

Dokazivanje predatornih cijena u europskom pravu tržišnog natjecanja

Pošćić, Ana

Source / Izvornik: **Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2012, 49, 553 - 573**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:795168>

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

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-19**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA

DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

Dr. sc. Ana Pošćić,
viša asistentica – znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

DOKAZIVANJE PREDATORNIH CIJENA U EUROPSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

UDK: 347.7 (4)
Pregledni znanstveni rad
Primljeno: 5.12.2011.

Člankom 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije zabranjuje se zlouporaba vladajućeg položaja jednog ili više poduzetnika na zajedničkom tržištu. Jedan od oblika zlouporabe koji se posebno teško dokazuje su predatorne cijene. U radu se pokušava naći parametre koji će biti od pomoći u razlikovanju normalnog tržišnog natjecanja gdje poduzetnici svojim boljim i kvalitetnijim proizvodima istiskuju konkurente od situacija predatornog ponašanja. Za razgraničenje prihvatljivih od nedopuštenih ponašanja koristi se tzv. AKZO test prema kojem se predatorska cijena utvrđuje analizom troškova na način da se pretpostavlja da su cijene ispod prosječnih varijabilnih predatorske. Cijene iznad prosječnih varijabilnih troškova, ali ispod prosječnih ukupnih troškova neće biti predatorske, osim ako su dio politike eliminacije konkurencije. Stoga uzima se u obzir odnos cijene i troškova, pri čemu se u određenim okolnostima nadopunjuje testom namjere. Iako se u doktrini javljaju mišljenja kako bi AKZO test trebalo kombinirati s testom nadoknade gubitka čini se kako je ipak dovoljan test temeljen na troškovima uz uzimanje u obzir strategije i ponašanja poduzetnika.

Ključne riječi: *tržišno natjecanje, europsko pravo, zlouporaba vladajućeg položaja, predatorne cijene.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

U europskom pravu tržišnog natjecanja zabranjuje se postupanje poduzetnika koje zbog svoje moći djeluje neovisno u odnosu na svoju konkurenciju i moguće kompetitivne pritiske. Zahvaljujući svojem vladajućem položaju poduzetnik još više jača ekonomsku moć. Time ostalima sprečava pristup tržištu i ostvaruje razne prednosti i dobitke.¹ Člankom 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje UFEU)² nastoji se sankcionirati i kontrolirati zlouporabe koje može vršiti poduzetnik u vladajućem položaju.

Zlouporaba vladajućeg položaja ima negativne posljedice na kompetitivnu strukturu tržišta pri čemu se pojedini oblici zlouporabe neposredno ili posredno manifestiraju na interese potrošača. U cilju maksimiziranja dobiti poduzetnik u vladajućem položaju nameće više cijene. Time dolazi do redistribucije blagostanja

¹ Temple, Lang, John, Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Antitrust Law, Fordham International Law Forum, vol. 3., br. 1/79-80., str. 10.

² Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, O.J. 2010., C 83/01.

s potrošača ka tom poduzetniku. Kao posljedica visokih cijena, prodaje se manje proizvoda čime dolazi do alokativne neučinkovitosti i gubitka blagostanja općenito.”³

Struktura čl. 102. UFEU može se podijeliti u dva dijela. Prvim stavkom zabranjuje se zlouporaba vladajućeg položaja na zajedničkom tržištu, dok se drugim stavkom nabrajaju moguće zabrane. Usporedbom s čl. 101. UFEU jasno se može uočiti kako su primjeri zlouporabe identični jer i jedan i drugi članak u konačnici nastoje postići isti cilj što uključuje učinkovitu i slobodnu tržišnu utakmicu. Međutim, postoje i razlike. Najočitiya je u tome što se čl. 102. zabranjuje zlouporaba vladajućeg položaja jednog ili više poduzetnika, dok se čl. 101. primjenjuje bez obzira zauzima li jedan ili više poduzetnik vladajući položaj. Članak 102. primjenjuje se bez obzira je li riječ o jednostranom ponašanju ili sporazumu poduzetnika u vladajućem položaju, dok se čl. 101. zabranjuje sporazumijevanje između dva ili više samostalnih poduzetnika. Kao posljednje, za razliku od čl. 101., čl. 102. nisu predviđene nikakve iznimke.⁴

Člankom 102., zabranjuje se određeno ponašanje koje će se proglasiti nedopuštenim ako zadovolji propisane kriterije pri čemu postupak i način ispitivanja nisu propisani. Ostavljen je nacionalnim sudovima ili institucijama Europske unije.

2. UTVRĐIVANJE VLADAJUĆEG POLOŽAJA

Za primjenu čl. 102. nužno je utvrditi određene kriterije. Pretpostavke postojanja vladajućeg položaja su: jedan ili više poduzetnik, vladajući položaj, poduzetnik mora zauzimati vladajući položaj na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom dijelu, postojanje zlouporabe i utjecaj na trgovinu među državama članicama.⁵ Sve ove pretpostavke moraju se kumulativno ispuniti. Iako u ovom radu neće biti govora o svim mogućim zlouporabama, već samo o jednom obliku, radi boljeg razumijevanja pojasnit će se najvažniji element čl. 102.

Prvi je uvjet utvrditi je li riječ o poduzetniku. Pojam poduzetnika⁶ Europski sud (dalje: ES) shvaća vrlo široko te se pod njime podrazumijeva svaki subjekt

³ Buttigieg, Eugene, Consumer Interests and the Antitrust Approach to Abusive Practices by Dominant Firms, *European Business Law Review*, vol. 16., br. 5/05., str. 1191.

⁴ Van Bael, Ivo, Bellis, Jean-Francois, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Hag, 2005., str. 116.

⁵ Tako je bilo u slučaju *United Brands* gdje je utvrđeno kako poduzetnik zauzima vladajući položaj bez obzira što je tijekom zadnjih pet godina od ispitivanja bio na gubitku., *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities*, br. 27/76 od 14. 02. 1978., ECR 1978., str 207.

⁶ O problemima prilikom određivanja pojma poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja vidjeti Wils, Wouter, P.J., *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, *European Law Review*, vol. 25., 2000., str. 99.-115., Cerovac, Mladen, *Pojam poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja*, *Hrvatska pravna revija*, br. 10/05., str. 60-70., Pošćić, Ana, *Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29., br. 2/08., str. 917.-939.

uključen u ekonomsku aktivnost, bez obzira na pravni status i način financiranja.⁷ ES u tumačenju pojma primjenjuje tzv. funkcionalni koncept pri čemu je naglasak na ekonomskoj aktivnosti koju poduzetnik obavlja, a ne njegovom pravnom statusu. Zloupotrabu može počinuti jedan, ali i više poduzetnika. Pitanje je što je s poduzetnicima koji su dio ekonomskog subjekta u kojem se provodi jednoznačna politika.⁸ Prve presude tumačile su pojam tako što su pod terminom jedan ili više poduzetnika podrazumijevale samo ponašanje tijela koja su dio istog ekonomskog subjekta.⁹ Ako bi se ovo tumačenje prihvatilo tada bi ono odstupalo od tumačenja prema čl. 101., te se kroz sudsku praksu ustalilo kako se čl. 102. primjenjuje, i na pojedinačni vladajući položaj, i na zajednički vladajući položaj. U slučaju *Centrafarm* ES je potvrdio kako se tijela unutar iste korporacijske grupe smatraju jedinstvenim poduzetnikom ukoliko čine ekonomsku jedinicu unutar koje podružnica nema pravu slobodu odrediti način postupanja na tržištu, kao i ako se ugovori i prakse odnose samo na internu alokaciju zadataka unutar poduzetnika.¹⁰

Poduzetnici koji zajedno zauzimaju vladajući položaj i čije je ponašanje prema okolini jedinstveno predstavljaju jedan ekonomski subjekt te zajedno i solidarno odgovaraju. Riječ je o dva ili više ekonomska subjekta koji su pravno neovisni i koji s ekonomskog gledišta nastupaju zajednički na određenom tržištu.¹¹ Dva ili

⁷ Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH, br. C-41/90 od 23. 04. 1991., ECR 1991., str. I-1979., točka 21.

⁸ O zajedničkom vladajućem položaju detaljnije vidjeti Monti, Giorgio, *The Scope of Collective Dominance under Articles 82 EC*, *Common Market Law Review*, vol. 38., 2001., str. 131.-157.

⁹ *Europemballage Corporation i Continental Can* su tražili pred ES poništenje odluke Komisije koja je utvrdila kako je *Continental Can* povrijedio čl. 102. i to tako što je preko podružnice *Europemballage* stekao oko 80% dionica i obveznica od *Thomassen and Drijver - Verbliva N.V.* *Continental Can* je optužen da je zloupotrijebio svoj vladajući položaj na tržištu za metalne konzerve za meso, mesne proizvode, ribu i rakove. Zloupotrabu se sastoji u tomu što je poduzetnik preuzimanjem velikog broja dionica i obveznica *Thomassen and Drijver - Verbliva N.V.* eliminirao tržišno natjecanje na tržištu konzervi. ES je poništio odluku Komisije koja nije dovoljno obrazložila i dokumentirala svoju odluku. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, br. 6-72 od 21. 02. 1973., ECR 1973., str. 215.

