

Др Сандра С. Фишер Шобот, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

ОДБРАНА ДОМИНАНТНОГ УЧЕСНИКА НА ТРЖИШТУ*

Сажетак. Злоупотреба доминантног положаја је забрањена. Међутим, ексклузивно постојање доминантног учесника на тржишту може избећи забрану из чл. 102 Уговора о функционисању Европске уније ако доминантни учесник може да докаже да постоји оправдање за његово постојање.

Предмет рада јесте анализа могућих одбрана доминантног учесника на тржишту, као и идентификација теоријских и практичних проблема у вези са одбраном доминантног учесника на тржишту у праву конкуренције Европске уније.

Кључне речи. Доминантни положај на тржишту, злоупотреба доминантног положаја, објективно оправдање, објективна нужност, економска ефикасност.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Према чл. 102 Уговора о функционисању Европске уније¹ (даље: УФЕУ) злоупотреба доминантног положаја забрањена је. Међутим, доминантни учесник на тржишту може, у поступку који је покренут против њега, да изнесе одбрану и доказује да за његово понашање постоји оправдање, јер већина унилатералних понашања, по правилу, производи и позитивне и негативне ефекте на потрошаче.²

* Рад је настао као резултат истраживања у 2020. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови” чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

¹ Уговор о функционисању Европске уније (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*; даље у фуснотама: УФЕУ), Official Journal, C 326, 26. 10. 2012, 47–390.

² Вид. Robert O'Donoghue, Jorge Padilla, *The Law and Economics of Art 102 TFEU*, 2nd edition, Hart Publishing, Oregon 2013, 286.

Европска комисија је 2005. године усвојила *Расправну књићу Генералног директоријата за конкуренцију о примени члана 82 уговора на ексклузионе злоупотребе*³ (даље: *Расправна књига*), која у параграфима 77-92 предвиђа могуће одбране доминантног учесника на тржишту. Потом је 2009. године Европска комисија донела *Смернице о приоритетима у спровођењу Комисије у примени члана 82 Уговора о ЕЗ на постојеће доминантних учесника на тржишту који представљају ексклузивну злоупотребу доминантног положаја*⁴ (даље: *Смернице*), које у кратким цртама и на изричит начин предвиђају могућност да доминантни учесник на тржишту изнесе одбрану.

У судској пракси је постепено развијан институт објективног оправдања (енгл. *objective justification*) на основу кога је доминантним учесницима на тржишту омогућено да износе своју одбрану и да доказују да је њихово поступање објективно оправдано.

У новијој судској пракси је изричито потврђено право доминантног учесника на тржишту да доказује да за његово поступање, које *prima facie* представља злоупотребу према чл. 102 УФЕУ, постоји оправдање.⁵ Суд правде Европске уније (даље: Суд правде) је у више предмета потврдио да доминантни учесник на тржишту може да доказује да је његово поступање објективно нужно или да створени ексклузивни ефекат може да има противтежу или да га чак надвлађају користи у смислу економске ефикасности, која такође користи и потрошачима.⁶

Предмет овог рада јесте анализа могућих одбрана доминантног учесника на тржишту, као и идентификација теоријских и проблема који могу настати у пракси у вези са одбраном доминантног учесника на тржишту у праву конкуренције Европске уније.

³ *Расправна књига Генералног директоријата за конкуренцију о примени члана 82 уговора на ексклузионе злоупотребе (DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*; даље у фуснотама: *Расправна књига*), Brussels 2005 доступно на <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.

⁴ *Смернице о приоритетима у спровођењу Комисије у примени члана 82 Уговора о ЕЗ на поступке доминантних учесника на тржишту који представљају ексклузивну злоупотребу доминантног положаја (Commission's Notice – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*; даље у фуснотама: *Смернице*), Official Journal of the European Union C 45, 24.02. 2009, 7-20.

⁵ Вид. пресуде у предметима C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB (TeliaSonera)*, ECLI:EU:C:2011:83, пара. 75; C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (Post Danmark I)*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 40.

⁶ Вид. пресуде у предметима C-95/04 P *British Airways plc v Commission (British Airways)*, ECLI:EU:C:2007:166, пара. 86; предмет *TeliaSonera*, пара. 76; предмет *Post Danmark I*, пара. 41.

2. ОДБРАНА ДОМИНАНТНОГ УЧЕСНИКА НА ТРЖИШТУ

У Смерницама је предвиђено да доминантни учесник на тржишту оправданост свог поступања може да брани на два начина. Прво, доминантни учесник на тржишту може да доказује да је његово понашање објективно нужно (енгл. *objective necessity*).⁷ Притом треба имати на уму да је поступање објективно нужно када је узроковано факторима који су спољашњег карактера у односу на поступање доминантног учесника на тржишту.⁸ Према томе, доминантни учесник на тржишту треба да докаже да је поступање које би иначе представљало злоупотребу заправо објективно нужно услед спољашњих фактора. Друго, доминантни учесник на тржишту може да истиче да је његово поступање економски оправдано, односно да се њиме стварају значајни позитивни ефекти (енгл. *efficiencies*) који имају превагу у односу на негативне ефекте таквог поступања на потрошаче. У том контексту Европска комисија ће оценити да ли је предметно поступање неопходно и пропорционално циљу који наводно жели да оствари доминантни учесник на тржишту.⁹

