišnog natjecanja prema zaslugama te da takvo postupanje isključuje samo manje učinkovite poduzetnike.¹³⁸ Isto tako, prema Posneru, ako prodavač hoće eliminirati konkurenciju, a jedina metoda koju koristi za tu svrhu je niža cijena od cijene konkurencije, koja je opravdana njegovim nižim troškovima, ne postoji objektivna protutržišna primjedba na njegovo postupanje.¹³⁹ Neki pak navode, da se selektivno snižavanje cijena mora sankcionirati jedino ako je upareno s nekim drugim očito zlorabnim postupanjem.¹⁴⁰ Takvo stajalište je praktički zauzeo i Sud u predmetu *Post Danmark* navodeći da ocjenjujući postupanje određenog

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.; § 25.

¹³⁵ Ibid.; § 26.

¹³⁶ Ibid.; § 44.

¹³⁷ prema Smjernicama o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; referentni ekonomski pojmovi su: „Average Avoidable Cost (AAC)“ – prosječni izbjegivi trošak; „Long-Run Average Incremental Cost (LRAIC)“ – dugoročni prosječni inkrementalni trošak

¹³⁸ Areeda, P., Turner, D. F., *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, 88 *Harvard Law Review* 697 (1975.); str. 697-733; str. 706.; preuzeto sa: <https://www.jstor.org/stable/1340237> (4. 10. 2022.)

¹³⁹ Posner, A. R., *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976.); str 188.; preuzeto sa: <https://heinonline.org/> (04. 10. 2022.)

¹⁴⁰ Lang, J., O'Donoghue, R.; *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC*; *Fordham International Law Journal* 26(1), (2002.); str. 83-162; str. 127.; preuzeto sa: <https://heinonline.org/> (4. 10. 2022.)

poduzetnika treba voditi računa o svim okolnostima slučaja i učincima tih okolnosti.¹⁴¹ Navode se i koristi selektivnog snižavanja cijena pri pojavi određenih tržišnih učinaka. Tako se navodi da selektivno snižavanje cijena može riješiti problem lock-in efekta koji se kod kupaca pojavljuje zbog visokih troškova promjene dobavljača.¹⁴²

Prema svemu navedenom, selektivno snižavanje cijena mogla bi biti legitimna metoda borbe s konkurencijom i zaštite gospodarskih interesa vladajućeg poduzetnika. Isto tako, dokazivanje zlorabivosti selektivnog snižavanja cijena nailazi na probleme dokazivanja, posebice određivanja samog troška. Također, za primjenu točke c) st. 2. čl. 102. UFEU-a kao pravne osnove sankcioniranja potrebno je dokazati i negativne učinke na same potrošače.

5.3. Popusti i rabati

Popusti i rabati su metode pridobivanja kupaca od strane dobavljača. Popusti označavaju odbitak cijene na pojedinačne kupnje do kojih dolazi pri plaćanju robe.¹⁴³ Rabati su odbici ili isplate u gotovini koji se dodjeljuju kupcu retrospektivno na njegove kupnje ostvarene tijekom određenog razdoblja.¹⁴⁴ Dakle, kupac pri pojedinačnoj kupnji plaća robu po punoj cijeni, a prodavatelj istekom razdoblja koje je dogovoreno obračunava ostvareni rabat tako da mu pri zadnjoj kupnji odbije iznos rabata od pune cijene ili mu isplati ostvareni iznos u gotovini.¹⁴⁵ Ovisno o kakvom obliku popusta ili rabata govorimo, ovise i njihovi učinci. Naime, kao i selektivno snižavanje cijena, određeni oblici popusta i rabata predstavljaju metodu zaštite gospodarskih interesa i jedan od alata u legitimnom tržišnom natjecanju prema zaslugama. Svakom prodavatelju je u cilju da poveća vlastitu prodaju, a popustom ili rabatom njegov proizvod postaje jeftiniji, samim time i atraktivniji za potencijalnog kupca. Povećanjem broja kupaca povećava se i njegov profit. Međutim, nisu svi oblici popusta ili rabata legitimni zbog svojih negativnih učinaka na tržišno natjecanje, a podredno tome i na samog potrošača. Da bi ustanovili kakve učinke imaju određeni oblici popusta i rabata trebamo odrediti njihovu podjelu.

Prva podjela popusta i rabata je s obzirom na njihovu uvjetovanost. Bezuvjetni su oni rabati koji su dani određenim kupcima, za svaku pojedinu kupnju, neovisno o njihovom

¹⁴¹ C-209/10 - Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (2012.); EU:C:2012:172; § 26.

¹⁴² Perrot, A.; Towards an effects-based approach of price discrimination; Rapport: Pros And Cons Of Price Discrimination (2005.); str. 161-186; str. 179.; preuzeto sa:

https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyror/pros-and-cons/rapport_pros-and-cons_2005_the-pros-and-cons-of-price-discrimination.pdf (4. 10. 2022.)

¹⁴³ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit u bilj. 1.; str. 369.

¹⁴⁴ Faull, J., Nikpay, A.; op. cit. u bilj. 94.; str. 381.

¹⁴⁵ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 369.

kupovnom ponašanju.¹⁴⁶ Oni se smatraju bezuvjetnim, iako su dani samo određenim kupcima jer su dani na temelju njihovih karakteristika, a ne samog prodajnog ponašanja.¹⁴⁷ Kada bi popust bio omogućen svima ulazio bi u kategorija sniženja ili akcija.¹⁴⁸ Uvjetni popusti i rabati se pak dodjeljuju ovisno o kupovnom ponašanju kupca.¹⁴⁹ Oni nagrađuju prijeđeni prag kupljene robe ili korištenih usluga kod istog dobavljača u određenom razdoblju.¹⁵⁰ Za bezuvjetne popuste i rabate se smatra da u pravilu ne štete tržišnom natjecanju, osim ako su povezani s nekim drugim zlouporabnim postupanjima vladajućeg poduzetnika. U kategoriju bezuvjetnih popusta i rabata mogli bi svrstati i diskriminaciju u cijenama podjelom tržišta jer se u tom slučaju popusti dodjeljuju na temelju karakteristike samih kupaca, točnije njihove lokacije. Taj primjer pokazuje da će Komisija sankcionirati i bezuvjetne rabate ako oni, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, dovode do poremećaja tržišnog natjecanja. Uvjetni rabati mogu dovesti do pozitivnih, ali vrlo često i do negativnih učinaka za tržišno natjecanje.¹⁵¹ Oni ako se primjenjuju od vladajućeg poduzetnika mogu dovesti do isključivanja konkurencije, lock-in efekta te nejednakog položaja njegovih kupaca, dakle do povrede primarne i sekundarne razine.¹⁵² Najčešći oblici uvjetnih rabata su količinski rabati, rabati lojalnosti ili vjernosti, ciljani rabati te vezani rabati. Prve tri navedene kategorije rabata bit će obrađene kasnije u radu.