Commercial Solvents Corporation je u to vrijeme bio jedini poduzetnik koji je proizvodio nitropropan i aminobutanol za komercijalne potrebe. *Zoja* je kupovala aminobutanol kako bi proizvodila ethan butol od *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A* koji je s *Commercial Solvents Corporation* imao sklopljen sporazum o zajedničkom pothvatu. *Zoja* je utvrdila kako može proizvod kupiti jeftinije i od *Istituta* je tražila poništenje narudžbe. Nakon nekog vremena, *Zoja* je htjela ponovo kupovati od *Commercial Solvents Corporation*, ali je odbijena te je smatrala kako je time povrijeđen čl. 102. odnosno kako je učinjena zloupotrabu koja se sastoji u odbijanju poslovanja. Za ovaj je segment najvažnije pitanje predstavljaju li *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A.* i *Commercial Solvents Corporation* jednu ekonomsku jedinicu. *Commercial Solvents Corporation* ima određene dionice *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A.* i sudjeluje u njegovim administrativnim poslovima. *Commercial Solvents Corporation* ima nadzor nad *Instiutom* i utječe na njegovo odlučivanje u odnosima s poduzetnikom *Zoja*, te je prema Sudu potrebno ova dva poduzetnika smatrati jednim ekonomskim subjektom, točka 37. presude *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 6 i 7-73 od 06. 03. 1974., ECR 1974., str. 223.

¹⁰ *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc.*, br. 15-74 od 31. 10. 1974., ECR 1974., str. 1147., točka 41.

¹¹ *Pecotić, Jasminka, Zajednički vladajući položaj u novijoj sudskoj praksi sudova EZ, Pravo i porezi*, br. 6/03., str. 65.

više poduzetnika nalaze se u vladajućem položaju ako međusobno značajno ne konkuriraju na mjerodavnom tržištu roba ili usluga te ako zajedno ispunjavaju uvjete koji se traže za vladajući položaj.¹² Poduzetnici koji zajednički nastupaju smatrat će se kao jedan ekonomski subjekt samo ukoliko između njih postoje takve ekonomske veze koje su dovoljne za zajednički vladajući položaj. U svakom slučaju ovaj uvjet treba posebno dokazati te zbog toga ovaj institut izaziva velike kontroverze. Treba paziti da se paralelno postupanje poduzetnika ne proglašuje zajedničkim vladajućim položajem jer ponekad je samo riječ o racionalnom postupanju poduzetnika kako bi se udovoljilo potrebama gospodarske prakse.¹³

Središnji element za primjenu čl. 102. je utvrđenje vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu. Kako bi se vladajući položaj utvrdio u obzir se uzimaju svi elementi za dokazivanje tržišne snage poduzetnika. Riječ je o esencijalnom elementu. S daljnjim se ispitivanjem prestaje ako se ne može pokazati postojanje vladajućeg položaja.

Kako se nigdje u UFEU ne određuje pojam vladajućeg položaja, Komisija i sudovi pojam tumače samostalno. ES u presudi *United Brands* određuje: "Vladajući položaj u smislu čl. 82. (sada čl. 102.) odnosi se na položaj ekonomske moći koju uživa poduzetnik, a koje mu omogućava spriječiti učinkovitu tržišnu utakmicu na mjerodavnom tržištu čime postiže moć nezavisnog ponašanja u odnosu na konkurente, klijente i u konačnici potrošače."¹⁴ Prema Komisiji ključ određivanja vladajućeg položaja je u dokazivanju nezavisnosti i mogućnosti kontroliranja cijena.¹⁵ Poduzetnik je u vladajućem položaju kada se zahvaljujući svojoj tržišnoj snazi može na mjerodavnom tržištu ponašati u značajnoj mjeri neovisno od svojih stvarnih ili mogućih konkurenata, potrošača, kupca ili dobavljača. Zbog položaja koji zauzima, može se potpuno samostalno ponašati i utjecati na uvjete tržišnog natjecanja. Neovisnost može proizaći, ili iz činjenice što na tržištu uopće nema konkurenata, ili poduzetnik posjeduje takvu tržišnu snagu koja je značajno veća od ostale konkurencije. U određivanju vladajućeg položaja nije nužno dokazivati kako poduzetnik ostvaruje profit. Poduzetnik može zauzimati vladajući položaj i ako kraći vremenski period trpi određene gubitke.

Dva su ključna elementa u definiciji vladajućeg položaja: sposobnost sprječavanja učinkovitog tržišnog natjecanja i mogućnost nezavisnog ponašanja.¹⁶

¹² Petrović, Siniša, Materijali s predavanja iz predmeta Pravo konkurencije na Poslijediplomskom znanstvenom studiju iz prava društva i trgovačkog prava u akademskoj godini 2005./2006. (III semestar) na Pravnom fakultetu u Zagrebu.

¹³ Loc. cit.

¹⁴ *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities*, br. 27/76 od 14. 02. 1978., ECR 1978., str 207., točka 65. Prva definicija vladajućeg položaja dana je u presudi *Sirena v. Eda* (*Sirena S.r.l. v. Eda S.r.l. i dr.*, br. 40-70 od 18. 02. 1971., ECR 1971., str 69.) kao snaga sprječavanja održavanja učinkovitog tržišnog natjecanja na značajnom dijelu mjerodavnog tržišta. O tome Šoljan, Vedran, *Zloupotreba vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, doktorska disertacija, Zagreb, 2001., str. 109.

¹⁵ Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 262.

¹⁶ Ponekad se navodi i treći kriterij kao moć u kontroliranju cijena (*Europemballage Corporation*

Pitanje koje se u doktrini postavlja je, jesu li ova dva koncepta odvojena ili su dio istog testa.¹⁷ Whish je mišljenja kako je test sprječavanja tržišnog natjecanja samo deskriptivan koncept, a ne odlučujući kriterij te je po njemu ključ u utvrđivanju nezavisnog ponašanja.¹⁸ Poduzetnik sa značajnom tržišnom snagom može povisiti cijene iznad svojeg graničnog troška jer mu njegov položaj omogućava takvo ponašanje. Zbog toga ne trpi velike gubitke.¹⁹ Poduzetnik ima takvu snagu koja nije ograničena nikakvim kompetitivnim pritiscima bilo od strane dobavljača, stvarnih ili potencijalnih konkurenata, ali i potrošača. Tržišna snaga ovisi postoje li alternativni izvori nabave i supstituti za proizvod nad kojim poduzetnik uživa monopol. Ukoliko postoje supstituti tada će tržišna snaga poduzetnika biti oslabljena jer će se u slučaju povećanja cijena pojaviti alternativni izvori nabave i komplementarni proizvodi. Zahvaljujući svojem vladajućem položaju poduzetnik nije ograničen nikakvom konkurencijom. Ponaša se oslobođeno od ikakvih pritisaka od strane konkurencije i potrošača.²⁰ Neovisnost poduzetnika može se sagledati s dva gledišta. Sa stajališta poduzetnika, koji je u vladajućem položaju, to znači mogućnost podizanja cijena bez opasnosti da konkurenti preuzmu dio potrošača. Drugo gledište, je vidjeti na koji se način vladajući položaj manifestira na potrošače. U praksi za potrošače to znači kako je taj poduzetnik njihov neizbježan poslovni partner.²¹ Drugi manji konkurenti neće moći udovoljiti potražnji onih koji bi mogli prekinuti neizbježnost poslovanja s poduzetnikom u vladajućem položaju.²²

Vladajući položaj poduzetnika se može procjenjivati samo u kontekstu određenog tržišta. On se veže uz konkretno tržište. Iz toga se nameće potreba određivanja mjerodavnog tržišta koje će se potom analizirati i vidjeti kakve su promjene na tržištu. Praksa Komisije i ES-a najprije je odrediti tržište na kojem poduzetnik djeluje, a tek onda utvrđivati položaj poduzetnika na njemu. Poduzetnik ne može zauzimati vladajući položaj u apstraktnom smislu, već samo u odnosu na određeno tržište. Riječ je o prvoj fazi procjenjivanja zakonitosti poslovanja poduzetnika. Nakon toga, utvrđuje se tržišna snaga poduzetnika te će se uz pomoć ostalih čimbenika vidjeti je li poduzetnik zlorabio vladajući položaj. Postupak se često naziva dubinska analiza tržišta (*market power screen*).²³

and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities, br. 6-72 od 21. 02. 1973., ECR 1973., str. 215). Međutim, ovaj je kriterij zapravo dio kriterija koji se odnosi na sposobnost zauzimanja nezavisnog položaja.

¹⁷ Jones, A., Sufirin, B., op. cit., str. 263.

¹⁸ Whish, Richard, *Competition Law*, peto izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 179. i 180.

¹⁹ Šoljan, Vedran, *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, Ibis grafika, Zagreb, 2004., str. 157.

²⁰ Jones, A., Sufirin, B., op. cit., str. 252.

²¹ Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities, br. 85/76 od 13. 02. 1979., ECR 1979., str. 461., točka 41.

²² Šoljan, V., *Vladajući položaj...*, op. cit., str. 157.

²³ Keyte, James A., *Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard*, *Antitrust Law Journal*, vol. 63., 1994.-1995., str. 697.