Смернице, у значајној мери преузимају ставове исказане у судској пракси и предвиђају да ће Европска комисија у поступку, такође, испитати наводе доминантног учесника на тржишту да је његово понашање оправдано.¹⁰ Смерницама је предвиђено да терет доказивања да је поступање било оправдано сноси доминантни учесник на тржишту, а да Европска комисија у сваком конкретном случају примењује тест равнотеже и одмерава и позитивне и негативне ефекте одређеног поступања и на основу тога доноси одлуку о томе да ли се ексклузивним поступањем наноси штета потрошачима.¹¹

У судској пракси судова ЕУ¹² је данас прихваћено да доминантни учесник на тржишту може да доказује да за његово поступање постоји објективно оправдање (енгл. *objective justification*).¹³ Који конкретни аргументи могу послужити као објективно оправдање није прецизно дефинисано, него представља фактичко питање о којем се одлучује на основу околности сваког конкретног случаја.¹⁴ Суд правде је у предмету *Telia Sonera* навео да

⁷ Вид. пара. 28 Смерница.

⁸ Вид. R. O'Donoghue, J. Padilla, 283.

⁹ Вид. пара. 28 Смерница.

¹⁰ Вид. пара. 28 Смерница и судску праксу која је наведена у фусноти бр. 20.

¹¹ Вид. пара. 31 Смерница.

¹² Појам „судови ЕУ” представља општи појам којим су обухваћени Суд правде ЕУ и Општи суд.

¹³ О појму објективног оправдања у теорији вид. R. O'Donoghue, J. Padilla, 283; Alison Jones, Brenda Sufrin, Niamh Dunne, *Jones&Sufrin's EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7th edition, Oxford 2019, 387.

¹⁴ Предмети *TeliaSonera*, пара. 76 и *British Airways*, пара. 68.

оцена економског оправдања за ценовну праксу коју је успоставио доминантни учесник на тржишту, која може да има ексклузивни ефекат, треба да буде извршена на основу свих околности случаја.¹⁵

У теоријском смислу може да се постави питање да ли је позивање на оправданост одређеног поступања у складу са самим појмом злоупотребе доминантног положаја. Наиме, постојање концепта злоупотребе и његовог оправдања представља вештачку конструкцију. Злоупотреба доминантног положаја у смислу чл. 102 УФЕУ увек се састоји од неоправдане повреде УФЕУ и то је разлог што чл. 102 не предвиђа ни могућност одбране доминантног учесника на тржишту ни поступак за изузеће. Према мишљењу општег правобраниоца Џејкобса (*Jacobs*) исправније је рећи да одређена поступања доминантног учесника на тржишту уопште не представљају злоупотребу.¹⁶

У пракси се показало да је изузетно тешко за доминантног учесника на тржишту да докаже да је његово поступање било оправдано. Такође, Европска комисија и судови ЕУ су, по правилу, одбацивали овакве захтеве доминантних учесника на тржишту. Због тога многи аутори истичу да је одбрана доминантног учесника на тржишту само теоријска могућност.¹⁷ Сходно томе, ако постоји теоријска могућност коју пракса не признаје ситуација је иста као да могућност одбране доминантног учесника на тржишту не постоји.

3. МОГУЋЕ ОДБРАНЕ ДОМИНАНТНОГ УЧЕСНИКА НА ТРЖИШТУ

Према Смерницама доминантни учесник на тржишту може да брани оправданост свог поступања тако што ће доказати да је његово понашање објективно нужно (енгл. *objective necessity*) или тако што ће доказати да његово поступање за последицу има значајне позитивне ефекте који превладавају над негативним, противконкурентским ефектима за потрошаче.¹⁸

У Расправној књизи предвиђене су и друге могуће одбране доминантног учесника на тржишту. Наиме, доминантни учесник на тржишту, поред позивања на објективну нужност и економске користи, може да се брани и

¹⁵ Предмети *TeliaSonera*, пара.76 и *British Airways*, пара. 68.

¹⁶ Вид. Opinion of Advocate General Jacobs in Case C 53/03 *Syfait and Others*, ECLI:EU: C:2004:673, пара. 72. Упор. Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013, 214.

¹⁷ Вид. A. Jones, B. Sufirin, N. Dunne, 387; Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5th edition, Oxford 2016, 189. Упор. R. O’Donoghue, J. Padilla, 287.

¹⁸ Вид. пара. 28 Смерница, пара. 78 Расправне књиге.

тима да је његово поступање објективно оправдано јер је предузео мере одбране ради заштите својих комерцијалних интереса. Посебан аспект ове одбране јесте одбрана „усклађивања понуде са понудама конкурената” (енгл. *meeting competition defence*).¹⁹

У предмету *Post Danmark I*, Суд правде наводи да доминантни учесник на тржишту може да се позива *нарочито* на то да је његово поступање објективно нужно, или да створени ексклузивни ефекат може да има противтежу или да га чак надвлађају користи у смислу економске ефикасности која, такође користи и потрошачима.²⁰ Према томе, иако се у пресуди изричито наводе објективна нужност и економске користи, из наведене формулације закључујемо да Суд правде прихвата да су могуће и друге врсте одбране.²¹ У предмету *Astra Zeneca* Суд правде истиче да доминантни учесник на тржишту не сме да спречи или отежа улазак конкурената на тржиште, осим ако за то не постоје основи који се односе на одбрану легитимних интереса учесника на тржишту у оквиру дозвољеног конкурентског понашања или не постоји објективно оправдање.²²

