

**Boris Porobija**  
Odvjetnik

## **ODBIJANJE POSLOVANJA KAO OBLIK ZLOUPORABE VLADAJUĆEG POLOŽAJA**

**3. konferencija o pravu tržišnog natjecanja u spomen na dr. sc. Vedrana Šoljana –  
Novine u hrvatskom i europskom zakonodavstvu i praksi**

Zagreb, 10. studenog 2011.

## Odbijanje poslovanja zlouporaba je vladajućeg položaja po čl. 13. t. 2. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja:

„Zabranjena je svaka zlouporaba vladajućeg položaja jednog ili više poduzetnika na mjerodavnom tržištu, a osobito:

1. izravno ili neizravno nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena, odnosno drugih nepravednih trgovinskih uvjeta,
2. **ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehnološkog razvitka na štetu potrošača,**
3. primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s drugim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurenciju,
4. uvjetovanje sklapanja ugovora pristankom drugih ugovornih strana na dodatne obveze, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u izravnoj vezi s predmetom tih ugovora.

# Odbijanje poslovanja: područja tenzije

- 1) institut odbijanja poslovanja znači ograničavanje slobode ugovaranja koje mora biti razmjerno interesu zbog kojeg se ta sloboda ograničava
- 2) ograničavanjem slobode ugovaranja nastoje se spriječiti negativni učinci odbijanja poslovanja na tržišno natjecanje, ali tako da se očuva ravnoteža između dva prokompetitivna interesa, interesa za:
  - poticanjem tržišnog natjecanja na silaznim tržištima (ex post) i
  - poticanjem na inicijalna ulaganja (ex ante)

Ako se konkurentima odveć jednostavno omogući pristup proizvodnoj, dobavljačkoj, distribucijskoj ili infrastrukturnoj mreži koju je poduzetnik razvio svojim ulaganjima, na silaznom tržištu kratkoročno će se povećati konkurencija, ali će konkurenti dugoročno izgubiti motivaciju za vlastita ulaganja. (parafraza iz mišljenja AG Jacobsa u predmetu *Bronner*)

## Europska komisija u Uputi o provedbenim prioritetima u primjeni čl. 82. [102.] iz 2009. godine navodi (t. 75.):

- (i) svaki poduzetnik, bio on u vladajućem položaju ili ne, treba imati *pravo birati* svoje poslovne partnere i slobodno raspolagati svojom imovinom; potrebno *pomno ispitivanje* nametanje obveze opskrbe poduzetniku u vladajućem položaju;
- (ii) postojanje takve obveze – čak i uz poštenu naknadu – može umanjiti poticaje poduzetnika u vladajućem položaju za ulaganjem i inovacijama, i tako imati moguće negativne učinke u smislu štete za potrošače;
- (iii) saznanje da bi mogli imati dužnost da opskrbljuju protiv svoje volje moglo bi dovesti poduzetnike u vladajućem položaju – ili poduzetnike koji planiraju postati poduzetnici u vladajućem položaju – u poziciju da odustanu od ulaganja, ili da ulažu manje u djelatnost kojom se bave;
- (iv) konkurenti mogu biti dovedeni u iskušenje da postanu "slijepi putnici" koji se besplatno koriste ulaganjima koje je izvršio poduzetnik u vladajućem položaju, umjesto da sami investiraju.
- (v) niti jedna od navedenih posljedica dugoročno nije u interesu potrošača.

# Putokazna presuda u evoluciji poimanja odbijanja poslovanja jest presuda Suda Europske unije u predmetu *Bronner* iz 1998. godine

Presuda u predmetu *Oscar Bronner v Mediaprint* od 26. studenog 1998. u podlozi je postroženih kriterija sadržanih u Uputi Europske komisije iz 2009. u t. 81.:

- odbijanje opskrbom mora se odnositi na proizvod ili uslugu koja je objektivno neophodna za učinkovito tržišno natjecanje na silaznom tržištu,
- vjerojatno je da će odbijanje opskrbe za posljedicu imati ukidanje učinkovitog tržišnog natjecanja na silaznom tržištu, i
- odbijanje opskrbe će vjerojatno imati za posljedicu nanošenje štete potrošačima, pri čemu je
- dopušteno dokazivati da za odbijanje opskrbe postoje opravdani razlozi.