Mjerodavno tržište ima tri aspekta. Razlikuje se tržište u proizvodnom, geografskom i vremenskom smislu. U kontekstu određivanja tržišta u proizvodnom smislu značajnu ulogu ima mišljenje potrošača o tomu koje proizvode smatra međusobno zamjenjivima. Vladajući položaj poduzetnika će biti oslabljen ukoliko je njegov položaj ograničen ostalom konkurencijom. Ukoliko poduzetnik poveća svoje cijene tada će uvelike ovisiti o potrošačima hoće li i dalje nastavljati kupovati te proizvode ili će potražiti druge. Sve to ovisi o tome postoje li konkurentski zamjenski proizvodi. Ako postoje drugi proizvodi na tržištu i ako se potrošači prebace na te proizvode, tada taj poduzetnik više neće uživati u svojem vladajućem položaju.²⁴

U europskom pravu tržišnog natjecanja principi u određivanju mjerodavnog tržišta proizlaze iz prakse Komisije i sudova. U presudi *Continental Can*²⁵ ES, kao i *nebrojeno puta kasnije, potvrđuje važnost određivanja mjerodavnog tržišta: "Mogućnosti konkurencije se mogu ispitivati u kontekstu tržišta kojeg čine svi proizvodi koji obzirom na svoje karakteristike su podobni za zadovoljavanje stalnih potreba i do ograničenog stupnja su međusobno zamjenjivi s ostalim proizvodima."*²⁶ Definiranje tržišta omogućuje prepoznavanje neovisnog ponašanja poduzetnika čija se tržišna snaga procjenjuje u odnosu na svoju konkurenciju i kupce, odnosno potrošače."²⁷

Mjerodavno tržište kombinira proizvodni, geografski, a ponekad i vremenski aspekt.²⁸ Najvažnija je definicija tržišta u smislu proizvoda i geografskog područja. Nedostatak ovakvog načina definiranja tržišta je u tomu što njome saznajemo samo činjenice o kompetitivnim ograničenjima stvarne konkurencije. Ti podaci nam ništa ne govore o potencijalnoj konkurenciji. Svaki poduzetnik može imati vladajući položaj samo u odnosu na određena dobra ili usluge, te stoga, proizvodni aspekt tržišta predstavlja one proizvode ili usluge koji stvaraju kompetitivni pritisak na proizvode ili usluge koje proizvode ili pružaju stranke pod istragom.²⁹ Na prvi pogled čini se kako je postupak vrlo jednostavan. Međutim, u primjeni se nailazi na poteškoće. Što se tržište u smislu proizvoda uže definira, to se lakše utvrđuje vladajući položaj.³⁰ Zbog toga je u interesu poduzetnika čije se ponašanje procjenjuje, odrediti tržište što šire. Geografski aspekt razmatra područje u kojem poduzetnici razmjenjuju dobra ili usluge, u kojem su uvjeti natjecanja homogeni i

²⁴ Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 261.

²⁵ Više o presudi vidjeti Butorac, Vlatka, *Mergers and Acquisitions in Light of the Competition Law: Comparative Study EU-USA*, doktorska disertacija, Budimpešta, 2005., str. 115. i dalje.

²⁶ *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, br. 6-72 od 21. 02. 1973., ECR 1973., str. 215., točka 32., kao i presuda *NV L'Oréal and SA L'Oréal v. PVBA "De Nieuwe AMCK"*, br. 31/80 od 11. 12. 1980., ECR 1980., str. 3775., točka 25.

²⁷ Šoljan, V., *Vladajući položaj...*, op. cit., str. 166.

²⁸ Bishop, Simon, Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet and Maxwell, London, 2002., str. 89.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ Craig, Paul, de Burca, Gráine, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, treće izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 994.

*moгуće ih je razlikovati u odnosu na susjedna područja.*³¹

*Posljednji aspekt, koji najčešće nije toliko važan, je vremenski kriterij. U određenim situacijama može biti odlučujući. Primjerice, ukoliko poduzetnik prodaje voće, potražnja za njime može varirati ovisno o sezoni. Tako je jedan od argumenata u presudi United Brands bio da je ponuda za bananama ovisna o sezonskim periodima, međutim, niti Komisija, niti ES nisu ga uzeli u razmatranje. Prilikom definiranja mjerodavnog tržišta sve ove aspekte obavezno treba promatrati kao cjelinu.*³²

Učestale kritike zbog nedostatka sustavne prakse Komisija i sudova rezultirali su objavljivanjem Obavijesti Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta u svrhu provedbe prava tržišnog natjecanja Europske unije.³³ Svrha obavijesti je pružiti smjernice za određivanje tržišta u proizvodnom i geografskog smislu.³⁴ Time se donekle ispravio dotadašnji nedostatak i pokušalo uvesti red u radu Komisije.

Komisija u Obavijesti određuje mjerodavno tržište proizvoda kao ono koje obuhvaća sve one proizvode i/ili usluge koje potrošač smatra zamjenjivim ili nadomjestivim s obzirom na karakteristike proizvoda, njihove cijene i namjenu.³⁵ Odlučujući faktori su objektivne karakteristike proizvoda, stupanj međusobne zamjenjivosti i mišljenja potrošača.³⁶ S druge strane, mjerodavno geografsko tržište obuhvaća područje na kojemu su dotična trgovačka društva uključena u ponudu i potražnju proizvoda ili usluga, na kojem su uvjeti tržišnog natjecanja dovoljno ujednačeni i koje se može razlikovati od susjednih područja jer su uvjeti tržišnog natjecanja znatno različiti u tim područjima.

Tek nakon određivanja mjerodavnog tržišta moguće je odrediti udio poduzetnika na njemu. Prema Bishopu i Walkeru, mjerodavno tržište je filter pomoću kojeg se utvrđuje hoće li se čl. 102. uopće primijeniti.³⁷ Iako su ES i Komisija više puta naglasili kako udio u tržištu ne može biti jedini faktor koji će odrediti je li riječ o vladajućem položaju, ipak predstavlja najvažniju činjenicu. ES tvrdi da ukoliko

³¹ Streef, Alexandre, Market Definitions in the new European Regulatory Framework for Electronic Communications, 2003., str. 31. <<http://www.emeraldinsight.com/Insight/ViewContentServlet.jsessionid=C8CD4B6FC70D05FBC77B39EC80370DF9?Filename=Published/EmeraldFullTextArticle/Articles/2720050303.html>>, internet stranica posjećena 2. siječnja 2012.

³² Bishop, S., Walker, M., op. cit., str. 89.

³³ Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372 od 09. 12. 1997., str. 5.-13. O Obavijesti više vidjeti Kokkoris, Ioannis, The concept of market definition and the SSNIP test in the merger appraisal, European Competition Law Review, vol. 26., br. 4/05., str. 209.-214.

³⁴ Kako se u točki 1 navodi: "Svrha ovog priopćenja je upoznati kako Komisija primjenjuje koncept određenog proizvoda i zemljopisnog tržišta u kontinuiranoj provedbi prava Zajednice koje se odnosi na konkurenciju, posebice u primjeni Uredbe br. 17 Vijeća i (EEC) br. 4064/89, istovrijednih odredbi u drugim područjima primjene kao što su promet, ugljen i čelik i poljoprivreda te odgovarajućih odredbi Sporazuma EEA."

³⁵ Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372 od 09. 12. 1997., točka 7.

³⁶ Vaughan, David i dr., EU Competition Law: General Principles, Richmond Law & Tax Ltd., Richmond, 2006., str. 119.

³⁷ Bishop, S., Walker, M., op. cit., str. 181.

poduzetnik zauzima više od 50% tržišta, s velikom vjerojatnošću će se smatrati kako zauzima dominantan položaj, iako prihvaća mišljenje Komisije da treba sagledati i ostale faktore.³⁸ Prema Furse, udio na tržištu od 70% i više gotovo sigurno upućuje na vladajući položaj, postotak od 50 do 70% može upućivati na postojanje vladajućeg položaja, dok manje od 40% rijetko ukazuje kako je riječ o vladajućem položaju osim ukoliko ne postoje druge okolnosti koje navode na drugačiji zaključak.³⁹ Međutim, Komisija je u svojem 10. izvješću navela mogućnost da i nizak udio na tržištu može upućivati na vladajući položaj.⁴⁰ To znači kako udjeli između 20 i 40% mogu upućivati na vladajući položaj, ali uz neke posebne okolnosti. Tako je ES u presudi *Hoffman La Roche*, naveo kako "Postojanje vladajućeg položaja može proizlaziti iz više faktora koji zasebno ne moraju biti odlučujući, ali među njima značajno mjesto zauzima visok udio na tržištu..."⁴¹ Iako važnost tržišnog udjela može varirati od tržišta do tržišta, stajalište je da visoki udio na tržištu sam po sebi, osim u posebnim slučajevima, upućuje na postojanje vladajućeg položaja. Poduzetnik koji ima visoki udio na tržištu i drži ga određeni vremenski period "...je temeljem tog udjela u poziciji moći..."⁴² Osnovni čimbenik za utvrđivanje vladajućeg položaja je visoki tržišni udio koji mora biti stabilan i prisutan kroz duže vrijeme. Međutim, taj element nije odlučujući. Činjenica da poduzetnik zauzima veliki tržišni udio može biti snažan element za zaključak o postojanju vladajućeg položaja.⁴³ Međutim, nije jedini čimbenik. Nužno ga je promatrati u kontekstu strukture tržišta, vidjeti odnos udjela na tržištu sa stvarnom i potencijalnom konkurencijom, kao i postoje li zapreke u pristupu tržištu.

Poduzetnik mora zauzimati vladajući položaj na značajnom dijelu zajedničkog tržišta. Važno je vidjeti postoji li interes Unije jer bez njega čl. 102. se neće primijeniti. Nije relevantan geografski položaj koji zauzima poduzetnik. On može zauzimati vladajući položaj na području više država članica, samo u jednoj državi članici ili dijelu. Gleda se na gospodarsko značenje određenog područja, te je tako primjerice luka Genova proglašena kao značajni dio vladajućeg tržišta. U presudi *Suiker Unie* ES je naveo: "U svrhu određivanja je li određeno područje dovoljno veliko kako bi predstavljalo 'značajan dio zajedničkog tržišta' u smislu čl. 86.