3.1. Објективна нужност

Доминантни учесник на тржишту може да доказује да је његово понашање објективно оправдано јер је објективно нужно. Таква нужност мора бити заснована на објективним факторима који се примењују на све учеснике на тржишту.²³ Радње за које доминантни учесник на тржишту тврди су биле објективно нужне морају да буду нужне и пропорционалне у односу на легитиман циљ²⁴ који је требало остварити. Да ли је понашање објективно нужно и пропорционално треба да се утврди на основу околности које су спољашњег карактера и независне у односу на доминантног учесника.²⁵ Другим речима, треба да се ради о околностима на које доминантни учесник на тржишту није могао да утиче.

У судској пракси не налазимо дефиницију објективне нужности. У Расправној књизи се наводи да приликом одлучивања о постојању објектив-

¹⁹ Вид. пара. 81-83 Расправне књиге.

²⁰ Вид. пресуду у предмету *Post Danmark I*, пара. 41 (нагласак додао аутор). Вид. такође пресуде у предметима *British Airways*, пара. 86; *TeliaSonera*, пара. 76.

²¹ Вид. *Post Danmark I*, пара. 41

²² Предмет C 457/10 P *AstraZeneca v Commission (Astra Zeneca)*, ECLI:EU:C:2012:770, пара. 134.

²³ Пара. 80 Расправне књиге.

²⁴ Вид. пара. 28 Смерница. У теорији вид. Jonathan Faull, Ali Nikpay, *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford 2014, 395.

²⁵ Вид. пара. 29 Смерница. Вид. одлуку COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, 22 June 2011, пара. 874.

не нужности судови ЕУ стриктно примењују услов незаменљивости (енгл. *indispensability*).²⁶ Анализа судске праксе, као и примери наведени у Смерницама показују да би ексклузивно понашање могло да се сматра објективно нужним из здравствених или сигурносних разлога²⁷ повезаних са одређеним производом, као и када је поступање условљено техничким или комерцијалним захтевима који се односе на одређени производ или услугу.²⁸ На пример, доминантни учесник на тржишту би могао да истиче да је његово одбијање пословања последица ограничене количине робе, ограничених производних капацитета или немогућности производње одређене количине робе одређеног квалитета.

У два предмета код којих је злоупотреба доминантног положаја била извршена путем везаних послова (енгл. *tying*) доминантни учесници на тржишту су покушали своје радње да оправдају сигурносним и здравственим разлозима. У предмету *Hilti*, Хилти је злоупотребио доминантни положај тако што је условио важење гаранције за пиштоље за ексере куповином кертрица за пиштоље и ексера искључиво од њега. Хилти је истицао да је такво условљавање било објективно нужно из сигурносних разлога, јер су ексери које су производили његови конкуренти на тржишту били лошијег квалитета.²⁹ Општи суд није прихватио ове аргументе доминантног учесника на тржишту и истакао да није задатак доминантног учесника на тржишту да предузима мере по свом нахођењу да би искључио производе које сматра, исправно или погрешно, опасним или лошијим од његовог производа.³⁰

У другом предмету *Tetra Pak II*, компанија Тетра Пак је условила купце својих система за производњу амбалаже да од ње купују и картон за прављење амбалаже. Уколико би сировине за производњу амбалаже набављали на другим местима, купци Тетра Пака су губили гаранцију на купљени систем за производњу. Тетра Пак је овакво поступање и условљавање правдао здравственим и сигурносним разлозима наводећи да је потребно испоштовати сложен поступак пуњења асептиком. У пресуди је Општи суд навео да није на произвођачима комплетних система да одлучују да картон са машинама чини неодвојиви интегрисани систем.³¹ Суд је истакао да се заштита јавног здравља може гарантовати и другим средствима, као и да произвођачи

²⁶ Пара. 80 Расправне књиге.

²⁷ Вид. пресуду у предмету T 83/91 *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities (Tetra Pak II)*, ECLI:EU:T:1994:246, пара. 83 и 84 и пресуду у предмету T 30/89 *Hilti AG v Commission (Hilti)*, ECLI:EU:T:1991:70, пара. 118 и 119.

²⁸ Пресуда у предмету C 311/84 *CBEM v CLT and IPB*, ECLI:EU:C:1985:394, пара. 26-27.

²⁹ Вид. пресуду у предмету *Hilti*, пара. 115-119.

³⁰ Вид. пресуду у предмету *Hilti*, пара. 118. Наведена формулација је преузета у пара. 29 Смерница.

³¹ Вид. одлуку у предмету *Tetra Pak II*, пара. 83.