# 1. Da li se poduzetnik nalazi u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu?

- postupak utvrđivanja mjerodavnog tržišta ravna se prema općim pravilima za sve slučajeve zlouporaba vladajućeg položaja
- osobitost: potrebno je utvrđivati silazno tržište na kojemu se poduzetnik u vladajućem položaju natječe ili namjerava natjecati s poduzetnicima aktivnima na tom tržištu
- želi se spriječiti da se vladajući položaj na mjerodavnom tržištu zlouporabljuje u svrhu stjecanja vladajućeg položaja na silaznom tržištu istiskivanjem konkurencije s tog tržišta

## 2. Da li je u konkretnom slučaju riječ o odbijanju poslovanja?

- izravno odbijanje poslovanja
- neizravno odbijanje poslovanja
- rubna područja: primjer *Deutsche Telecom* i *TeliaSonera* (cjenovno istiskivanje marže)
- obilježja konkretnog odbijanja poslovanja

### 3. Da li je odbijanje poslovanja usmjereno prema kupcu ili kupcu koji je ujedno i konkurent na silaznom tržištu?

- Odbijanje poslovanja s poduzetnikom koji je samo kupac u pravilu nema za cilj istiskivanje tog kupca sa silaznog tržišta
- Odbijanje poslovanja s kupcem najčešće je kondicionalno i u funkciji je discipliniranja ili sankcioniranja kupca kako bi se utjecalo na njegovu poslovnu politiku (primjerice, u vidu RPM ili pritiska da kupac obustavi suradnju s konkurentom poduzetnika u vladajućem položaju)

Međutim:

- Uputa se “bavi isključivo” tipičnim slučajem kada je kupac ujedno i konkurent poduzetnika u vladajućem položaju, dakle ne i uskratom opskrbe kupcu
- S obzirom na neke ranije presude Suda Europske unije (*Commercial Solvents*, *United Brands i Telemarketing*), nije jasno da li je ta ranija praksa i dalje aktualna, neovisno o strožim kriterijima iz *Bronnera*, odnosno iz t. 81. Upute



#### 4. Da li je u konkretnom slučaju proizvodni čimbenik objektivno neophodan za učinkovito tržišno natjecanja na silaznom tržištu te da li odbijanje opskrbe takvog proizvodnog čimbenika dovodi do ukidanja učinkovitog tržišnog natjecanja na tom tržištu?

Stajalište Europske komisije u Uputi o neophodnosti proizvoda:

“Input je neophodan kada ne postoji stvaran ili potencijalni zamjenski proizvod (supstitut) na koji bi se konkurenti na silaznom tržištu mogli osloniti kako bi dugoročno barem ublažili negativne posljedice odbijanja opskrbe predmetnim inputom.

U tom slučaju Komisija će u pravilu provesti ocjenu odgovarajući na pitanje bi li konkurenti mogli u predvidivoj budućnosti efikasno izraditi proizvod duplikat inputu koji proizvodi poduzetnik u vladajućem položaju...“ što znači „stvaranje alternativnog izvora opskrbe koji će omogućiti konkurentima da izvrše konkurentski pritisak na poduzetnika u vladajućem položaju na silaznom tržištu“

## Neophodnost proizvodnog čimbenika/ukidanje učinkovitog tržišnog natjecanja (nastavak)

- Kriterij neophodnosti određen je objektivno: Neophodan je onaj proizvodni čimbenik kojeg ni *jednako učinkoviti konkurent koji je iste veličine kao i poduzetnik u vladajućem položaju, ne bi mogao nadomjestiti iz drugih izvora ili sam proizvesti.*
- Ako proizvodni čimbenik “nema supstituta”, tada nužno čini zasebno tržište, a poduzetnik koji kontrolira takav proizvod ili uslugu na tom tržištu ima monopol. Ako poduzetnik ima “obični” vladajući položaj na tržištu na kojem istodobno postoje i drugi dobavljači tog čimbenika, čini se da bi odbijanje poslovanja bilo moguće samo izuzetno.
- Ako je proizvodni čimbenik nužan u izloženom smislu, tada bi proizlazilo da bi odbijanjem poslovanja svakako došlo do isključivanja tržišnog natjecanja na silaznom tržištu.