³⁸ AKZO Chemie BV v. Commission of the European Communities, br. C-62/86 od 03. 07. 1991., ECR 1991., str. I-3359., točka 59-61.

³⁹ Furse, Mark, *Competition Law of the EC and UK*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 245.

⁴⁰ Primjer je odluka *Virgin/British Airlines* (2000/74/EC: Commission Decision of 14 July 1999 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (IV/D-2/34.780 - Virgin/British Airways), OJ L 30 od 04. 02. 2000., str. 1.-24., kao je jedna od rijetkih odluka gdje se temeljem niskog udjela na tržištu kombinacijom ostalih faktora utvrdio vladajući položaj. Vidjeti Furse, M., op. cit., str. 245.

⁴¹ *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, br. 85/76 od 13. 02. 1979., ECR 1979., str. 461., točka 39. Vidjeti Šoljan, V., *Vladajući položaj...*, op. cit., str. 162. i 163.

⁴² *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, br. 85/76 od 13. 02. 1979., ECR 1979., str. 461., točka 41.

⁴³ *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA.*, br. C-250/92 od 15. 12. 1994., ECR 1994., str. I-5641., točka 48.

Ugovora o EZ, moraju se uzeti u obzir struktura i volumen proizvodnje i potrošnje tog proizvoda, kao i navike i ekonomske mogućnosti prodavatelja i kupca.”⁴⁴ U praksi ES nije nikad eksplicitno naveo koji postotak tržišta mora zauzimati poduzetnik kako bi bila riječ o značajnom udjelu.⁴⁵ Prijašnju sudsku praksu, koja je pokušala pronaći odgovor na pitanje što se smatra značajnim dijelom zajedničkog tržišta, treba uzeti s oprezom, posebno nakon proširenja zajedničkog tržišta na nove države članice.

Utvrđivanje vladajućeg položaja je proces koji mora uzeti u obzir više faktora, a koji sami za sebe nisu odlučujući. Ono je kombinacija utvrđivanja udjela na tržištu, analize mjerodavnog tržišta, kao i razmatranje postoje li prepreke ulasku ostaloj konkurenciji. Ukoliko postoje prepreke, tada poduzetnik neće moći nesmetano podizati svoje cijene, a da ostala konkurencija ne uđe na tržište i dovede do neisplativog povećanja cijena. Prepreke mogu biti razne, od apsolutnih, primjerice intelektualno vlasništvo do strateških prednosti.⁴⁶ One uključuju sve ono što sprječava druge poduzetnike da se pojave na tržištu. Poduzetnik može u odnosu na ostale imati tehnološku prednost, pristup sirovinama, proizvoditi proizvode širokog asortimana ili imati isključivo pravo koje proizlazi iz opsega. Dakle, analiza nije statični proces, već uključuje utvrđivanje velikog broja faktora koji utječu na poduzetnika u mijenjanju učinkovitog kompetitivnog procesa.⁴⁷

3. ZLOUPORABA VLADAJUĆEG POLOŽAJA NA TRŽIŠTU

Kada se sa sigurnošću utvrdi postojanje vladajućeg položaja treba vidjeti je li poduzetnik zloupotrijebio svoj položaj. Sam vladajući položaj nije zabranjen jer poduzetnik ne čini ništa loše zato što zauzima vladajući položaj. Zabranjena je zlouporaba tog položaja jer poduzetnik u vladajućem položaju ima posebnu odgovornost ne dopustiti da njegovi postupci naruše tržišno natjecanje.⁴⁸ Ukoliko je nužno, poduzetnik u vladajućem položaju je obvezan modificirati svoje ponašanje kako ne bi narušilo učinkovito tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu. Samo jačanje ili održavanje vladajućeg položaja nije ničim zabranjeno.⁴⁹

Članak 102. u st. 2. sadrži ilustrativnu listu mogućih zlouporaba. Lista nije iscrpna te svako drugo ponašanje koje narušava strukturu tržišta može biti

⁴⁴ Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73 od 16. 12. 1975., ECR 1975., str. 1663., točka 371.

⁴⁵ Zanimljivo je na koji način Sud određuje je li riječ o značajnom dijelu zajedničkog tržišta u slučajevima koji se odnose na transport. Tako ukoliko pronađe da rute koje prolaze određenom lukom ili aerodromom prelaze značenje isključivog domaćeg prometa, tada i ta područja proglašava značajnim dijelom tržišta, Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 270.

⁴⁶ Whish, R., op. cit., str. 183.

⁴⁷ Šoljan, V., Vladajući položaj..., op. cit., str. 164.

⁴⁸ NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission of the European Communities, br. 322/81 od 09. 11. 1983., ECR 1983., str. 3461., točka 57.

⁴⁹ Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvaarelskab AmbA., br. C-250/92 od 15. 12. 1994., ECR 1994., str. I-5641., točka 49.

proglašeno zabranjenim. Procjenjuje se učinak zlorporabe na ograničenje tržišnog natjecanja. Sudska praksa je suočena s poteškoćama pri procjenjivanju pojedinog ponašanja. Svaki slučaj je specifičan te traži odvojeno promatranje. Ipak postoje neke okolnosti koje treba uvijek imati u vidu kod proučavanja ovih pitanja jer zlorporaba vladajućeg položaja predstavlja upotrebu metoda koje su različite od normalnog tržišnog natjecanja.

Pojam zlorporabe se objektivno utvrđuje. Smatra se kako je to ono ponašanje poduzetnika u vladajućem položaju koje negativno utječe na strukturu tržišta na kojem je kao posljedica prisutnosti poduzetnika u pitanju, stupanj tržišnog natjecanja oslabljen i koje metodama različitim od onih koje su prisutne u slučaju uobičajenog tržišnog natjecanja, utječe na sprječavanje održanja stupnja razine tržišnog natjecanja prisutnog na tržištu ili sprječava razvoj tog tržišnog natjecanja.⁵⁰ Vladajući položaj omogućava poduzetniku spriječiti učinkovito tržišno natjecanje jer svaki potencijalni konkurent je u odnosu ekonomske ovisnosti.⁵¹ Zlorporaba se sankcionira jer se primjenjuju metode koje odstupaju od onih u situaciji normalnog tržišnog natjecanja.⁵² Pri procjenjivanju koncepta zlorporabe ne uzima se u obzir krivnja niti subjektivni poticaj koje poduzetnika navodi na takvo ponašanje. Ipak u određenim slučajevima, krivnja može biti dodatni element koji će potvrditi kako je riječ o zlorporabi.⁵³ Gleda se na stvarni ili potencijalni učinak koje proizvodi određeno ponašanje, a ne na razloge koji su naveli poduzetnika.⁵⁴ Za postojanje zlorporabe nije bitno dokazati uzročnu vezu između vladajućeg poduzetnika i zlorporabe.⁵⁵ Važno je samo utvrditi da određeno ponašanje jača vladajući položaj i ograničava tržišno natjecanje na tržištu.⁵⁶ Pojedino ponašanje će se proglasiti kao zlorporaba bez obzira kojim je sredstvima i postupkom postignuta.⁵⁷

Iako sam vladajući položaj nije zabranjen, poduzetnik ipak ima određene odgovornosti na tom tržištu. Poduzetnik u vladajućem položaju ima "posebne odgovornosti" u odnosu na kompetitivni proces. U presudi *Michelin*, ES je potvrdio kako "...sam vladajući položaj nije zabranjen, ali bez obzira na razloge zbog kojih ima vladajući položaj, poduzetnik ima posebne odgovornosti ne dozvoliti da njeno ponašanje naruši nesmetano tržišno natjecanje na zajedničkom

⁵⁰ Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities, br. 85/76 od 13. 02. 1979., ECR 1979., str. 461., točka 36.

⁵¹ Vaughan, D., op. cit., str. 134.

⁵² Ibid., str. 137.

⁵³ Primjer su slučajevi *Continental Can* (Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities, br. 6-72 od 21. 02. 1973., ECR 1973., str. 215. i *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73., od 16. 12. 1975., ECR 1975., str. 1663.

⁵⁴ U određenim situacijama treba biti oprezan. Ponekad će i namjera poduzetnika biti relevantna. Jedna takva situacija uključuje predatorne cijene koje se donose s namjerom uklanjanja konkurencije.

⁵⁵ *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, br. 6-72 od 21. 02. 1973., ECR 1973., točka 26. i 27.

⁵⁶ Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 278.

⁵⁷ Vaughan, D., op. cit., str. 138.

tržištu.”⁵⁸ Ponekad određeno ponašanje na prvi pogled predstavlja samo normalnu poslovnu praksu, ali zbog posebne odgovornosti poduzetnika, proglasit će se kao zlorporaba. Prema sudskoj praksi odgovornost raste s položajem poduzetnika. Što je stupanj dominacije veći to je i odgovornost veća.⁵⁹ Svaki položaj treba ispitati ovisno o okolnostima tržišta i u tom kontekstu prosuđivati vladajući položaj i njegovu odgovornost.