не смеју унилатерално да стварају правила, којима се забрањује независним произвођачима да спроводе суштински део њиховог пословања.³²

Из наведеног можемо да закључимо да би се поступање могло сматрати објективно нужним уколико је неопходно за заштиту легитимног јавног интереса.³³ Међутим, треба приметити да је у обе наведене пресуде Општи суд истакао да се при оцени да ли је поступање ове врсте објективно нужно мора узети у обзир да је, по правилу, задатак јавних власти да утврде и примењују јавне здравствене и безбедносне стандарде. Другим речима, не могу сами доминантни учесници на тржишту да стварају безбедносне и здравствене стандарде, односно да „штите” јавни интерес унилатералним радњама јер је то задатак јавне власти. Наведени став је прихваћен и у Смерницама.³⁴

Одбрана да је поступање било објективно нужно разликује се од одбране да се понашањем стварају економске користи по томе што учесник на тржишту не мора да доказује да позитивни ефекти таквог понашања премашују негативне ефекте.³⁵ Довољно је да докаже да је понашање било нужно за постизање циља и пропорционално датом циљу.

3.2. Економске користи

Смернице изричито предвиђају да доминантни учесник на тржишту у сваком конкретном случају може да доказује да за његово поступање, које за последицу има искључивање конкурената са тржишта, постоји економско оправдање и да се њиме не наноси штета потрошачима.³⁶ На пример, у случају предаторских цена могуће је да доминантни учесник на тржишту смањи цене новог производа у циљу његове промоције и упознавања потрошача са производом.³⁷ Осим тога, могуће је да доминантни учесник на тржишту у циљу повећања економске ефикасности смањи цене одређених производа. Исто тако, у неким случајевима би рабати лојалности или друга вертикална ограничења могли да се оправдају тиме што је потребно да фиксни трошкови буду надокнађени на ефикаснији начин или тиме што је неопходно дати одговарајући подстицај дистрибутерима.

Смернице предвиђају да се од доминантног учесника на тржишту, по правилу, очекује да докаже, са довољним степеном вероватноће, и на основу проверљивих доказа, да су испуњени следећи кумулативни услови:

³² Вид. одлуку у предмету *Tetra Pak II*, пара. 84.

³³ Вид. А. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, 383.

³⁴ Вид. пара. 29 Смерница.

³⁵ Вид. више Faull, Nikpay, 395.

³⁶ Вид. пара. 30 Смерница.

³⁷ Вид. више R. O'Donoghue, J. Padilla, 285.

- економске користи (енгл. *efficiencies*) су настале или ће вероватно настати као резултат одређених радњи;
- поступање доминантног учесника на тржишту је нужно за остварење тих економских користи;
- вероватне економске користи које настају услед поступања доминантног учесника надвлађавају све вероватне негативне ефекте на конкуренцију и благостање потрошача (енгл. *consumer welfare*) на тржишту;
- радње не искључују конкуренцију на тржишту, уклањањем свих или већине извора стварне или потенцијалне конкуренције.³⁸

Први услов је да су остварени или да ће бити остварени позитивни економски ефекти као последица могућег искључујућег деловања.³⁹ У Смерницама се као пример наводи да се позитивни економски ефекти могу односити на техничка побољшања у квалитету производа или смањењу трошкова производње или дистрибуције. С обзиром на чињеницу да се код злоупотребе доминантног положаја врши *ex post* анализа, односно испитују се ефекти радњи које је доминантни учесник на тржишту већ предузео може се поставити питање да ли је уопште могуће да доминантни учесник на тржишту доказује да ће економске користи вероватно настати.

Други услов је да је искључујуће поступање неопходно за остваривање економских користи. То значи да не сме постојати могућност алтернативног поступања, чији би штетни ефекти по конкуренцију на тржишту били мањи, а које би доводило до истих резултата у смислу економске ефикасности.⁴⁰

Трећи услов је да остварене економске користи имају превагу над могућим негативним ефектима на конкуренцију на тржишту и да поступање доприноси благостању потрошача на тржишту.⁴¹ С обзиром на то да је могуће да одређено унилатерално поступање производи истовремено позитивне и негативне ефекте на конкуренцију, позивање на економске користи има смисла под условом да позитивни ефекти превладавају негативне ефекте. Сматрамо да је овај услов донекле противречан. Наиме, када Европска комисија покрене поступак против доминантног учесника на тржишту због злоупотребе доминантног положаја за доказивање постојања злоупотребе потребно је да докаже да се односним поступањем наноси штета потрошачима. С друге стране, ако доминантни учесник на тржишту успе да докаже да се потрошачима не наноси штета, он доказује да његово поступање не представља злоупотребу, а не да је оно економски оправдано.⁴² Осим тога,

³⁸ Вид. пара. 30 Смерница.

³⁹ Вид. пара. 30 Смерница.

⁴⁰ Вид. пара. 30 Смерница.

⁴¹ Вид. пара. 30 Смерница.

⁴² Вид. више Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law – Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oregon 2012, 281.