Drugi način na koji možemo podijeliti popuste i rabate je prema obliku na koji je određen prag koji kupci moraju prijeći da bi ostvarili sami popust ili rabat. Ako je prag unaprijed objektivno određen i primjenjuje se na sve kupce govorimo o objektivno određenom ili standardiziranom rabatu.¹⁵³ Takav prag zbog svojih karakteristika ne dovodi do negativnih učinaka i u pravilu se samostalno ne smatra zlouporabnim postupanjem. Ako je pak rabat određen individualiziranim pragom za svakog kupca, bilo da se radi postotku sveukupnih potreba kupca ili određenim iznosom prodaje, govorimo o subjektivno određenom rabatu.¹⁵⁴ Takav je rabat zbog svog diskriminatornog karaktera, nepostojanju unaprijed određenih kriterija i negativnom učinku vezivanja kupca za prodavatelja u pravilu zlouporaban. Potrebno je naglasiti da je vrlo česta praksa postojanja više pragova potrebnih za ostvarenje rabata u

¹⁴⁶ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 137.

¹⁴⁷ Ibid.; bilj. 85.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.; § 137.

¹⁵⁰ Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 37.

¹⁵¹ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 137. - 141.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.; § 151.

¹⁵⁴ Ibid.

poslovanju s jednim kupcem, čije učinke Komisija, ocjenjujući zlouporabnost postupanja poduzetnika, mora uzeti u obzir pojedinačno i skupno.¹⁵⁵

Treća podjela popusta i rabata je na retroaktivne, inkrementalne i progresivne rabate. Retroaktivni rabat je onaj rabat koji se dodjeljuje na iznos sveukupne kupnje prelaskom određenog praga.¹⁵⁶ Inkrementalni rabat je onaj rabat koji se daje samo na kupnju koji premašuje određeni prag potreban za ostvarenje rabata.¹⁵⁷ Progresivni rabat je onaj kojeg karakterizira ljestvica pragova, odnosno više određenih pragova za jednog kupca. Naime, prodavatelj može odrediti da će ostvarenjem jednog praga kupac dobiti određeni rabat, ali i postaviti još nekoliko pragova čijim bi ostvarenjem kupac mogao ostvariti još veći rabat.

Prije analize pojedinih oblika uvjetovanih rabata potrebno je naglasiti da poduzetnici često kombiniraju više oblika rabata i u svom poslovanju uspostavljaju čitave sustave rabata, tako da će daljnja analiza biti samo uvid u „čiste“ oblike popusta i rabata, koji su vrlo često primijenjeni zajedno.

5.3.1. Količinski rabat

Količinski rabati su oni rabati koji se dodjeljuju svim kupcima koji premaše objektivno definiran prag volumena kupnje.¹⁵⁸ Dakle, količinski rabati ulaze u kategoriju uvjetnih rabata. Količinski rabati se smatraju dozvoljeni ako su određeni u njegovoj „čistoj“ formi. Ako pak prodavatelj, uz objektivno određenu količinu pridoda još neki uvjet potreban za ostvarenje rabata ili rabat koristi kroz duži vremenski period, količinski rabati ulazi u područje rabata za vjernost. Prema tome količinski rabat koji ima negativne zlouporabne učinke se klasificira kao rabat za vjernost.

Da bi količinski rabat bio dozvoljen, njegov prag mora biti unaprijed određen za sve kupce koji kupnjom određene količine robe ili korištenjem određene količine usluga dobivaju popust. Takav popust kupcu mora biti objektivno opravdan opsegom poslovanja kojeg on donosi prodavatelju ili ekonomijom razmjera.¹⁵⁹ Ekonomija razmjera kao objektivno ekonomsko opravdanje potvrđena je i kroz praksu Suda iz koje jasno da, ako povećanje

¹⁵⁵ Ibid.; bilj. 96.

¹⁵⁶ Ibid.; § 151.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit u bilj. 1.; str. 371.

¹⁵⁹ T-203/01 - Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission (2003.); EU:T:2003:250; § 100.

isporučene robe kupcu dovede do smanjenja troška prodavatelja, on ima pravo tu ekonomsku korist prebaciti na kupca isplatom rabata.¹⁶⁰

Drugi čimbenik koji igra ulogu tome da li rabat spada u kategoriju dozvoljenih količinskih rabata je vremenski period u kojem se rabat daje. Naime, ako je rabat vremenski uvjetovan te ako je rok u kojem se prag mora ostvariti predug, a prag visok, kupac koji je dobavljao robu od početka roka za ostvarenje praga, može biti demotiviran za promjenu dobavljača.¹⁶¹ Dakle, takav rabat će imati elemente poticanja vjernosti ne smije se svrstavati u kategoriju količinskih rabata. Ako je pak rok za ostvarenje roka dovoljno kratak, potrebe kupca će biti manje te će se konkurenti vladajućeg poduzetnika moći natjecati za kupce.¹⁶²

Treći čimbenik koji je bitan za određivanje rabata nezlouporabnim količinskim je visina samog praga potrebnog za realizaciju rabata. Naime, ako vladajući poduzetnik objektivno postavi prag i s njime ne uspije zahvatiti većinu tržišta, takav rabat nema negativnih učinaka na tržišno natjecanje i nije zlouporaban. Međutim, ako prodavatelj uspije toliko dobro odrediti prag, da većina kupaca na tržištu kupnjom u visini vlastitih potreba ostvari uvjete za isplatu rabata, rabat ima učinak poticanja lojalnosti i zatvaranja tržišta¹⁶³. Do tako uspješnog određivanja rabata može doći jer većina kupaca kupuje sličnu količinu koja odgovara pragu ostvarenja ili može biti podijeljena u kategorije prema kojima poduzetnik određuje sustav progresivnih rabata.¹⁶⁴ Nadalje, ako poduzetnik, bez objektivnog opravdanja za takvo postupanje, postavi prag za ostvarenje rabata previsoko ili odredi sustav rabata tako da rabate ostvaruje samo manji broj kupaca, takvi kupci vladajućeg poduzetnika mogu biti u povoljnijem položaju u odnosu na svoje konkurente, te poduzetnik čini povredu sekundarne razine.¹⁶⁵

Klasifikacija rabata u količinski rabat ovisi i o tome nudi li poduzetnik retroaktivni ili inkrementalni rabat, te koja je visina samog rabata. Ako poduzetnik ponudi visoki popust i to za cjelokupnu kupnju u referentnom periodu, kupac će biti više motiviran da ostatak potreba za proizvodom zadovolji upravo kod istog poduzetnika.¹⁶⁶ Takav učinak se naziva i „efektom usisavanja“ (engl. suction effect).¹⁶⁷ Efekt usisavanja se pojačava približavanjem realizaciji

¹⁶⁰ C-163/99 - Portuguese Republic v Commission (2000.); EU:C:2001:189; mišljenje nezavisnog odvjetnika Mischa; EU:C:2000:576; § 106.