Kako u UFEU, a ni Komisija i ES nisu detaljnije pojasnili pojedine oblike zlorporabe pravni teoretičari su pokušali sistematizirati pojedina ponašanja. Razlikuju tri oblika zlorporabe: eksploatacijsku, antikompetitivnu i zlorporabu u obliku odmazde. Posljednji oblik zlorporabe se ne ispituje jer su to takve zlorporabe koje su fokusirane na specifičnog poduzetnika, odnosno predstavljaju odgovor na njegovo ponašanje.⁶⁰ Takvi oblici zlorporabe ne pridonose nikakve posebne koristi poduzetniku koji zauzima vladajući položaj niti ne sprječavaju učinkovito tržišno natjecanje.⁶¹

Prethodne kategorije se ne isključuju međusobno jer pojedini oblik zlorporabe često zadovoljava kriterije koje ga svrstavaju u drugi oblik zlorporabe. Primjeri iz čl. 102. pokrivaju sve oblike eksploatacijske zlorporabe te se smatra kako će se svaka praksa koja omogućuje određenu dobit dominantnom poduzetniku na štetu klijenta ili potrošača smatrati nezakonitom. S druge strane, antikompetitivne ili isključive zlorporabe pokrivaju situacije u kojima ponašanje poduzetnika u dominantom položaju utječe na trgovinu unutar Unije ili na tržište tako što istiskuje ostalu konkurenciju čime ojačava svoju ekonomsku snagu. Riječ je takvoj situaciji u kojoj poduzetnik u vladajućem položaju isključuje ostale konkurente s tržišta, odnosno zabranjuje pristup potencijalnim konkurentima.⁶²

Svaki oblik eksploatacijske zlorporabe predstavlja antikompetitivno ponašanje. Vezani poslovi predstavljaju zlorporabu, ne samo u odnosu na one koji su prisiljeni kupiti određene proizvode ili usluge, već ograničavaju i ostalu konkurenciju.⁶³ Posljednja vrsta zlorporabe koja se ponekad promatra odvojeno, a često je dio jednog od prethodnih oblika je ponašanje koje se poduzima s namjerom nametanja štete i uplitanja u poslovanje drugog poduzetnika.⁶⁴ Eksploatacijska i zlorporaba s namjerom odmazde su zabranjene same po sebi. U načelu svako ponašanje koje ograničava tržišno natjecanje predstavlja zlorporabu.

Posljednji kriterij za primjenu čl. 102. je utjecaj zlorporabe na trgovinu unutar

⁵⁸ NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission of the European Communities, br. 322/81 od 09. 11. 1983., ECR 1983., točka 57.

⁵⁹ Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities, br. C-333/94 P. od 14. 11. 1996., ECR 1996., str. I-5951., točka 24., Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 279.

⁶⁰ Vidjeti Temple, Lang, John, Monopolisation and the Definition of “Abuse” of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty, Common Market Law Review, vol. 16., 1979., str. 363.-364.

⁶¹ Ibid., str. 21.

⁶² Više vidjeti Faull, Jonathan, Nikpay, Ali, The EC Law of Competition, drugo izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2007., str. 348. i dalje.

⁶³ Temple L. J., Some Aspects..., op. cit., str. 22.

⁶⁴ Ibid., str. 17.

Unije. ES u ispitivanju utječe li ponašanje na trgovinu unutar Unije gleda na učinak takvog ponašanja i to bez obzira je li stvaran ili potencijalan, neposredan ili posredan.⁶⁵ I sama mogućnost negativnog utjecaja na trgovinu će se sankcionirati. Nije potrebno dokazati kako je doista došlo do negativnog utjecaja, već će biti dovoljno ukazati na mogućnost.⁶⁶ Budući da su sudovi suočeni s poteškoćama u određivanju na koji način se procjenjuje pojam učinka na trgovinu Komisija je izdala Upute o učinku na tržišni koncept iz čl. 101. i 102. UFEU.⁶⁷ Iako je riječ o neobvezujućem tekstu⁶⁸ elementi sadržani u Uputama pružaju korisne podatke ES-u, ali i državama članicama. Komisija naglašava kako je riječ o konceptu koji je samostalan i koji je potrebno procjenjivati od slučaja do slučaja pri čemu se naglasak mora staviti na mogućnost značajnog utjecaja na trgovinu.⁶⁹ Nije potrebno u svakom slučaju utvrditi direktnu vezu između navodnog ograničenja utjecaja na trgovinu.

Članak 102., treba uvijek interpretirati uzimajući u obzir duh, generalnu shemu i ciljeve UFEU te postizanje ujednačenog, uravnoteženog i održivog razvoja čime će se omogućiti slobodno tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.⁷⁰

3.1. Predatorne cijene

Jedan od oblika zlorabe vladajućeg položaja predstavlja predatorno ponašanje. Riječ je o ponašanju koje je kratkotrajnog vijeka, ali s dugoročnim ciljem eliminiranja postojeće ili odvracanja od novih ulazaka potencijalne konkurencije. Zahvaljujući svojem vladajućem položaju poduzetnik primjenjuje taktiku kratkoročnog sniženja cijena kako bi postojećeg poduzetnika istisnuo s tržišta te ih potom podiže i dugoročno ostvaruje profit.⁷¹

Predatorsko ponašanje se manifestira kroz dvije faze. U prvoj fazi, koja je ujedno i predatorska, poduzetnik snižava cijene i trpi gubitke. Za potrošače ova faza je osobito povoljna jer mogu kupovati proizvode po znatno nižim cijenama u odnosu na konkurenciju koja s druge strane trpi gubitke jer ne može adekvatno odgovoriti na tako niske cijene.

Logično je da u svojem poslovanju poduzetnik ne želi snositi gubitke, osim ako

⁶⁵ Albors-Llorens, Albertina, *EC Competition Law and Policy*, Willan Publishing, Devon, 2002., str. 105.

⁶⁶ Šoljan, V., *Vladajući položaj...*, op. cit., str. 206.

⁶⁷ Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ C 101 od 27. 04. 2004., str. 81.-96.

⁶⁸ *O soft-law* propisima vidjeti Cosma, Hakon A., Whish, Richard, *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, *European Business Law Review*, 2003., str. 25.-56.

⁶⁹ Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ C 101 od 27. 04. 2004., točka 12. i 13.

⁷⁰ *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, br. 6-72 od 21. 02. 1973., ECR 1973., str. 215., točka 22. i 23.

⁷¹ Joskow, Paul L., Klevorick, Alvin K., *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, *The Yale Law Journal*, vol. 89., br. 2/79., str. 219. i 220., *O paradoksu predatornih cijena* vidjeti Crane, Daniel A., *The Paradox of Predatory Pricing*, *Cornell Law Review*, vol. 91., 2005., str. 1-65.

je motiviran drugim ciljevima. Jedan od impulsa može biti zadržavanje postojećeg monopolističkog položaja ili mogućnost širenja na novo tržište s istovremenim isključenjem ostale konkurencije. Poduzetnik je svjestan kako dugi vremenski period ne može snositi gubitke te će ovisno o tomu trajati prva faza. Zbog toga je nužna druga faza u kojoj će se poduzetnik "oporaviti".⁷² U fazi oporavka postojeća konkurencija je već oslabljena te predator povisuje cijene. Sada potrošač mora više platiti za određeni proizvod, a zbog nepostojanja konkurencije nema izbora.⁷³ U ovoj fazi predator postiže svoj dugoročni cilj u vidu povećanog profita.

Postoji još jedna pretpostavka koja se mora ispuniti kakao bi predator doista i postigao ono što je naumio. Nužne su prepreke ulasku novim poduzetnicima. Kada ne bi bilo tako, u situaciji kada bi poduzetnik snizio cijene, ostala bi konkurencija ušla na tržište i "odgovorila" na takvo postupanje čime predator u drugoj fazi ne bi mogao nadoknaditi gubitke.

Nužno je naći parametre kojima će se razlikovati situacija učinkovitog tržišnog natjecanja od predatorske. U situaciji normalnog i učinkovitog tržišnog natjecanja poduzetnici s boljim i kvalitetnijim proizvodima istiskuju one čija je učinkovitost slabija. Za razliku od toga, u situaciji predatorskog ponašanja jednako učinkoviti ili čak učinkovitiji poduzetnici se isključuju s tržišta.⁷⁴ I u jednoj i drugoj situaciji snižavaju se cijene. Međutim, u posljednjoj situaciji cijene se kratkoročno snižavaju s namjerom uklanjanja postojeće konkurencije ili sprječavanja nove. Ponekad je vrlo teško pojedine situacije razlučiti. S tim problemom susreću se nacionalne agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, ali i suci koji često ne raspolažu s dovoljnim stručnim znanjem za kompleksne ekonomske analize.⁷⁵

Pogrešno razlikovanje konkurentnih cijena od predatorskih može se negativno odraziti na interese potrošača.⁷⁶ Potrošaču je uvijek u interesu dobiti proizvode po što nižim cijenama, ali samo pod pretpostavkom da je riječ o trajnoj situaciji. Upravo u tomu je ključ razlikovanja. Pozitivna konkurencija dovodi do sniženja cijena čime se potiče blagostanje potrošača. Također u svojoj prvoj fazi i predatorsko ponašanje koristi potrošačima. I u jednoj i drugoj fazi dostupni su im kvalitetni proizvodi po niskim cijenama. Blagostanje potrošača u fazi predatorskih cijena je kratkog vijeka jer nedugo zatim predator povisuje cijene znatno iznad ostale konkurencije te potrošač nema izbora već je prisiljen kupovati proizvode po visokim cijenama jer ne postoje konkurentni proizvodi. Predatorskom poduzetniku je moguće takvo ponašanje jer postoje administrativne ili druge prepreke ulasku. Kada ne bi postojale, u trenutku sniženja cijena ostala konkurencija bi nesmetano ušla na tržište čime potencijalni predator ne bi mogao nadoknaditi svoje povećane

⁷² O fazi, tzv. oporavka vidjeti Hempill, Scott, C., *The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses*, *Stanford Law Review*, vol. 53., 2000/2001., str. 1581. i dalje.

⁷³ Farrell, Joseph, Katz, Michael L., *Competition or Predation? Consumer Coordination, Strategic Pricing and Price Floors in Network Markets*, *The Journal of Industrial Economics*, vol. LIII., br. 2/05., str. 203.