теоријски посматрано утврђивање да економске користи имају предност над негативним ефектима изгледа једноставно. Међутим, у пракси за доминантног учесника неће увек бити једноставно, а некада ни могуће да изврши детаљну оцену ефеката које ће његово поступање имати на конкуренте и на благостање потрошача.⁴³

Последњи, четврти услов је да се поступањем доминантног учесника на тржишту конкуренција ограничава, али да се она на релевантном тржишту не искључује.⁴⁴ Приликом оцене у којој мери је конкуренција ограничена примењује се стандард пропорционалности, што значи да конкуренција на тржишту не сме бити ограничена више него што је потребно и одговарајуће за постизање легитимних циљева.⁴⁵ С обзиром на чињеницу да је на тржишту на ком постоји доминантан учесник конкуренција увек ограничена, у теорији је постављено питање да ли је уопште могуће доказати да је овај кумулативни услов испуњен.⁴⁶

У објашњењу четвртог услова у Смерницама се наводи да је такмичење између конкурената суштински важно за економску ефикасност, укључујући динамичку ефикасност у облику иновација. У њеном одсуству доминантни учесник на тржишту неће имати адекватан подстицај да настави да ствара. Сходно томе, ако на тржишту не постоји конкуренција преосталих конкурената и ако се у разумном року не могу предвидети нови уласци на тржиште, предност треба дати конкуренцији на тржишту и њеној заштити у односу на могуће позитивне економске ефекте одређеног поступања.⁴⁷ Надаље је у Смерницама изричито наведено да ексклузионо деловање које задржава, ствара или јача тржишни положај учесника на тржишту који је по својим карактеристикама сличан монополу, по правилу, неће моћи да се оправда на основу чињенице да ствара економске користи.⁴⁸ Може да се постави питање да ли је овакав став Европске комисије оправдан. Наиме, постојање доминантног положаја и његово јачање према УФЕУ није забрањено, него његова злоупотреба. Осим тога, чл. 102 УФЕУ не прави разлику између учесника на тржишту према величини њиховог тржишног удела. Сходно наведеном, правило у Смерницама је у супротности са чл. 102 УФЕУ, јер учесник на тржишту који има положај сличан монополу, по правилу, неће моћи да оправда своје поступање позивањем на позитивне ефекте које оно има на економску ефикасност и благостање потрошача. Друго, с обзиром на то да успех у одбрани доминантног учесника на тржишту зависи од величине

⁴³ Вид. више код R. O'Donoghue, J. Padilla, 287.

⁴⁴ Вид. пара. 30 Смерница.

⁴⁵ Предмет IV/32.279 *BBI/Boosey&Hawkes*, OJ [1987] L 286/36, пара. 19.

⁴⁶ Упор. P. Akman, 118; J. Faull, A. Nikpay, 396; A. Jones, B. Sufrin, N. Dunne, 387.

⁴⁷ Вид. пара 30 Смерница.

⁴⁸ Вид. пара 30 Смерница.

његовог удела на тржишту, јасно је да Европска комисија овде прихвата формалистички приступ,⁴⁹ без анализе економских ефеката, што је у супротности са осталим правилима из Смерница. Треће, овакво правило доводи до парадоксалног закључка у следећој ситуацији. Могуће је да учесник на тржишту чији је положај сличан монополу успе да смањи трошкове производње (нпр. увођењем нове технологије или унапређењем постојеће технологије) и да, услед тога, снизи цене своје робе. На тај начин постиже се производна и динамичка ефикасност. Снижавање цена у овом случају, према ставу изнетом у Смерницама, доминантни учесник на тржишту не би могао да оправда због величине свог тржишног удела, иако наведено поступање води економској ефикасности и ствара погодности за потрошаче. Остаје да се види да ли ће и судови ЕУ прихватити став који је Европска комисија изнела у Смерницама.

Поред тога што услови предвиђени у Смерницама могу да створе одређене проблеме, сматрамо и да су четири кумулативна услова, чије постојање доминантни учесник на тржишту мора да докаже, веома строги. Осим тога, као што смо видели, терет доказивања испуњености услова је на доминантном учеснику на тржишту, при чему он мора да докаже „са довољним степеном вероватноће и на основу проверљивих доказа” испуњеност сва четири кумулативна услова. На крају, оцену да ли позитивни ефекти надвлађавају негативне доминантни учесник на тржишту треба да изврши пре спровођења одређене пословне праксе.⁵⁰

3.2.1. Сличности и разлике решења из Смерница и чл. 101(3) УФЕУ

Услови предвиђени Смерницама, чије постојање доминантни учесник треба да докаже, готово су идентични формулацији чл. 101(3) УФЕУ.⁵¹ Мишљења теоретичара у погледу прихваћеног решења су подељена. Став је појединих аутора да је добро што и Смернице и Расправна књига разрађују третман економских користи према чл. 102 УФЕУ и покушавају да укључе економско оправдање у процену. Међутим, начин на који је приступљено овом питању је проблематичан, јер наведени извори заправо уводе „изузетак” према члану 102 УФЕУ, што је у супротности са самом нормом.⁵² Другим речима, у теорији се истиче да Европска комисија путем Смерница ствара чл. 102(3) за који је очигледно да га УФЕУ не садржи.⁵³

⁴⁹ Упор. Р. Akman, 284.

⁵⁰ Упор. А. Jones, В. Sufrin, N. Dunne, 387; R. O'Donoghue, J. Padilla, 288.

⁵¹ Упор. са чл. 101(3) УФЕУ.

⁵² Вид. више Р. Akman, 117, 280.

⁵³ Lorenzo Federico Pace, *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham, Northampton 2011, 160.