¹⁶¹ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 161.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.; § 159.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ C-163/99 - Portuguese Republic v Commission (2000.); EU:C:2001:189; § 52.-53.

¹⁶⁶ Raspravna knjiga o isključujućim postupanjima; op. cit. u bilj. 42.; § 153.

¹⁶⁷ Ibid.

praga i najveći je upravo za zadnju kupljenu jedinicu pred pragom rabata.¹⁶⁸ Zbog toga, kupac će manju količinu proizvoda koju bi ionako trebao kupiti, kupiti od istog poduzetnika jer bi mu zbog gubitka rabata, kupnja kod konkurenta bila neisplativa. Prema tome, retroaktivni rabat vrlo često može dovesti do poticanja lojalnosti i zatvaranja tržišta, i bez opravdanja on se mora smatrati zlouporabnim.

5.3.2. Rabati za vjernost

Iduća kategorija uvjetovanih rabata su rabati za vjernost. U kategoriju rabata za vjernost ili rabata lojalnosti, ako ju definiramo šire, ulaze svi oni oblici popusta i rabata koji za svoj učinak imaju poticanje vjernosti.¹⁶⁹ Tako bi u tu širu definiciju rabata ulazili primjerice, popusti ekskluzivnosti, individualizirani količinski rabati, popusti na rast te vezani poslovi.¹⁷⁰ Kako je već navedeno, tu bi ulazili i svi oni količinski rabati koji su nadograđeni nekim dodatnim uvjetom. Uža definicija rabata za vjernost je ona izvorna, uspostavljena kroz sudsku praksu, prvi put definirana u presudi *Suiker Unie*,¹⁷¹ a nadograđena u presudi *Hoffmann-La Roche*,¹⁷² koja će kasnije biti detaljnije analizirana u kontekstu promjene analitičkog pristupa rabatima lojalnosti. Prema toj definiciji, rabat za vjernost je onaj rabat koji primjeni vladajući poduzetnik i kojim veže kupca, bez obzira radi li to možda i na kupčev zahtjev, tako da dodjelu rabata uvjetuje pribavljanjem svih ili značajne većine kupčevih potreba isključivo od njega.¹⁷³ Isto tako, prema definiciji, o rabatima za vjernost govorimo i ako vladajući poduzetnik primjeni, bez formalnog ugovornog vezivanja kupca, u okviru dogovora s pojedinačnim kupcem ili prema svim kupcima unilateralno, sustav rabata, prema kojima kupac mora zadovoljiti sve ili značajnu većinu svojih potreba dobavljanjem robe ili korištenjem usluga isključivo kod spomenutog vladajućeg poduzetnika.¹⁷⁴

Rabati za vjernost kao uglavnom isključujući oblik diskriminacije u cijenama, rezultiraju povredama i sekundarne i primarne razine tržišnog natjecanja.¹⁷⁵ U radu je već bilo govora kako dio akademske zajednice smatra da točka c) st. 2. čl. 102. UFEU-a uopće nije

¹⁶⁸ Ibid.; § 154.

¹⁶⁹ Bishop, S.; Delivering benefits to consumers or per se illegal?: Assessing the competitive effects of loyalty rebates; Rapport: Pros And Cons Of Price Discrimination (2005.); str. 65-100; str. 70.; preuzeto sa: https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyre/pros-and-cons/rapport_pros-and-cons_2005_the-pros-and-cons-of-price-discrimination.pdf (6. 10. 2022.)

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73 - Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission (1975.); EU:C:1975:78; dalje: C-40/73 - Suiker Unie v Commission (1975.); EU:C:1975:78

¹⁷² C-85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission (1979.); EU:C:1979:36

¹⁷³ Ibid.; § 89.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit u bilj. 1.; str. 375.

prikladna osnova za primjenu na povrede primarne razine tržišnog natjecanja. Kod rabata za vjernost se pojavila još i rasprava koji analitički okvir treba primijeniti za analizu rabata za vjernost, primjerice treba li ih analizirati analogno predatornim cijenama ili analogno isključivoj distribuciji kao obliku vertikalnog ograničenja.¹⁷⁶

U daljnjem dijelu ove cjeline bit će analizirani predmeti značajni za analizu rabata za vjernost. Kroz analizu predmeta, poglavito *Hoffmann-La Roche* i *Intel*¹⁷⁷ dobit ćemo uvid u razvoj analitičkog okvira koji je bio primjenjivan na rabate za vjernost te u učinak samih rabata za vjernost na tržište.

Već je navedeno kako je rabat lojalnosti prvi put definiran u predmetu *Suiker Unie*. U tom predmetu Sud je naveo da je Komisija ispravno upotrijebila pojam rabata za vjernost koji dodjelom financijske prednosti, sprječava kupce da nabavljaju od konkurentskih proizvođača.¹⁷⁸ Takvim definiranjem rabate lojalnosti se odvaja od čistih količinskih rabata koji ostaju dozvoljena forma borbe s konkurencijom dok rabati lojalnosti postaju presumirani oblik zlouporabe vladajućeg položaja.¹⁷⁹

Spomenuto je da je uža definicija rabata lojalnosti nadograđena u predmetu *Hoffmann-La Roche*. U tom predmetu poduzetnik Hoffmann-La Roche je prema Komisiji i Sudu zloupotrijebio vladajući položaj sklapanjem ugovora sa svojim kupcima koji su sadržavali obvezu isključive kupnje i ponudom progresivne stope rabata ovisno o tome koliki su dio svojih potreba zadovoljavali kod navedenog poduzetnika.¹⁸⁰ Potrebe svakog pojedinačnog kupca procjenjivane su na temelju godišnje procjene na temelju koje je onda i određen prag ostvarenja rabata za tu godinu.¹⁸¹ Hoffmann-La Roche se branio činjenicom da nigdje u ugovorima s kupcima nije postojala formalna obveza zadovoljena svih ili većine procijenjenih potreba kupnjom kod Hoffmann-La Rochea.¹⁸² Međutim, sud je u odluci naveo da se takav oblik rabata razlikuje od količinskih rabata u tome što rabati koje je primijenio Hoffman-La Roche nisu primijenjeni objektivno prema količini i prema svim kupcima, nego su određeni na temelju

¹⁷⁶ Geradin, D.; Loyalty rebates after Intel: time for the European Court of Justice to overrule Hoffman-La Roche; *Journal of Competition Law & Economics*, 11(3); str. 579–615; str. 581.; preuzeto sa: <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/11/3/579/800054?redirectedFrom=PDF> (6. 10. 2022.)