## Neophodnost proizvodnog čimbenika/ukidanje učinkovitog tržišnog natjecanja (nastavak)

Opći sud u presudi u predmetu *Clearstream* iz 2009. godine u pogledu ukidanja učinkovitog tržišnog natjecanja navodi (s pozivom na *Microsoft*):

“Što se tiče uvjeta dokidanja svekolikog tržišnog natjecanja, u svrhu utvrđivanja povrede čl. 82., nije neophodno dokazati da bi svekoliko tržišno natjecanje na tržištu bilo dokinuto; ono što je odlučno jest da je konkretno odbijanje podobno za to, ili je vjerojatno da će dokinuti svekoliko učinkovito tržišno natjecanje na tržištu. Na Komisiji je da utvrdi taj rizik dokidanja svekolikog učinkovitog tržišnog natjecanja.”

## 5. Da li za odbijanje poslovanja postoji objektivno opravdanje?

- Koncept “objektivnog opravdanja” u dosadašnjoj sudskoj praksi nije definiran
- Komisija očekuje da poduzetnik dokaže da je:
  - postupanje nužno, ili da ima za posljedicu
  - značajne pozitivne učinke koji prevladavaju nad protu-tržišnim učincima za potrošače
  - postupanje mora biti razmjerno svrsi
- U praksi, regulatori na području tržišnog natjecanja redovito razmatraju objektivno opravdanje u vidu ‘legitimnih poslovnih interesa’ ili utemeljeno na ‘prihvatljivim komercijalnim razlozima’
- Regulatori načelno smatraju da poduzetnici imaju temeljno pravo odbiti poslovanje u situacijama u kojima je to sukladno uvriježenoj poslovnoj praksi

# Objektivno opravdanje - nastavak

- Dva praktična pitanja koja se mogu postaviti u svrhu ispitivanja objektivne opravdanosti razloga:
  - 1) ima li odluka ikakvog gospodarskog smisla, osim da poluči učinak istiskivanja konkurenta?
  - 2) da li bi poduzetnik koji nije prisutan na silaznom tržištu, u danim okolnostima donio takvu odluku?
- Primjeri: slaba kupovna moć kupca, nepouzdanost u komercijalnim odnosima, odbijanje prihvaćanja ustaljenih uvjeta poslovanja, nemogućnost opskrbe potrebnom količinom ili kvalitetom te u situaciji nestašica, zbog naročitih tehničkih razloga, zbog razloga troškovne učinkovitosti odnosno učinkovitosti na području istraživanja i razvitka, i sl.
- razlozi moraju objektivno postojati i mora ih se moći dokazati

## 6. Da li je vjerojatno da bi odbijanje poslovanja naštetilo potrošačima?

- Ključno pitanje: Premašuju li u nekom vremenskom razdoblju, za potrošače, moguće negativne posljedice odbijanja opskrbe negativne posljedice nametanja obveze opskrbe?
- Naročito se teži sprječavanju da se zbog odbijanja opskrbe onemogućavaju inovacije, stvaranje novih proizvoda i promiče tehnološki razvitak
- Poduzetnik može dokazivati da odbijanje opskrbe donosi značajne pozitivne učinke koji prevladavaju nad negativnim, protu-tržišnim učincima, naročito ako bi nametanje opskrbe ugrozilo povrat postojećih ulaganja i destimuliralo buduća ulaganja

## 7. Odbijanje poslovanja i druge povrede Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja

Budite oprezni:

Pojedini pojavni oblik odbijanja poslovanja ne mora ispunjavati uvjete za zabranjeno odbijanje opskrbe iz čl. 13. t. 2. ZZTN-a, ali može u konkretnim okolnostima predstavljati:

- zlouporabu vladajućeg položaja iz čl. 13. t. 1., 3. ili 4. ZZTN-a, ili
- vid zabranjenog sporazuma iz čl. 8. stavka 1. ZZTN-a (pri kojemu se ne traži da je poduzetnik u vladajućem položaju)

# Odluke Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja

Među novijim odlukama Agencije, dvije su značajne sa stajališta odbijanja poslovanja:

- *Croatia Airlines d.d. protiv Zračne luke Zagreb d.o.o. i Zračne luke Zagreb – Ugoštiteljstvo d.o.o.* od 30. prosinca 2008.
- *Kino Zadar Film d.d. protiv BLITZ d.o.o. i Duplicato Media d.o.o.*, od 24. veljače 2011.