Насупрот наведеном, друга група теоретичара наводи да је решење из Смерница разумљиво ако се пође од премисе да чл. 101 и 102 УФЕУ треба да остваре исти циљ на различитим нивоима, који се огледа у очувању конкуренције на заједничком тржишту.⁵⁴ Надаље, с обзиром на чињеницу да економско оправдање има значајну улогу када су у питању забрањени споразуми и концентрације учесника на тржишту, било би чудно да економска ефикасност нема никакав значај за анализу чл. 102 УФЕУ.⁵⁵

Сматрамо да на овај начин Смерницама није успостављено изузеће од забране, као у случају забрањених споразума.⁵⁶ Ако доминантни учесник успе да докаже да су кумулативно испуњени сви наведени услови његово поступање уопште не представља злоупотребу доминантног положаја.

Између правила из чл. 101(3) УФЕУ и услова предвиђених Смерницама постоји значајна разлика. Наиме, код забрањених споразума учесници на тржишту врше самопроцену споразума,⁵⁷ односно оцењују да ли су кумулативно испуњени услови из чл. 101(3) УФЕУ. Тек уколико утврде да су испуњени сви услови, споразум учесника на тржишту није забрањен. Насупрот томе, доминантни учесник мора да поднесе све потребне доказе да његово поступање за последицу има значајне позитивне ефекте који премашују негативне ефекте на конкуренцију и потрошаче. Међутим, коначну оцену поднетих доказа врши Европска комисија и применом теста равнотеже одмерава и позитивне и негативне ефекте одређеног поступања и на основу тога доноси одлуку да ли се ексклузивним поступањем наноси штета потрошачима.⁵⁸ У предмету *Microsoft*, Општи суд је потврдио да доминантни учесник на тржишту мора да истакне приговор објективног оправдања и да обезбеди одговарајуће доказе. Након тога задатак је Европске комисије да докаже да аргумен-ти и докази на које се позива доминантни учесник на тржишту не могу да превладају и да, сходно томе, изнето оправдање не може да буде прихваћено.⁵⁹

3.2.2. Услови за позивање на економске користи у пракси судова ЕУ

У судској пракси је, такође, препозната могућност да се доминантни учесник позива на то да је његово поступање економски оправдано. У предмету

⁵⁴ Вид. пресуду у предмету *C 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission (Continental Can)*, ECLI:EU:C:1973:22., пара. 25.

⁵⁵ Упор. L. F. Pace, 160.

⁵⁶ Упор. Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge 2013, 219.

⁵⁷ Чл. 1(2) Уредбе 1/2003. У теорији о институту самопроцене вид. више Сандра Фишер Шобот, „Да ли је време за увођење самопроцене рестриктивних споразума у право конкуренције Републике Србије?”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2019, 955-973.

⁵⁸ Вид. пара. 31 Смерница.

⁵⁹ Вид. пресуду у предмету *T 201/04 Microsoft Corp. v Commission of the European Communities (Microsoft)*, ECLI:EU:T:2007:289, пара. 1144.

British Airways, Суд правде је истакао да се оцена економске оправданости система попушта или бонуса, који је успоставио доминантни учесник на тржишту, мора вршити на основу свих околности случаја. Мора се утврдити да ли ексклузивни ефекат (ефекат истискивања) који произлази из таквог система, а који је неповољан за конкуренцију, може да има противтежу или да га надвладају користи у смислу економске ефикасности која, такође користи потрошачима. Ако искључујући ефекат таквог система није у вези са користима за тржиште и потрошаче, или ако иде преко оног што је нужно за постизање тих користи, систем се мора сматрати злоупотребом доминантног положаја.⁶⁰ Као што видимо, услови које Суд правде наводи блажи су од оних предвиђених Смерницама, јер је Смерницама изричито предвиђено да поступањем доминантног учесника на тржишту не сме бити искључена конкуренција на тржишту. Наведени став Суда правде не представља одступање од решења предвиђеног у Смерницама, јер су оне донете после ове пресуде.

У каснијем предмету *Post Danmark I* Суд правде је, такође, прихватио да поступање доминантног учесника на тржишту може имати економско оправдање. Одлучујући по претходном питању, суд је утврдио да доминантни учесник на тржишту мора да докаже да ће вероватне економске користи, које су последица поступања које се испитује у поступку, превладати вероватне негативне ефекте на конкуренцију и благостање потрошача на односним тржиштима, да су те користи настале или је вероватно да ће настати као последица таквог понашања, да је понашање нужно за остварење тих економских користи и да не искључује стварну конкуренцију, уклањањем свих или већине постојећих извора стварне или потенцијалне конкуренције.⁶¹ Као што видимо, тест који је Суд правде применио у овом предмету је строжији у односу на тест у предмету *British Airways*, односно у оцену постојања економског оправдања уводе се нови елементи. Доминантни учесник на тржишту мора да докаже да су противконкурентски ефекти, као и економске користи вероватни, да су економске користи настале или је вероватно да ће настати као последица таквог поступања, да је поступање нужно за постизање економске ефикасности и да такво поступање не искључује конкуренцију на тржишту.

Суд правде је тест уведен у предмету *Post Danmark I* поновио у предмету *Post Danmark II*.⁶² У предмету *Intel*, Суд правде је такође потврдио да

⁶⁰ Вид. предмет *British Airways*, пара. 86. Наведени став је потврђен и у предмету *Telia-Sonera*, пара. 76.

⁶¹ Вид. пресуду у предмету *Post Danmark I*, пара. 42.

⁶² Вид. пресуду у предмету C 23/14 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, ECLI:EU:C:2015:651, пара. 48-49.