¹⁷⁷ T-286/09 – Intel v European Commission (2014.); EU:T:2014:547; C-413/14 P - Intel Corp. v European Commission (2017.); EU:C:2017:632; T-286/09 RENV - Intel Corporation Inc. v European Commission (2022.)

¹⁷⁸ C-40/73 - Suiker Unie v Commission (1975.); EU:C:1975:78; § 518.

¹⁷⁹ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 376.

¹⁸⁰ C-85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission (1979.); EU:C:1979:36 § 97.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid.; § 122.

procjene koja se provodi od slučaja do slučaja.¹⁸³ Zbog takvog određivanja rabata, Sud je naveo da se prag ostvarenja rabata formira prema maksimalnim potrebama kupca za proizvodom, a ne prema maksimalnoj količini kupnje, što smatra razlikom u odnosu na obične količinske rabate.¹⁸⁴ U ovom predmetu sud je ustanovio praksu koje se je držao uglavnom kroz sve predmete do donošenja Smjernica o isključujućim postupanjima. Sud je svoju odluku temeljio na nominalnim vrijednostima te se nije upuštao u detaljniju analizu silaznog tržišta da bi uistinu utvrdio stavljanje kupaca svojih konkurenata u nejednak položaj u odnosu na svoje kupce.¹⁸⁵ Hoffmann-La Roche je upravo to iznio kao svoju obranu, odnosno smatrao je da sustav rabata koji su primjenjivani, njihove kupce ne stavlja u nejednak položaj u odnosu na njihove konkurente i samim time se ne može primijeniti točka c) st. 2. čl. 102. UFEU-a. Međutim, Sud je smatrao da rabat lojalnosti dodatno šteti, vladajućim položajem poduzetnika, već narušenog tržišnog natjecanja, te da se iz tog razloga takav rabat ima smatrati zloporabnim ponašanjem.¹⁸⁶ Takvom odlukom Sud je utvrdio da se rabat lojalnosti ima smatrati *per se* zloporabom vladajućeg položaja. Takvo određivanje rabata lojalnosti unaprijed zloporabnim bilo je i dio rasprave akademske zajednice. Prema nekima, rabati lojalnosti su *per se* zloporabni zbog njihove protutržišne namjere.¹⁸⁷ Oni argument za svoje teze pronalaze u samom jezičnom tumačenju presude Hoffmann-La Roche u kojoj se navodi da su rabati lojalnosti dizajnirani da dodjelom novčane prednosti spriječe kupce da robu nabave od konkurencije.¹⁸⁸ Problem ovog razmišljanja je unos namjere u objektivni koncept zloporabe vladajućeg položaja. Drugi pak namjeru mijenjaju za vjerojatnost da će isključiva postupanja, u što svrstavaju i rabate lojalnosti, dovesti do učinaka isključivanja.¹⁸⁹

Do trenutka donošenja Smjernica o isključujućim postupanjima tradicionalni način ocjenjivanja rabata lojalnosti značio je da nije bilo neophodno dokazivati negativne učinke rabata nego su oni bili presumirani. Donošenjem Smjernica Komisija je pokušala modernizirati pristup ocjenjivanja isključujućih zloporaba koji se bazira na ekonomskoj analizi stvarnih

¹⁸³ Ibid.; § 100.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Geradin, D., Petit, N.; op. cit. u bilj. 97.; str. 492.

¹⁸⁶ C-85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission (1979.); EU:C:1979:36; § 97.

¹⁸⁷ Ibanez Colomo, P.; Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, LSE Law, Society and Economy Working Papers 29 (2014); iz Petit, N.; Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102. TFEU; European Competition Journal, 11(1), (2015.); str. 26-68.; str. 36.; preuzeto sa: <https://heinonline-org.ezproxy.nsk.hr/HOL/Page?handle=hein.journals/eurcompet11&id=27&collection=journals&index=7> (7. 10. 2022)

¹⁸⁸ C-85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission (1979.); EU:C:1979:36; § 90.

¹⁸⁹ Heimler, A.; Pricing Below Costs and Loyalty Discounts: Are They Restrictive and If so, When?; Competition Policy International, 1 (2005.); str. 149.; iz Petit, N. (2015). op. cit. u bilj. 187.; str. 36

učinaka spornog postupanja na tržišno natjecanje.¹⁹⁰ Takvo ekonomski bazirano analiziranje stvarnih učinaka bilo je tema rasprava među akademskom zajednicom i prije donošenja Smjernica. Tako 2005. Europska savjetodavna grupa za tržišno natjecanje, kao pomoćno savjetodavno tijelo Glavne uprave za tržišno natjecanje donijela izvješće kojim se pokušalo odrediti smjer u kojem je zaštita tržišnog natjecanja trebala krenuti.¹⁹¹ U izvješću je naglašeno da se u ocijeni svakog potencijalno zlouporabnog postupanja treba voditi učinkom samog postupanja na tržišno natjecanje, a ne na samu formu postupanja.¹⁹² Isto tako, prema izvješću, treba ocijeniti da li postupanjem nastaju negativni učinci koji prevladavaju pozitivne učinke i u kojoj mjeri prevladavaju.¹⁹³ Smjernice uz sve navedeno predviđaju test jednako učinkovitog konkurenta kao alat dokazivanja negativnih učinaka određenog postupanja. Smjernice navode da će Komisija intervenirati kada predmetno postupanje poduzetnika već spriječi tržišno natjecanje ili je to u stanju učiniti, isključujući one konkurente koji se smatraju jednako učinkoviti kao poduzetnik u vladajućem položaju.¹⁹⁴ Test jednako učinkovitog konkurenta se sastoji u procjeni troškova proizvodnje i cijene određenog proizvoda na osnovi dostupnih i pouzdanih podataka o troškovima samog poduzetnika pod istragom ili njegove konkurencije ako oni nisu dostupni.¹⁹⁵

Što se tiče uvjetovanih rabata, Komisija zamjenjuje pojmove rabati lojalnosti, ciljani rabati i količinski rabati s neutralnijim pojmom uvjetovanih rabata.¹⁹⁶ Komisija u Smjernicama navodi da će uzimajući u obzir sve dostupne pouzdane podatke ocijeniti da li je sustav rabata sposoban isključiti konkurenciju s tržišta ili spriječiti ulazak na tržište jednako učinkovitim konkurentima.¹⁹⁷ Ako je odgovor potvrđan smatra se da uvjetovani rabati imaju protutržišni učinak. Komisija navodi da bi takav učinak rabati mogli imati bez žrtvovanja profita od strane poduzetnika, što navodi i kao razliku u odnosu na predaciju.¹⁹⁸

Smjernice u nekoliko točaka razrađuju način funkcioniranja rabata i njihov utjecaj na tržište. Prvo, potrebno je istaknuti utjecaj vladajućeg poduzetnika na samu potražnju. Naime, na tržištima na kojima posluje poduzetnik koji se može smatrati vladajućim, određeni se dio

¹⁹⁰ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 378.