⁷⁴ Šoljan, V., *Vladajući položaj...*, op. cit., str. 227.

⁷⁵ Vidjeti Farrell, J., Katz, M. L., op. cit., str. 204.

⁷⁶ Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 386.

troškove.

Poznato je kako poduzetnici koji ne zauzimaju vladajući položaj nisu od interesa za pravila tržišnog natjecanja.⁷⁷ Kada je riječ o predatorskom ponašanju položaj poduzetnika mora biti posebice snažan jer jedino tako će moći naknaditi svoje gubitke nakon prve faze predatorskog ponašanja. Ukoliko postoji efikasna konkurencija poduzetnici će biti suočeni sa ograničenjem i neće podizati cijene iznad kompetitivnog nivoa. Međutim, u okolnostima kada je cijena toliko niska, a ostali poduzetnici ne mogu pratiti te cijene, tada će ponašanje biti osuđeno kao predatorsko. Time poduzetnici istiskuju ostalu konkurenciju i slobodni su nesmetano povećati svoje cijene i nadoknaditi troškove uzrokovane niskim cijenama. Problem kod predatorskih cijena nije što će se isključiti s tržišta manje efikasne poduzetnike jer bi oni ionako nestali s tržišta, već što će se isključiti jednako efikasni poduzetnici kao i predator.⁷⁸ Cilj predatorskog poduzetnika je smanjiti cijenu kako bi njegovi konkurenti izašli s tržišta. Nakon toga poduzetnik podiže cijenu iznad kompetitivnog nivoa i na taj način ostvaruje profit koji kompenzira kratkoročne gubitke. Važno je naći prave parametre koji će pomoći u utvrđivanju je li riječ o predatorskim situacijama jer pojedini poduzetnici mogu biti destimulirani u snižavanju svojih cijena zbog straha da se njihovo ponašanje ne osudi kao predatorsko, a što potrošačima nije nikako u interesu. Vrlo je tanka linija razgraničenja između predatorskog ponašanja i onog koji predstavlja odgovor na situaciju na tržištu.

Postoji i jedna situacija koja ne zahtijeva prepreke ulasku, a čiji su učinci isti. Riječ je o situaciji u kojoj poduzetnik namjerno želi stvoriti reputaciju predatora kako bi unaprijed “zastrašio” svoju konkurenciju.⁷⁹ Sama svijest će biti dovoljna te usprkos nepostojanju prepreka ostali poduzetnici neće ući na tržište.⁸⁰

Potencijalni predator mora raspolagati dovoljnim financijskim sredstvima u odnosu na svoju konkurenciju i biti siguran kako će moći nadoknaditi gubitke nakon što podigne cijene i “uništi” svoju konkurenciju.⁸¹ Postoji nekoliko faktora kojima se mogu utvrditi predatorske cijene. Jedan od njih je već spomenuta financijska sigurnost potencijalnog predatora. Na tržištu su prisutne velike prepreke. Posljednji, ali ne i nevažni faktor je analiza prodajne cijene koja mora biti ispod one koja je ekonomski opravdana. Ružić navodi i dodatni kriterij koji može biti od pomoći, a koji uključuje okolnost je li se poduzetnik i prije ponašao predatorno jer prema ustaljenoj praksi predatori više puta pokušavaju takvo

⁷⁷ To ne znači kako ES neće ispitivati situacije na tržištu na kojem je utvrdio kako poduzetnik ne zauzima vladajući položaj, ali zauzima takav položaj na susjednom tržištu koje je usko povezano s prvobitnim.

⁷⁸ Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 386.

⁷⁹ O tome više: Milgrom, Paul, Roberts, John, Predation, Reputation, and Entry Deterrence, u Kleit, Andrew N. (ur.), Antitrust and Competition Policy, An Elgar Reference Collection, Cheltenham, Northampton, 2005., str. 370.-405.

⁸⁰ Bishop S., Walker, M., op. cit., str. 222.

⁸¹ Areeda, Philip, Turner, Donald F., Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, Harvard Law Review, vol. 88., 1975., str. 697. i dalje.

postupanje.⁸²

Za utvrđenje predaturnih cijena nužna su tri ključna elementa. Prvi je element utvrditi je li profit kratkoročno žrtvovan, zatim je li cilj takvog ponašanja isključiti konkurenciju i hoće li se kratkoročni gubici nadoknaditi dugoročnim profitom. Posljednji kriterij se u praksi ES zanemaruje što je predmet kritike.⁸³ Korah navodi da ukoliko se ne može utvrditi mogućnost nadoknade gubitka jer poduzetnik nema dovoljnu tržišnu snagu, na potrošače se sniženje cijena neće negativno odraziti. Ukoliko poduzetniku nije učinkovito sniženje cijena, tada će samo tržište regulirati situaciju.⁸⁴ Čini se, a što se u doktrini sve više zagovara, kako bi bilo ključno inzistirati na dokazivanju i posljednjeg elementa.

3.1.1. AKZO pravilo

Prvi slučaj u kojem je ES raspravljao o predaturnim cijenama je odluka Komisije AKZO⁸⁵ čije su činjenice sljedeće:

ECS se bavi proizvodnjom benzol peroksida koji se koristi kao katalizator u proizvodnji plastike, ali i sredstvo za bijeljenje u mlinarstvu. ECS je svoje proizvodne kapacitete koncentrirao isključivo na mlinarstvo gdje je njegov najveći kupac bio poduzetnik Allied Mills. AKZO je također proizvodio benzol peroksid, ali je bio usmjeren na proizvodnju plastike. Komisija je utvrdila kako je ECS htio proširiti svoje tržište na tržište plastike i to tako što je prodavao organski peroksid 15 do 20% jeftinije nego AKZO. Kao posljedica toga, AKZO je izgubio svojeg najvećeg klijenta. S druge strane, AKZO je prijetio kako će smanjiti cijene te je počeo snižavati cijene u području aditiva koji se dodaju brašnu. Tako je utjecao na kupce ECS u Velikoj Britaniji. Klijentima ECS je nudio benzol peroksid po velikim popustima dok je u industriji plastike zadržavao više cijene.

ECS se žalio Komisiji koja je donijela odluku kako je AKZO zloupotrijebio svoj položaj prekršivši čl. 102. i to tako što je zloupotrijebio svoj dominantan položaj nametnuvši predaturne cijene prema ECS kako bi ga izgurao sa tržišta plastike.

Temeljem prijetnji ECS Komisija je utvrdila predaturno ponašanje.⁸⁶ Na odluku AKZO se žalio ES-u, gdje se branio kako nije riječ o predaturnoj situaciji, već o uobičajenom ratu cijena među konkurencijom. ES je potvrdio odluku Komisije. Test koji je ES upotrijebio poznat je pod nazivom Areeda Turner test.⁸⁷ Prema tom

⁸² Vidjeti Ružić, Tatjana, "Grabežljive cijene" (predatory pricing) – kako dokazati narušavanje tržišta, Računovodstvo, revizija i financije, br. 6/01., str. 94.-98.

⁸³ Vidjeti Buttigieg, E., op. cit., str. 1213. i dalje.

⁸⁴ Korah, Valentine, Tetra Pak II – Lack of Reasoning in Court's Judgment, (1997) 18 ECLR 98. 101 u bilj. 107. Buttigieg, E., op. cit., str. 1218.

⁸⁵ 85/609/EEC: Commission Decision of 14 December 1985 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.698 - ECS/AKZO), OJ L 374 od 31. 12. 1985., str. 1-27.

⁸⁶ AKZO Chemie BV v. Commission of the European Communities, br. C-62/86 od 03. 07. 1991., ECR 1991., str. I-3359.

⁸⁷ Vidjeti Whish, R., Competition Law... (2005.), op. cit., 2005., str. 704. i dalje.

testu, cijena je predatorska ukoliko je niža od kratkoročnih graničnih troškova za određeni proizvod ili uslugu. Kako je teško odrediti koji su to kratkoročni granični troškovi najčešće se uzimaju u obzir prosječni varijabilni troškovi.⁸⁸ Cijena ispod prosječnih varijabilnih troškova će se smatrati kao predatorska, dok cijena iznad prosječnih varijabilnih troškova neće biti predatorska.⁸⁹

Zanimljivo je što Komisija nije primijenila *Areeda Turner test* jer prema njoj u čl. 102. nisu navedeni nikakvi kriteriji temeljeni na troškovima kojima se precizno određuje granica na kojoj sniženje cijena predstavlja zlouporabu. Pretpostavka je kako su cijene predatorske samo kada su ispod graničnog troška. Budući da, kao što je već istaknuto, on se teško izračunava, u pravilima tržišnog natjecanja najčešće se granični troškovi izjednačavaju s prosječnim varijabilnim troškovima. Prema Komisiji štetne posljedice za tržišno natjecanje mogu nastati bez obzira određuje li predator svoje cijene ispod ili iznad vlastitih troškova.⁹⁰ Prema Komisiji, jedini i dovoljni dokaz je namjera za uklanjanje konkurencije ili ograničavanje tržišnog natjecanja. Komisiju nisu zanimali odnosi između cijena i troškova proizvodnje. Doktrina kritizira odluku Komisije jer smatra kako namjeru uvijek treba dokazati, a bez takvog postupka upitno je do koje granice sniženje cijena koje provodi poduzetnik u vladajućem položaju prestaje biti poštena reakcija na kompetitivne pritiske i predstavlja zlouporabu.⁹¹