систем рабата може имати објективно оправдање, односно да ексклузивно дејство које има систем рабата може имати противтежу, односно могу га надмашити предности у погледу економске ефикасности од које користи имају и потрошачи.⁶³ Из свега наведеног можемо закључити да се пре доношења Смерница Суд правде имплицитно позивао на критеријуме наведене у чл. 101(3) УФЕУ,⁶⁴ док је у каснијим у каснијим одлукама прихватио тест из чл. 30 Смерница.

3.3. Заштита легитимних интереса доминантног учесника на тржишту

У Расправној књизи, теорији и судској пракси прихваћено је да доминантни учесник на тржишту може да истиче да је његово поступање оправдано јер је предузео разумне мере ради заштите својих комерцијалних интереса. Конкуренција на тржишту на ком постоји доминантни учесник је у значајној мери ограничена, а доминантни учесник на тржишту сноси посебну одговорност да његово поступање не ослаби ненарушену конкуренцију. Према томе, доминантни учесници не смеју да поступају на начин којим би искључили преосталу конкуренцију на тржишту. Међутим, сама чињеница да учесник на тржишту има доминантни положај не значи да нема право да штити своје комерцијалне интересе када су они нападнути.⁶⁵ На пример, доминантни учесник на тржишту може да раскине уговор уколико друга уговорна страна не извршава своје обавезе. Такође, доминантни учесник на тржишту не може бити присиљен да послује на економски неразуман начин. Ако би, на пример, повећање производње за доминантног учесника на тржишту било непрофитно, он није дужан да предузме активност која би за њега била економски неразумна.

У предмету *United Brands* Суд правде је истакао да се мере које доминантни учесник предузме ради заштите сопствених комерцијалних интереса не могу толерисати ако је њихова стварна сврха јачање и злоупотреба доминантног положаја.⁶⁶ Чак и ако је могућност противнапада прихватљива тај напад мора ипак бити пропорционалан претњи узимајући у обзир

⁶³ Вид. пресуду у предмету C 413/14 P, *Intel v Commission (Intel)*, ECLI:EU:C:2017:632, пара. 140.

⁶⁴ Вид. Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, München 2014, 418.

⁶⁵ Вид. пресуду у предмету C 468/06 *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, formerly Glaxowellcome AEVE*, ECLI:EU:C:2008:504, пара. 50; C 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities (United Brands)*, ECLI:EU:C:1978:22, пара. 189. У теорији вид. више Е. Ј. Mestmäcker, H. Schweitzer, 417.

⁶⁶ *United Brands*, пара. 189.

економску снагу међусобно супротстављених учесника на тржишту.⁶⁷ У одлуци у предмету *BBI/Boosey & Hawkes* Европска комисија је навела да доминантни учесник на тржишту може увек да предузме кораке ради заштите својих комерцијалних интереса, али такве мере морају бити фер и пропорционалне претњи.⁶⁸

У судској пракси је развијена одбрана „усклађивања понуде са понудом конкурената” (енгл. *meeting competition defence*), као врста одбране у којој се доминантни учесник на тржишту позива на заштиту својих легитимних интереса. Доминантни учесник на тржишту нема обавезу да штити конкуренте који нису ефикасни и има право да на тржишту предузима мере које представљају дозвољено конкурентско понашање (енгл. *competition on the merits*). Одбрана доминантног учесника на тржишту у којој он истиче да је одређено поступање резултат услађивања његове понуде са понудом конкурената доприноси успостављању равнотеже између заштите конкурената доминантног учесника на тржишту и унапређења економске ефикасности и на тржиштима на којима је један учесник доминантан.⁶⁹

У судској пракси судова ЕУ је заузет начелни став да одбрана сопствених економских интереса доминантног учесника на тржишту када је суочен са одређеним радњама конкурената може бити легитимна.⁷⁰ Тако на пример, доминантни учесник би могао да равна своје цене са ценама које за одређене производе или услуге наплаћују његови конкуренти. Да ли се ради о предузимању мера ради заштите комерцијалних интереса, односно да ли је снижење цена потребно ради равнања са конкуренцијом процењиваће се у сваком конкретном случају. Приликом изношења одбране изједначавања понуде са понудом конкурената доминантни учесник на тржишту мора да докаже да је његов одговор био одговарајући, нужан и пропорционалан.

И поред начелног прихватања да доминантни учесник на тржишту може да износи ову одбрану, до сада не постоји одлука у којој је позивање на ову одбрану било успешно. У предмету *France Télécom*, у којем је злоупотребљен доминантни положај путем предаторских цена, доминантни учесник на тржишту истакао да је предаторско снижавање цена било потребно да би могао да буде кокурентан на тржишту, наводећи да је имао апсолутно право да „поравна” своје цене са ценама конкурената. Општи суд је утврдио да, иако доминантном учеснику на тржишту није забрањено да поравна своје цене са ценама својих конкурената, оваква могућност не постоји када би то имало за последицу да доминантни учесник на тржишту не може да надокнади

⁶⁷ *United Brands*, пара. 190.

⁶⁸ Предмет IV/32.279 *BBI and others v Boosey & Hawkes plc* [1987] OJ L 286/36, пара. 19.

⁶⁹ M. Lorens, 216.