¹⁹¹ European Advisory Group on Competition Policy, An economic approach to article 82 (2005); preuzeto sa: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (7. 10. 2022.)

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 23.

¹⁹⁵ Ibid.; § 25.

¹⁹⁶ Ibid.; § 37.

¹⁹⁷ Ibid.; § 41.

¹⁹⁸ Ibid.; § 37.

sveukupne potražnje za nekim proizvodom smatra tzv. „neupitnim dijelom“ (engl. non contestable portion)¹⁹⁹ potražnje koji će realizirati samo vladajući poduzetnik zbog svojeg značenja, veličine ili položaja na tržištu.²⁰⁰ Ako poduzetnik, uvjetovanim rabatom, taj neupitni dio potražnje, iskoristi kao polugu kojom će ostvariti utjecaj i na onom „upitnom dijelu“ (engl. contestable portion)²⁰¹ potražnje, on veže kupce za sebe i tako krši pravila poštenog tržišnog natjecanja. Dakle, neupitni dio potražnje za proizvodom će sigurno biti zadovoljen od strane vladajućeg poduzetnika, jer se on na tom dijelu pojavljuje kao neizbježni dobavljač.²⁰² Međutim, on takvo stanje stvari na tržištu ne smije iskoristi za utjecaj na onom upitnom dijelu potražnje, na kojemu postoji tržišno natjecanje i ta kojeg se bore njegovi konkurenti.²⁰³ Prema tome, vladajući poduzetnik, može koristiti uvjetovane rabate za onaj dio tržišta za koji se smatra neizbježnim dobavljačem, ali ih ne smije koristiti za dio tržišta za kojeg se konkurenti bore i mogu izboriti jer će to na konkurenciju imati isključujući učinak.

Da bi Komisija procijenila utjecaj samih rabata na upitni dio potražnje ona mora provesti test jednako učinkovitog konkurenta.²⁰⁴ Njime će Komisija procijeniti koliku efektivnu cijenu konkurent mora ponuditi kupcu, da bi on dio svojih potreba koje bi inače zadovoljio kod vladajućeg položaja zadovoljio kod njega.²⁰⁵ Dakle, Komisija mora procijeniti koliko nižu cijenu konkurent mora ponuditi da bi kompenzirao gubitak kupca koji prelaskom na konkurenta gubi rabat kod vladajućeg položaja.²⁰⁶ Samim time, efektivna cijena je cijena koju vladajući poduzetnik naplaćuje umanjena za iznos rabata koji kupac ostvari prelaskom određenog praga.²⁰⁷ Ako pak zbog ekonomije razmjera, koja ide u korist vladajućem poduzetniku, konkurent ne može ponuditi dovoljno nisku cijenu kupcu, on će nastaviti svoje potrebe za proizvod, zbog jeftinije cijene, zadovoljavati kod vladajućeg poduzetnika.²⁰⁸ Smjernice navode da, što je procijenjena efektivna cijena niža u odnosu na cijenu koju vladajući poduzetnik naplaćuje, veći je učinak zatvaranja tržišta, odnosno ojačava se lojalnost vladajućem poduzetniku.²⁰⁹ Međutim, ako efektivna cijena ostane iznad dugoročnih prosječnih

¹⁹⁹ prijevod sintagme iz Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 379.

²⁰⁰ Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 39.; T-219/99 - British Airways plc v Commission (2003.); EU:T:2003:343; § 277.-278.; T-203/01 - Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission (2003.); EU:T:2003:250; § 162.-163.

²⁰¹ prijevod sintagme iz Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 379.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Ibid.; Smjernice o isključujućim postupanjima; op.cit. u bilj. 29.; § 39.

²⁰⁴ Ibid.; § 42.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Ibid.; § 43.

inkrementalnih troškova (engl. „Long-Run Average Incremental Cost“ (LRAIC)), jednako učinkovitom konkurentu će biti omogućeno profitabilno konkuriranje vladajućem poduzetniku.²¹⁰ LRAIC obuhvaćaju prosječne sveukupne, varijabilne i fiksne troškove do kojih dolazi za vrijeme i prije korištenja zlouporabne mjere, u ovom slučaju uvjetovanih rabata. Drugi referentni ekonomski pojam koji se koristi u Smjernicama je prosječni izbjegivi trošak („Average Avoidable Cost“ (AAC)). On obuhvaća sve troškove, fiksne i varijabilne, do kojih je došlo za vrijeme trajanja zlouporabne mjere, a koji su mogli biti izbjegnuti da nije došlo do zlouporabnog postupanja. Ako je efektivna cijena ispod AAC-a, pravilo je da rabat ima učinak zatvaranja tržišta i u odnosu na jednako učinkovite konkurente.²¹¹ Ako je pak efektivna cijena iznad AAC-a, a ispod LRAIC-a rabat može imati učinak zatvaranja tržišta.²¹² U tom slučaju, pri procjeni učinka rabata Komisija mora uzeti u obzir i druge čimbenike koji su važni pri ocjeni učinak rabata, posebice postojanje realnih i efektivnih protustrategija kojim bi konkurenti mogli konkurirati vladajućem poduzetniku.²¹³

Iako je donošenjem Smjernica definiran analitički okvir koji bi se trebao primjenjivati na ocjenu zlouporabnosti određenog postupanja, Sud i Komisija su ostali vjerni tradicionalnom okviru i u daljnjim presudama. Tako je u predmetu *Tomra*,²¹⁴ Komisija sankcionirala ponašanje poduzetnika primjenjujući metode opisane u Smjernicama,²¹⁵ međutim Sud je u presudi povodom postupka za poništenje odluke Komisije smatrao dovoljnim to što protupravno postupanje ima samu sposobnost narušavanja tržišnog natjecanja, te nije proveo detaljniju analizu učinaka.²¹⁶ Naime, Komisija je u svojoj odluci sankcionirala postupanje Tomra grupe koja se bavi proizvodnjom i prodajom aparata za otkup ambalaže.²¹⁷ Prema odluci Tomra grupa zlouporabila je svoj vladajući položaj na mjerodavnom tržištu primjenom klauzula o isključivoj kupnji, obvezom kupnje minimalne količine robe te individualiziranih retroaktivnih rabata, čime je uzrokovala učinak zatvaranja tržišta.²¹⁸ Tomra grupi takvo zlouporabno postupanje je olakšalo transparentno tržište i predvidljivost potreba kupaca, na temelju kojih je Tomra mogla napraviti procjenu kupovnih potreba pojedinačnih kupaca.²¹⁹ Na temelju takve mogućnosti te

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid.; § 44.