Prema AKZO, pitanje određivanja cijena nemoguće je odvojiti od specifične marketinške situacije. Pokušaj zadržavanja optimalne prodajne cijene prema mišljenju AKZA ne predstavlja zlouporabu.⁹² Dakle, za razliku od Komisije ES je test namjere kombinirao s testom analize troškova. Prema ES-u, čl. 102. zabranjuje da poduzetnik u vladajućem položaju jača svoj položaj uporabom metoda koje izlaze izvan okvira pravila tržišnog natjecanja. Nadalje, navodi kako svaka konkurencija temeljena na cijenama nije zakonita.⁹³ Stoga, cijene ispod prosječnih varijabilnih troškova, tj. one koje ovise o proizvedenoj količini, a pomoću kojih poduzetnik želi istjerati svoju konkurenciju, smatraju se zlouporabom. Jedini cilj poduzetnika je smanjiti cijene kako bi izguralo konkurenciju s tržišta te kako bi nakon toga podiglo cijene i time iskoristilo svoj monopolski položaj. Takve

⁸⁸ Stalni troškovi su oni koji se ne mijenjaju s količinom proizvodnje. Promjenjivi ili varijabilni troškovi se mijenjaju ovisno o outputu u određenom vremenskom periodu. Zbroj prethodnih kategorija troškova čini ukupne troškove. Granični trošak je promjena u ukupnom trošku koja nastaje promjenom jedne jedinice u outputu, odnosno promjena vezana samo uz promjenu jedne jedinice proizvodnje. Fiksni troškovi se u kratkom roku ne mijenjaju s količinom proizvodnje. Oni ne utječu na granične troškove, već samo varijabilni troškovi. Definicije su preuzete iz Pavlović, Josip, Škrtić, Marica, Mikroekonomika, drugo izdanje, Mikrorad, Zagreb, 1997., str. 63. i dalje.

⁸⁹ Vidjeti više, Bishop, S., Walker, M., op. cit., str. 231.

⁹⁰ AKZO Chemie BV v. Commission of the European Communities, br. C-62/86 od 03. 07. 1991., ECR 1991., str. I-3359., točka 79. i Šoljan, V., Zlouporaba vladajućeg..., op. cit., str. 247.

⁹¹ Guy, Diana, The AKZO case: Predatory Pricing as an Abuse of a Dominant Position, European Intellectual Property Review, vol. 9., br. 3/87., str. 86.-89.

⁹² AKZO Chemie BV v. Commission of the European Communities, br. C-62/86 od 03. 07. 1991., ECR 1991., str. I-3359., točka 67.

⁹³ Ibid., točka 70.

cijene se ne donose s ciljem ostvarivanja profita. Cijene ispod prosječnih ukupnih troškova (fiksni troškovi plus varijabilni troškovi), ali iznad prosječnih varijabilnih troškova smatrat će se zlouporabom ako im je cilj eliminacija konkurencije.⁹⁴ U ovom slučaju i Komisija je upozorila na postojanje namjere.

Prema tome, predatorska cijena se utvrđuje analizom troškova na način da se pretpostavlja kako su cijene ispod prosječnih varijabilnih predatorske.⁹⁵ Cijene iznad prosječnih varijabilnih troškova, ali ispod prosječnih ukupnih troškova neće biti predatorske osim ukoliko su dio politike eliminacije konkurencije.⁹⁶ ES uzima u obzir odnos cijene i troškova, ali taj test u određenim okolnostima nadopunjuje s testom namjere. Kombinira se test temeljen na troškovima s testom koji pazi na strategiju i ponašanje poduzetnika. ES je potvrdio kako je AKZO doista prijetio snižavanjem cijena kako bi spriječio ulazak ECS na tržište plastike. Cijene koje su bile iznad varijabilnih troškova, ali ispod ukupnih troškova također su određene kao predatorske jer su uvedene s namjerom isključivanja ECS s tržišta. Bile su niže od onih koje su bile nužne za efikasno ponašanje i nisu imale nikakvo objektivno opravdanje.⁹⁷

ES je raspravljao je li mogućnost nadoknade gubitka odlučujući faktor u procjenjivanju predatorskih cijena. Prema njemu nije odlučujući faktor. Međutim, predatorske cijene mogu negativno utjecati na konkurenciju i kada vladajući poduzetnik ne može ili nema namjeru nadoknaditi nastale gubitke. Zbog toga ES smatra kako je uvijek važno ispitivati ponašanje poduzetnika, odnosno namjeru istjerivanja postojeće konkurencije ili sprječavanje novih ulazaka.⁹⁸

Istog je mišljenja bio Opći sud u presudi *Tetra Pak II*.⁹⁹ Ponovio je kako cijene ispod prosječnih varijabilnih troškova će se uvijek smatrati kao zlouporaba jer je njihov jedini cilj eliminacija konkurencije.¹⁰⁰ S druge strane, cijene iznad

⁹⁴ Ibid., točka 72.

⁹⁵ Isti test Komisija je primijenila u slučaju Wanadoo i kaznila podružnicu France Telecoma jer je naplaćivala ADSL pristup internetu po cijenama koje su bila znatno ispod prosječnih varijabilnih troškova, ali su bili znatno ispod prosječnih ukupnih troškova, Commission decision of 16 July 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/38.233 - Wanadoo Interactive), i Priopćenje Komisije, IP/03/1025. od 16. 07. 2003. Iz ovog predmeta se vidi kako Komisija sve više pažnje posvećuje ekonomskoj analizi, odnosno metodi učinaka ograničenja na tržište. Opći sud je potvrdio odluku Komisije. Više vidjeti Kellerbauer, Manuel, The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: a shift towards a more economic approach?, European Competition Law Review, vol. 31., br. 5/10., str. 175.-186., Gal, Michal S., Below-cost price alignment: meeting or beating competition? The France Telecom case, European Competition Law Review, vol. 28., br. 9/07., str. 382.-391.

⁹⁶ Jebesen, Per, Stevens, Robert, Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: the Regulation of Competition under Article 86 of European Union, Antitrust Law Journal, vol. 64., 1995/96., str. 495.

⁹⁷ Šoljan, V., Zlouporaba vladajućeg..., op. cit., str. 251.

⁹⁸ Temple Lang, J., O'Donoghue, R., Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC, Fordham International Law Forum, vol. 26., 2002., str. 144.-145.

⁹⁹ Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities, br. T-83/91 od 06. 10. 1994., ECR 1994., str. II-755.

¹⁰⁰ Vidjeti Kenny, Mel, The Transformation of Public and Private EC Competition Law, Stämpfli Verlag AGS, Bern, 2002., str. 210.

prosječnih varijabilnih troškova, ali ispod prosječnih totalnih troškova smatrat će se kao zlouporaba ukoliko se može utvrditi namjera eliminacije konkurencije.¹⁰¹ U ovom slučaju Opći sud je ponovio kako nije potrebno dokazati je li Tetra Pak imao namjeru nadoknaditi pretrpljene gubitke. Smatra kako jedina ekonomska svrha takvog ponašanja je eliminirati konkurenciju. Svaki put kada postoji opasnost da će konkurencija biti eliminirana takvo ponašanje se mora kazniti.¹⁰²

Činjenice su bile sljedeće:

Tetra Pak je specijaliziran u proizvodnji pakiranja za tekuću hranu i to najviše mlijeka. Prema Komisiji Tetra Pak je povrijedio svoj vladajući položaj na tržištu aseptičnog pakiranja i tržištu kartona, ali i na susjednom tržištu neaseptičnog pakiranja na kojem nije zauzima vladajući položaj. Nakon žalbe Opći sud se složio s definicijom tržišta. Tako je našao kako postoje četiri odvojena tržišta u proizvodnom smislu, dok je geografsko tržište definirano kao ono koje obuhvaća cijelo područje Unije. Na tržištu aseptičkog pakiranja Opći sud je utvrdio dominantan položaj Tetra Paka jer zauzima 90% tržišta. Opći sud je ispitivao i druge pretpostavke te je našao postojanje velikog broja tehnoloških prepreka i veliki broj zaštićenih patenata koji ostalim konkurentima priječe ulazak na to tržište. Opći sud je potvrdio gledište Komisije prema kojem je Tetra Pak nametnuo predatorske cijene jer su mu cijene bile ispod neposrednih varijabilnih troškova. Interesantno je kako je Opći sud našao postojanje predatorskih cijena na tržištu na kojem Tetra Pak nije zauzima vladajući položaj. Kritizira se Opći sud koji nije napravio komparativnu analizu i nije detaljno pojasnio pravo Unije o predatorskim cijenama.¹⁰³ Dakle Opći sud je utvrdio kako poduzetnik, koji je dominantan na jednom tržištu, čini zlouporabu tako što primjenjuje predatorske cijene na drugom tržištu na kojem nije. Ono što je bitno inzistira se na bliskim vezama između dva tržišta (*associative links*).¹⁰⁴ Takvo ponašanje je zanimljivo pratiti jer poduzetnik koji zauzima vladajući položaj na jednom tržištu nije motiviran sniziti cijene na drugom na kojem ne zauzima vladajući položaj, osim ukoliko ne postoje veze između ta dva tržišta.¹⁰⁵

Na tržištu neaseptičnog materijala Opći sud nije našao dominantan položaj. Utvrdio je kako poduzetnik koji je dominantan na jednom tržištu ima posebne odgovornosti na drugom na kojem nema dominantan položaj ukoliko postoje poveznice između njih.¹⁰⁶ Smatra se kako je riječ o revolucionarnoj odluci jer u današnje vrijeme postoji veliki broj poduzetnika koji su u dominantom položaju

¹⁰¹ Jebsen, P., Stevens R., op. cit., str. 496., točka 41. presude Tetra Pak International SA.