⁷⁰ Вид. M. Lorenz, 217.

трошкове за услугу коју пружа.⁷¹ Одлучујући у другом степену, Суд правде је потврдио да доминантни учесник на тржишту не може да се ослони на било које апсолутно право да изједначи своје цене са ценама својих конкурената да би оправдао своје понашање када такво понашање представља злоупотребу доминантног положаја.⁷²

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Одбрана доминантног учесника на тржишту представља питање које није ново и које изазива одређене контроверзе. У чл. 102 УФЕУ који регулише забрану злоупотребе доминантног положаја није изричито предвиђено да доминантни учесник на тржишту може да доказује да постоји оправдање за његово поступање. С друге стране, јасно је да је у пракси судова ЕУ омогућено доминантном учеснику на тржишту да доказује да за његово поступање које представља *prima facie* злоупотребу постоји оправдање.

Извршена анализа показује да, и поред могућности за доминантног учесника на тржишту изнесе одбрану, судови ЕУ и Европска комисија редовно такве аргументе доминантног учесника на тржишту не прихватају. Поставља се питање да ли су аргументи које износе доминантни учесници на тржишту слаби и неодрживи, да ли је праг доказивања за доминантног учесника на тржишту постављен превисоко или је концепт одбране доминантног учесника више теоријска него практична могућност.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Alison Jones, Brenda Sufrin, Niamh Dunne, *Jones&Sufrin's EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7th edition, Oxford 2019.
- Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5th edition, Oxford 2016.
- Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013.
- Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, C. H. Beck, München 2014.
- Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

⁷¹ Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 176.

⁷² Предмет С 202/07Р *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:C:2009:214, пара. 47. Детаљно видети код Сандра Фишер Шобот, „Предаторске цене као облик ексклузивне злоупотребе доминантног положаја у пракси судова Европске уније”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2018, 1072, 1073.

- Jonathan Faull, Ali Nikpay, *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford 2014.
- Lorenzo Federico Pace, *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham, Northampton 2011.
- Moritz Lorens, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge 2013.
- Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law – Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oregon 2012.
- Robert O'Donoghue, Jorge Padilla, *The Law and Economics of Art 102 TFEU*, 2nd edition, Hart Publishing, Oregon 2013.
- Сандра Фишер Шобот, „Предаторске цене као облик ексклузивне злоупотребе доминантног положаја у пракси судова Европске уније”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Сагу*, 3/2018, 1059-1074.
- Сандра Фишер Шобот, „Да ли је време за увођење самопроцене рестриктивних споразума у право конкуренције Републике Србије?”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Сагу*, 3/2019, 955-973.

Остали извори:

- Расправна књига Генералног директората за конкуренцију о примени члана 82 уговора на ексклузивне злоупотребе (*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*), Brussels 2005, доступно на <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.
- Обавештење Комисије – Смернице о приоритетима у спровођењу Комисије у примени члана 82 Уговора о ЕЗ на поступке доминантних учесника на тржишту који представљају ексклузивну злоупотребу доминантног положаја (*Commission's Notice – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*), Official Journal of the European Union C 45, 24.02. 2009, 7-20.
- Уговор о функционисању Европске уније (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*), Official Journal, C 326, 26. 10. 2012, 47–390.
- Одлуке Суда правде Европске уније и Општег суда:
- C 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission (Continental Can)*, ECLI:EU:C:1973:22.
- C 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities (United Brands)*, ECLI:EU:C:1978:22.
- C 311/84 *CBEM v CLT and IPB*, ECLI:EU:C:1985:394.
- C 95/04 P *British Airways plc v Commission (British Airways)*, ECLI:EU:C:2007:166.
- C 468/06 *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v GlaxoSmithKline AVE Farmakeftikon Proïonton, formerly Glaxowellcome AVE*, ECLI:EU:C:2008:504.
- C 202/07 P *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:C:2009:214.
- C 52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB (TeliaSonera)*, ECLI:EU:C:2011:83.
- C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (Post Danmark I)*, ECLI:EU:C:2012:172.

C 457/10 P *AstraZeneca v Commission (Astra Zeneca)*, ECLI:EU:C:2012:770.

C 23/14 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, ECLI:EU:C:2015:651.

C 413/14 P, *Intel v Commission*, ECLI:EU:C:2017:632.

T 30/89 *Hilti AG v Commission (Hilti)*, ECLI:EU:T:1991:70.

T 83/91 *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities (Tetra Pak II)*, ECLI:EU:T:1994:246.

T 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22.

T 201/04 *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities (Microsoft)*, ECLI:EU:T:2007:289.

Одлуке Европске комисије:

COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, 22 June 2011.

IV/32.279 *BBI and others v Boosey & Hawkes plc* [1987] OJ L 286/36.

*Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

Defence of Dominant Undertaking

Abstract: *Abuse of dominance is prohibited. However, exclusionary conduct of dominant undertaking may escape prohibition under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union if the dominant firm can prove that there is a justification for its actions.*

The subject matter of this paper is the analysis of possible defences of a dominant firm, as well as identification of theoretical and practical problems relating to the defence of dominant undertaking in the competition law of the European Union.

Keywords: *dominant position on a market, abuse of dominance, objective justification, objective necessity, efficiencies.*

Датум пријема рада: 19. 1. 2021.