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ C-549/10 P. - *Tomra Systems ASA and Others v European Commission* (2012.); EU:C:2012:221

²¹⁵ Petit, N. (2015). op. cit. u bilj. 187.; str. 34; Maier-Rigaud, F. P., Vaigauskaite, D.; Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information; EC Competition Policy Newsletter, 2 (2006.), str. 19-24; preuzeto sa: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_2_19.pdf (10. 10. 2022.)

²¹⁶ C-549/10 P. - *Tomra Systems ASA and Others v European Commission* (2012.); EU:C:2012:221; § 68.

²¹⁷ Odluka Komisije - 2008/C 219/12 - Prokent Tomra (2006.); COMP/E 1/38.113

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ C-549/10 P. - *Tomra Systems ASA and Others v European Commission* (2012.); EU:C:2012:221; § 14.

činjenice da je prag retroaktivnog rabata bio individualiziran na osnovi navedenih procjena, Komisija je rabat ocijenila kao rabatom lojalnosti.²²⁰ Sud je odluku potvrdio bez ulasku u analizu troškova poduzetnika, navodeći kako je uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, u izostanku objektivnih opravdanja, za zlouporabnost postupanja dovoljno da će postupanje vjerojatno dovesti do ograničenja kupčeve slobode odabira dobavljača, prepreka ulasku ili jačanja vladajućeg položaja.²²¹ Sud izričito navodi da dokazivanje naplaćivanje robe ispod troškova proizvodnje nije preduvjet za dokazivanje zlouporabnog postupanja.²²² Također, spornom se smatra i tvrdnja Suda su rabati lojalnosti protupravni bez obzira na koliki se udio potražnje na tržištu odnose.²²³ Prema takvoj tvrdnji, ne postoji *de minimis* zlouporaba, odnosno vladajući poduzetnik u svojoj obrani ne može navesti da je rabate koristio na neznčajnom dijelu tržišta.²²⁴

Predmetom *Intel* učinjen je pomak od tradicionalnog analitičkog okvira ustanovljenog u predmetima *Suiker Unie* i *Hoffmann-La Roche* ka analizi zlouporabnog postupanja preko učinaka koje ono ima na tržište i konkurenciju. U tom predmetu, Komisija je sankcionirala zlouporabno postupanje Intela, američkog poduzetnika koji se bavi razvojem, proizvodnjom i prodajom visoke tehnologije.²²⁵ U konkretnom slučaju, mjerodavno tržište je bilo tržište mikroprocesora CPU-ova x86 kao sastavnih i neizostavnih dijelova za funkcioniranje operativnih sustava. Komisija je 2008. kaznila Intel s kaznom od preko milijardu eura zbog korištenja uvjetovanih rabata lojalnosti i drugih ograničenja s ciljem istiskivanja svojeg najznačajnijeg konkurenta AMD-a s tržišta. U postupku pred Općim sudom, Opći sud je potvrdio odluku Komisije, analizirajući predmet koristeći tradicionalni analitički okvir, poštujući dotadašnju praksu Suda. Opći sud je izričito naveo da isključivi rabat (zamijenjen termin - rabat lojalnosti) može biti klasificiran kao zlouporaban bez analize okolnosti konkretnog slučaja, pozivajući se na presudu Hoffmann-La Roche.²²⁶ Naime, Opći sud je naveo da isključivi rabati *per se* imaju sposobnost ograničavanja tržišta te da osim u iznimnim okolnostima nemaju ekonomskog opravdanja.²²⁷ Takvu presumpciju je, prema Općem sudu, Intel mogao pobiti dokazima o objektivnoj nužnosti svog postupanja, ali je to propustio

²²⁰ Ibid.; § 15.

²²¹ Ibid.; § 71.

²²² Ibid.; § 73.

²²³ Petit, N. (2015). op. cit. u bilj. 187.; str. 34.

²²⁴ Ibid.; str. 34., bilj. 39.

²²⁵ Odluka Komisije - 2009/C 227/07- Intel (2008.); COMP/C-3/37.990

²²⁶ T-286/09 – Intel v European Commission (2014.); EU:T:2014:547; § 80.-81.

²²⁷ Ibid.; § 77. i 85.

učiniti.²²⁸ U žalbenom postupku, Sud je naveo potrebu detaljnijeg pojašnjavanja sudske prakse te nužnost ispitivanja razmjera vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu, stopu pokrivenosti tržišta osporavanom praksom, uvjete i načine davanja predmetnih rabata lojalnosti, njihovo trajanje i iznos te potrebu ocjenjivanja eventualnog postojanja strategije koja za cilj ima istiskivanje jednako učinkovite konkurencije.²²⁹ Isto tako, Sud je naveo potrebu analize objektivnih opravdanja, koje sam poduzetnik pod istragom navodi, a koja se provodi nakon provođenja testa jednako učinkovitog konkurenta.²³⁰ Kako je Opći sud propustio izvršiti navedene analize, iako je Komisija provela test jednako učinkovitog konkurenta, Sud je uvažio žalbu Intela te je vratio predmet na odlučivanje Općem sudu.²³¹ Opći sud je u presudi 2022. potvrdio stajališta Suda te je poništio odluku Komisije.²³² Tako se presudom *Intel* rabati lojalnosti skidaju s popisa *per se* zlorabnih postupanja poduzetnika te ta presuda predstavlja pomak s tradicionalnog analitičkog okvira na analizu prema učincima postupanja.

5.3.3. Ciljani rabati

Ciljani rabati su oni rabati koji su uvjetovani prodajom određene količine proizvoda dobavljača.²³³ Ovisno o učinku kakvoga imaju na tržište mogu biti dozvoljeni ili zlorabni. Dozvoljeni, ciljani rabati odgovaraju čistim količinskim rabatima, uz iznimku praga koji se formira po količini prodane poduzetnikove robe ili usluga, a ne količini kupljene robe ili usluga.

Ciljani rabati su opisani u nekoliko predmeta pred Sudom. U predmetu *Michelin II*²³⁴ proizvođač guma Michelin dogovorio je s kupcima rabat, na koji bi imali pravo prodajom određene količine Michelinovih guma. Rabat je bio retroaktivnog karaktera i izražen u postotku godišnjeg prometa kupca.²³⁵ Što su kupci veći promet u prodaji guma ostvarivali, to je rabat bio veći. Takvo određivanje rabata, uz dugotrajnost referentnog razdoblja i činjenica da sami rabati nemaju objektivnog ekonomskog opravdanja, prema Komisiji i Sudu potiče učinak lojalnosti prema poduzetniku pod istragom.²³⁶

U predmetu *British Airways* sankcionirani su sporazumi poduzetnika sklopljeni s putničkim agencijama koju si omogućavali retroaktivne rabate koji su ovisili o individualno

²²⁸ Ibid.; § 94.