¹⁰² Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities, br. T-83/91 od 06. 10. 1994., ECR 1994., str. II-755., točka 41. i 44.

¹⁰³ Jones, Alison, Distinguishing Predatory Prices from Competitive Ones: Tetra Pak II, European Intellectual Property Review, vol. 17., br. 5/95., str. 252.

¹⁰⁴ ibid., str. 252.-259., Vidjeti Frignani, Aldo, Pardolesi, Roberto, La concorrenza, Grappichelli Editore, Torino, 2006., str. 201.

¹⁰⁵ Buttigieg, E., op. cit., str. 1223.

¹⁰⁶ Na odluku Općeg suda Tetra pak se žalio ES koji je odbacio žalbu. Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities, br. C-333/94 P. od 14. 11. 1996., ECR 1996., str. I-5951.

na jednom tržištu, ali ostvaruju veliki utjecaj na nekom drugom.¹⁰⁷ Ovo je bio pokušaj utvrđenja jednog novog načela koje nažalost u praksi nije zaživjelo.

Kada se procjenjuju situacije predatorskog ponašanja postoji opasnost da svaki put kad poduzetnik snizi cijene svojim proizvodima njegovo ponašanje bi moglo biti ocijenjeno kao predatorsko. Doktrina navodi kako jedini pravi test je primjena testa temeljenog na troškovima. Pojedini autori naglašavaju važnost uzimanja u obzir i ostalih kriterija. Posebice inzistiraju na činjenici dokazivanja mogućnosti nadoknade gubitka, dok su drugi skloniji dokazivanju namjere.¹⁰⁸

Kako Jones navodi najlogičnije objašnjenje je to da je Tetra Pak koristio svoj položaj koji zauzima na aseptičnom tržištu kako bi nadoknadio troškove koje je pretrpio na neaseptičnom tržištu. Ne predstavlja zlouporabu pokušaj ostvarivanja vladajućeg položaja.¹⁰⁹ Bitno je pogledati na koji se način upotrebljava taj položaj. Pokušava se dokučiti istinska namjera poduzetnika bez obzira je li mu doista isplativo takvo ponašanje i hoće li moći nadoknaditi gubitke. U konačnici situacija u kojoj poduzetnik ne bi mogao nadoknaditi svoje gubitke bi koristila potrošačima. Cijene bi ostale niske, odnosno izostala bi ona druga faza u kojoj poduzetnik nakon što istisne svoju konkurenciju podigne cijene i ostvaruje monopolističku dobit. Ako poduzetnik ne bi mogao nadoknaditi svoje gubitke jer mu to ne bi bilo učinkovito, tada ne bi na dugi rok mogao održavati umjetno sniženu cijenu i vjerojatno bi bio prisiljen izaći sa tržišta. Tržište bi samo sankcioniralo takvog predatora te regulatori ne bi morali intervenirati.

I u ovoj presudi ne postavlja se zahtjev za nadoknadom gubitka kao jedan od elemenata u dokazivanju predatornog ponašanja. Upravo zbog toga puno je lakše dokazati predatorno ponašanje u europskom nego u američkom pravu. Iako je bilo i kasnijih pokušaja, čini se kako i nakon odluka Komisije u predmetima *Irish Sugar*¹¹⁰, *Wanadoo* i *Deutsche Post*,¹¹¹ praksa se neće mijenjati. Posebno je značajna odluka *Wanadoo* u kojoj je Komisija pokušala primijeniti ekonomski test i test temeljen na ispitivanju učinaka.¹¹² Iako se puno više očekivalo od ove odluke, ostalo se pri ispitivanju formalnih uvjeta pri čemu element nadoknade gubitka nije bio od značaja.

Doktrina upućuje kritike zbog toga što se zanemaruje element nadoknade gubitka. Naime, smatra se kako se poduzetnik ne bi ni uključio u predatorno ponašanje da ne može nadoknaditi troškove. Posebno kada je vrlo teško doći do podataka o troškovima poduzetnika čini se kako bi test kombiniran s nadoknadom

¹⁰⁷ Jones, A., op. cit., str. 252.-259.

¹⁰⁸ Loc. cit.

¹⁰⁹ Loc. cit.

¹¹⁰ 97/624/EC: Commission Decision of 14 May 1997 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EC Treaty (IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc), OJ L 258 od 22. 9. 1997., str. 1-32.

¹¹¹ 2001/892/EC: Commission Decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 - Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail), OJ L 331 od 15. 12. 2001., str. 40.-78.

¹¹² Kellerbauer, M., op. cit. 181. i 182.

gubitka bio bolje i sigurnije rješenje. U situaciji kada poduzetnik ne može nadoknaditi gubitke tada bi isključivo potrošači imali koristi od takvog ponašanja. Zato se smatra kako ne bi trebalo odmah osuditi svako ponašanje poduzetnika, već samo onog za kojeg se doista dokaže predatorno ponašanje i to kombiniranjem testa baziranog na troškovima i testa kojim će se dokazati mogućnost nadoknade gubitka. Bez obzira na pokušaje i konstantno zagovaranje, ekonomska analiza zauzima vrlo malo mjesta u analizi predatornih cijena i ostalih oblika zlouporabi.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iznimno je važno razlikovati okolnosti normalnog tržišnog natjecanja gdje poduzetnici svojim boljim i kvalitetnijim proizvodima istiskuju konkurente od situacija predatornog ponašanja. Za razgraničenje prihvatljivih od nedopuštenih ponašanja koristi se tzv. *AKZO test* prema kojem se predatorska cijena utvrđuje analizom troškova na način da se pretpostavlja kako su cijene ispod prosječnih varijabilnih predatorske. Cijene iznad prosječnih varijabilnih troškova, ali ispod prosječnih ukupnih troškova neće biti predatorske, osim ako su dio politike eliminacije konkurencije. Stoga uzima se u obzir odnos cijene i troškova, pri čemu se u određenim okolnostima nadopunjuje testom namjere. Iako se u doktrini javljaju mišljenja kako bi *AKZO test* trebalo kombinirati s testom nadoknade gubitka čini se kako je ipak dovoljan test temeljen na troškovima uz uzimanje u obzir strategije i ponašanja poduzetnika.

Svaka situacija predatornog ponašanja zahtijeva samostalno procjenjivanje strukture tržišta na kojem će se ispitivati ponašanje poduzetnika vodeći se načelom razumnosti. Svaki predmet je specifičan i traži odvojeno promatranje. Ispitivanje se vrši kombiniranjem testa temeljenog na troškovima i strategije poduzetnika u vladajućem položaju. Međutim, u predmetu *AKZO* što se kasnije potvrđuje i u *Tetra Paku II*, predložene metode nisu nikako taksativne. Ukoliko bi se pojavila neka situacija na koju se *AKZO test* ne bi mogao primijeniti, to nikako ne bi značilo da druge metode ne bi došle u obzir. Ponekad je teško utvrditi sve relevantne troškove. Posebno to dolazi do izražaja u situaciji kada poduzetnici proizvode ili nabavljaju veliki broj proizvoda. Poteškoća je i u tome što se teško razgraničuju varijabilni od fiksnih troškova.¹¹³

Iz prethodnih odluka vidi se kako Komisija i sudovi vrlo rijetko ispituju situacije predatornog ponašanja. Prije svega zbog nepostojanja potrebnih podataka, ali i teškog postupka dokazivanja. Poduzetnici u svojem poslovanju konzultiraju vrhunske stručnjake i upoznati su kako s odlukama Komisije tako i presudama sudova te je regulatorima teško razlučiti predatorno ponašanje od onog kojem je jedini cilj konkurirati svojoj konkurenciji.

Kako bi se poduzetnicima i nacionalnim agencijama olakšalo u procjenjivanju pojedinih situacija Komisija je 2009. godine izdala Upute za primjenu članka 102.

¹¹³ Vidjeti Andrews, Philip, Is meeting competition a defence to predatory pricing? The Irish Sugar decision suggests a new approach, European Competition Law Review, vol. 19., br. 1/1998., str. 49.-57.

UFEU.¹¹⁴ U njima se navodi kako će Komisija svaki put intervenirati kada postoji bilo kakva naznaka da se poduzetnik upustio u predatorno ponašanje. Ispitat će se svi eventualni učinci ponašanja na tržište, a posebno šteti li takvo ponašanje potrošačima. Međutim, iako se možda očekivalo više, Upute ne uvode novine i potvrđuju prijašnju praksu Komisije i sudova.

PROVING PREDATORY PRICING IN EUROPEAN LAW ON MARKET COMPETITION

Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union prohibits abuse of a dominant position by one or more undertakings within the common market. One of abuse forms being especially difficult to prove is predatory pricing. This paper attempts to find parameters to be helpful in distinguishing normal competition where undertakings with their better products and products of higher quality squeeze out competitors from predatory behaviour situations. To differentiate acceptable from illicit behaviours the so-called AKZO test is applied under which a predatory price is determined by cost analysis assuming that the prices below average variable costs are predatory prices. Prices above average variable costs but below average total costs will not be predatory prices, unless they are a part of a policy of elimination of competition. Therefore, the relation between price and costs will be taken into consideration, where, under certain circumstances, it will be supplemented with test of intention. Although opinions that the AKZO test should be combined with the recoupment test appear in the doctrine, it seems that the test based on costs is still sufficient by taking into account the strategies and behaviours of undertakings.

Key words: *competition, European law, abuse of dominant position, predatory prices.*

¹¹⁴ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45 od 24. 2. 2009., str. 7.-20., točke 63-74.