²²⁹ C-413/14 P - Intel Corp. v European Commission (2017.); EU:C:2017:632; § 138.-139.

²³⁰ Ibid.; § 140.-141.

²³¹ Ibid.; § 142.-144.

²³² T-286/09 RENV - Intel Corporation Inc. v European Commission (2022.)

²³³ Butorac Malnar, V. et al.; op. cit. u bilj. 1.; str. 387.

²³⁴ T-203/01 - Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission (2003.); EU:T:2003:250

²³⁵ Ibid.; § 17.

²³⁶ Ibid.; § 95.-96., 110.

ostvarenom prometu u prethodnoj godini.²³⁷ Takvo računanje rabata dovelo je do diskriminacije poslovnih partnera poduzetnika pod istragom zato što su određene putničke agencije ostvarivale veće rabate jer su u prethodnoj kalendarskoj godini ostvarile bolji promet, bez obzira na to što su ostvarile isti postotak porasta prodaje. Prema Sudu, takva dodjela rabata nije imala objektivno opravdanje i imala je učinak vezivanja kupaca odnosno poticanja lojalnosti.²³⁸

Prema svemu navedenom, ciljani rabat, će biti zlouporabni ako nemaju objektivnog opravdanja, ako je referentno razdoblje ostvarenje rabata predugo, ako je prag ostvarenja individualiziran te ako sami rabat ima učinak poticanja vjernosti.

6. ZAKLJUČAK

Zaključno, zlouporaba vladajućeg položaja, samim time i diskriminacija u cijenama je dio prava tržišnog natjecanja i okviru toga se treba proučavati. Naime, u drugom poglavlju navedeni su ciljevi same zaštite tržišnog natjecanja. Ona postupanja, koja se smatraju potencijalno zlouporabnim moraju se sankcionirati samo ako idu kontra tih ciljeva zaštite tržišnog natjecanja, odnosno moraju se sankcionirati ako štete onim vrijednostima koje pravo tržišnog natjecanja štiti.

Prema tome, vladajući poduzetnik se ne smije sankcionirati zbog svoje gospodarske moći ako je do nje došao na legitiman način. Isto tako, ne smiju se štititi konkurenti koji zaostaju za konkurencijom zbog svoje neefikasnosti. Na savršeno balansiranom tržištu samo tržište je to koje određuje tko će se na ljestvici gospodarske moći uspeti ka vrhu, a tko će ispasti sa samog tržišta. Takve principe pravo tržišnog natjecanja treba štititi te se tijela kontrole ne smiju uplitati u sama događanja na tržištu, nego moraju biti neovisni i objektivni promatrači koji će se aktivirati samo u sumnji protupravnog iskorištavanja gospodarske moći u svrhu isključivanja ili iskorištavanja konkurencije i jačanja svog ionako vladajućeg položaja. Pri kontroli i sankcioniranju postupanja moraju objektivno, neovisno i ujednačeno primjenjivati odgovarajući pravni okvir.

Pravni se okvir pak, mora razvijati jednakom brzinom kojom se razvija samo tržište jer se zaostajanjem u razvoju pravnog okvira otvara prostor zlouporabnim postupanjima. Poduzetnici, bilo vladajući ili ne, zasigurno će biti manje motivirani za poduzimanje zlouporabnih postupanja, ako znaju da je mogućnost zlouporabnog postupanja koje će proći bez sankcioniranja, malena ili nikakva. Razvoj pravnog okvira mora pratiti i razvoj novih

²³⁷ T-219/99 - British Airways plc v Commission (2003.); EU:T:2003:343

²³⁸ Ibid.

suvremenih tržišta, koja zbog svojih karakteristika ne mogu biti obuhvaćena sada već zastarjelim okvirom. Isto tako, u razvoju pravnog okvira mora se voditi računa o ekonomskom karakteru samog tržišta. Naime, kršenju prava tržišnog natjecanja i raznim oblicima zlouporabe vladajućeg položaja ne smije se pristupati, samo kao protupravnom konceptu, već im se mora pristupati kao protutržišnom konceptu. Tržište samo pravo treba štititi, ali na njemu djeluju i ekonomski mehanizmi koje treba uzeti u obzir pri samoj analizi.

Svaki od pojedinačnih oblika zlouporabe vladajućeg položaja ima svoje pozitivne i negativne učinke te na njih treba obratiti pozornost. U određivanju zlouporabnosti treba uzeti sve okolnosti slučaja u obzir i na temelju njih donijeti odgovarajuću odluku. Ako pozitivni učinci zlouporabnog postupanja nadjačavaju negativne takvo postupanje ne smije biti sankcionirano. Prema tome, zlouporabu vladajućeg položaja mora se ocjenjivati prema njezinim učincima, a ne ju unaprijed odrediti kao zlouporabnu zbog same forme zlouporabe i vjerojatnog uzročno-posljedičnog rezultata samog postupanja.

Konačno, prema svemu navedenom, zlouporabno postupanje mora biti sankcionirano ako, svojim prevladavajućim negativnim učincima šteti tržišnom natjecanju prema zaslugama, tako što se na postupanje primjeni aktualan i odgovarajući pravni okvir, od strane tijela kontrole koji neovisno, objektivno i ujednačeno provodi postupak, primjenjujući analitički okvir koji poštuje sve zakonitosti tržišta, pravne i ekonomske.

Literatura:

Izvori pravne književnosti:

Areeda, P., Turner, D. F., Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harvard Law Review 697 (1975.); str. 697-733

Bishop, S.; Delivering benefits to consumers or per se illegal?: Assessing the competitive effects of loyalty rebates; Rapport: Pros And Cons Of Price Discrimination (2005.); str. 65-100

Butorac Malnar, V., Pecotić Kaufman, J., Petrović, S., Akšamović, D., Liszt, M.; Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora; Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu (2021.)

Crane A. D., Market Power Without Market Definition, 90 Notre Dame Law Review 31 (2014.); str. 30-80

Evans, D.; The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets: Yale Journal on Regulation 20 (325) (2003.); str. 327-381

Faull, J., Nikpay, A.; The EC Law of Competition, 2. izd.; Oxford University Press (2007.)

Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., Affeldt, P.; Market definition in two-sided markets: Theory and practice; Journal of Competition Law & Economics, 10, (2), (2014.); str. 293–339

Geradin, D.; Loyalty rebates after Intel: time for the European Court of Justice to overrule Hoffman-La roche; Journal of Competition Law & Economics, 11, (3); str. 579–615

Geradin, D., Petit, N.; Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine In Search Of Limiting Principles?; Journal of Competition Law & Economics 2(3) (2006.); str. 479-531

Heimler, A.; Pricing Below Costs and Loyalty Discounts: Are They Restrictive and If so, When?; 1 Competition Policy International (2005.)

Ibanez Colomo, P.; Intel and article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, LSE Law, Society and Economy Working Papers 29 (2014)

Kaplow, L.; Why (Ever) Define Markets? ; 124 Harvard Law Review 438. (2010.)

Lang, J., O'Donoghue, R.; Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC; Fordham International Law Journal 26(1), (2002.); str. 83-162

Maier-Rigaud, F. P., Vaigauskaite, D.; Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information; EC Competition Policy Newsletter, 2 (2006.), str. 19-24

Mandrescu, D.; Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases; Journal of Antitrust Enforcement, (2022.); str. 1-49

Perrot, A.; Towards an effects-based approach of price discrimination; Rapport: Pros And Cons Of Price Discrimination (2005.); str. 161-186

Petit, N.; Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102. TFEU; European Competition Journal, 11(1), (2015); str. 26-68.

Posner, A. R., Antitrust Law: An Economic Perspective (1976.)

Pošćić, A.; Utvrđivanje mjerodavnog tržišta proizvoda u okviru članka 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije s naglaskom na odabir potrošača; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 62 (5-6) (2012.); str.1859-1884

Stylianou, K., Iacovides, M.; The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation; Legal Studies, Cambridge University Press (2022.); str. 1–29

Šoljan, V. ; Vladajući položaj na tržištu i njegova zloupotreba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice; Ibis grafika (2004.);

Propisi:

Direktiva (EU) 2019/1 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018. o ovlašćivanju tijela država članica nadležnih za tržišno natjecanje za učinkovitiju provedbu pravila o tržišnom natjecanju i osiguravanju pravilnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta (Tekst značajan za EGP.) – [2019.] SL L 11/3

Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice (Tekst značajan za EGP); SL C372/5; (engl. Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law)

Obavijest Komisije – Smjernice o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. UFEU-a na zluporabna isključujuća postupanja vladajućeg poduzetnika (tekst značajan za EGP) – SL [2009] C 045/7; (engl. Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) – [2009] C 045/07

Raspravna knjiga Opće uprave za tržišno natjecanje o primjeni članka 82. Ugovora na isključujuće zluporabe [2005.]; (engl. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses)

Ugovor o funkcioniranju Europske unije; [2016.] SL C 202/1

Uredba o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržište (NN 9/2011);

Zakonodavna rezolucija Europskog parlamenta od 5. srpnja 2022. o prijedlogu uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o pravednim tržištima neograničenog tržišnog natjecanja u digitalnom sektoru (Akt o digitalnim tržištima); (engl. European Parliament legislative resolution of 5 July 2022 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the

Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)
(COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD))

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/09, 80/13, 41/21)

Sudska praksa: (sve presude dostupne na: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>)

C-62/86 AKZO v Commission (1991.); EU:C:1991:286

T-321/05 - AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission (2010.);
EU:T:2010:266

T-395/94 - Atlantic Container Line and Others v Commission (2002.); EU:T:2002:49

T-65/89 - BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission (1993.); EU:T:1993:31

T-219/99 - British Airways plc v Commission (2003.); EU:T:2003:343

Joined cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 and T-28/93 - Compagnie maritime belge transports
SA and Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH &
Co. and Nedlloyd Lijnen BV v Commission (1996.); EU:T:1996:139

Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73 - Coöperatieve Vereniging "Suiker
Unie" UA and others v Commission (1975.); EU:C:1975:78

C-320/91 - Corbeau v Régie des Postes (1993.); ECR 1-2563

C-6/72 - Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission
(1973.); EU:C:1973:22

T-221/95 Endemol v Commission (1999.); EU:T:1999:85

C-202/88 - French Republic v Commission (1991.); EU:C:1991:120

T-340/03 France Télécom v Commission (2007.); EU:T:2007:22

T-604/18 Google and Alphabet v Commission(Google Android) (2022.); EU:T:2022:541

C-250/92 - Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA.
(1994.); EU:C:1994:413

T-30/89 - Hilti AG v Commission (1991.); EU:T:1991:70

C-85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission (1979.); EU:C:1979:36

C41/90 Höfner and Elser v Macrotron GmbH (1991.); EU:C:1991:161

T-286/09 – Intel v European Commission (2014.); EU:T:2014:547

C-413/14 P - Intel Corp. v European Commission (2017.); EU:C:2017:632

T-203/01 - Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission (2003.); EU:T:2003:250

C-525/16 - MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência (2017.); EU:C:2018:270

T-201/04 - Microsoft Corp. v Commission (2007.); EU:T:2007:289

C-31/80 NV L'Oréal and SA L'Oréal v PVBA "De Nieuwe AMCK" (1980.); EU:C:1980:289

C-123/16 P. - Orange Polska SA v European Commission (2018.); EU:C:2018:590

C-163/99 - Portuguese Republic v Commission (2000.); EU:C:2001:189

C-209/10 - Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (2012.); EU:C:2012:172

Joined C-159/91 and C-160/91 Poucet et Pistre (1993); EU:C:1993:63

C-364/92 - SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol (1994.); EU:C:1994:7

T-336/07 - Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission (2012.); EU:T:2012:172

T-83/91 - Tetra Pak International SA v Commission (1994.); EU:T:1994:246

C-549/10 P. - Tomra Systems ASA and Others v European Commission (2012.); EU:C:2012:221

C-27/76 - United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission (1978.); EU:C:1978:22

Odluke Europske komisije: (sve odluke dostupne na: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>)

Odluka Komisije - 92/213/EEC - British Midland v. Aer Lingus (1992.); IV/33.544

Odluka Komisije - 2009/C 227/07- Intel (2008.); COMP/C-3/37.990

Odluka Komisije - 98/327/EC - The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S (1997.); IV/M.833

Odluka Komisije - 2008/C 219/12 - Prokent Tomra (2006.); COMP/E 1/38.113

Mrežni izvori:

<https://academic.oup.com/>

<https://www-cambridge-org.ezproxy.nsk.hr>

<https://dash.harvard.edu/>

<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

<https://heinonline-org.ezproxy.nsk.hr/>

<https://hrcak.srce.hr/index.php>

<https://www.konkurrensverket.se/>

<https://openyls.law.yale.edu/>

<https://op.europa.eu/>

<https://scholarship.law.nd.edu/>