

PREDATORSKE CIJENE U SEKTORU ELEKTRONIČKIH KOMUNIKACIJA U EUROPSKOM I HRVATSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman, docentica
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Katedra za pravo

UDK: 004.7:339.13(4)
004.7:339.13(497.5)
Ur.: 18. listopada 2011.
Pr.: 2. studenoga 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Tržište elektroničkih komunikacija specifično je po procesu njegovog otvaranja konkurenciji koje u Europskoj uniji traje od sredine 1980-ih godina. Od 1998. većina operatora, nekadašnjih državnih monopolista, izložena je punoj konkurenciji uz primjenu specifičnog regulatornog okvira i dodatnu primjenu općih pravila o tržišnom natjecanju. Međutim, i na liberaliziranom tržištu mnogi izazovi opstaju budući da nekadašnji monopolisti i dalje drže značajne tržišne pozicije. U tom su smislu naročito značajna „strateška“ tržišta, ona bitna za razvoj informatičkog društva, kao što je tržište pristupa brzom internetu za privatne korisnike. U ovom radu razmatra se primjena pravila o zlouporabi vladajućeg položaja predatorskim cijenama u europskom pravu tržišnog natjecanja, s naglaskom na predmet Wanadoo u kojem je Sud EU-a potvrdio primjenu svoje ranije prakse (tzv. AKZO-kriteriji). Razmatraju se temeljna pravna pitanja relevantna za utvrđivanje zlouporabe predacijom, naročito pitanje je li za dokazivanje predacije potrebno dokazati i mogućnost povrata gubitaka od strane vladajućeg poduzetnika, te može li se predacija opravdati pozivanjem na usklađivanje ponašanja s ponašanjem takmaca. Pristup europskoga prava u ovom kontekstu uspoređuje se i s pristupom američkoga Vrhovnog suda. U radu se raspravlja i o tretmanu instituta zlouporabe predatorskim cijenama u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja te se izlaže ključna praksa hrvatske Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

Ključne riječi: *predatorske cijene, zlouporaba vladajućeg položaja, elektroničke komunikacije, tržišno natjecanje.*

1. UVOD

Do sredine 1980-ih godina pružanje telekomunikacijskih usluga bilo je rezervirano za nacionalne operatore, državna trgovačka društva, koji su imali posebna i isključiva prava za obavljanje te djelatnosti. Od 1. siječnja 1998. većina operatora u tadašnjoj Europskoj zajednici bila je izložena „punoj konkurenciji“. Međutim, iako je *de iure* njihov monopol ukinut, mnogi operatori i dalje *de facto* imaju visoke tržišne udjele i značajnu tržišnu snagu u nizu mjerodavnih tržišta. Premda samo postojanje vladajućeg položaja nije zabranjeno, ponašanje poduzetnika koji ima vladajući položaj na mjerodavnom tržištu koje znači zlouporabu takvog položaja jest zabranjeno (čl. 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, dalje: UFEU). U pravilu o vladajućem položaju bit će riječ ako poduzetnik ima više od 40% tržišnog udjela na mjerodavnom proizvodnom tržištu, a u iznimnim slučajevima može biti riječ o tome da nekoliko poduzetnika koji imaju udjele manje od 40% drže „zajednički“ vladajući položaj. Doktrinarno se razlikuje, tzv. isključujuća zlouporaba, koja je usmjerena na isključivanje konkurenata s tržišta te iskorištavajuća zlouporaba, kojom se nanosi šteta potrošačima odnosno dobavljačima. Prije negoli je moguće utvrditi je li došlo do zlouporabe vladajućeg položaja potrebno je najprije utvrditi ima li poduzetnik vladajući položaj, a za to je nužno odrediti mjerodavno proizvodno i mjerodavno zemljopisno tržište.

U kontekstu regulatornog okvira za tržište elektroničkih komunikacija koristi se pojam „značajne tržišne snage“ (engl. *SMP, significant market power*) koji je po svome značenju izjednačen s pojmom vladajućeg položaja iz „općeg“ prava tržišnog natjecanja. U tom su smislu za primjenu članka 102. UFEU-a na operatore u području elektroničkih komunikacija važne Smjernice Komisije o značajnoj tržišnoj snazi,¹ ali i Komisijina Preporuka o mjerodavnim tržištima u sektoru elektroničkih komunikacija.² Iz Komisijinih Smjernica o značajnoj tržišnoj snazi vidljivo je da se smatra da tržišni udjel veći od 50% u pravilu sam po sebi ukazuje na postojanje vladajućeg položaja.³ Iz prakse Komisije jasno je da vladajući položaj postoji u slučajevima kada poduzetnik ima više od 40% tržišnog udjela, iako u nekim slučajevima vladajući položaj može postojati i ako je tržišni udio niži.⁴ Međutim, postojanje vladajućeg položaja ne može se utvrditi samo na temelju visokog tržišnog udjela, već je potrebno uzeti u obzir niz čimbenika koji mogu biti relevantni: ukupna veličina poduzetnika, tehnološke prednosti, odnosno

1 *Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services*, OJ 2002 C165/6.

2 *Commission Recommendation of 11 February 2003 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services*, OJ 2003 L114/45.

3 Smjernice o značajnoj tržišnoj snazi (vidi bilj. 1), para 75.

4 *Ibid.*

superiornost, nepostojanje protutežće snage kupaca, odnosno niska snaga kupaca, vertikalna integracija, nepostojanje potencijalne konkurencije, prepreke za širenje itd.⁵ Kada ispituje postojanje vladajućeg položaja na jednom mjerodavnom tržištu, Komisija će vjerojatno uzeti u obzir ima li taj poduzetnik vladajući položaj i na nekom od susjednih (horizontalnim ili vertikalnim) tržišta kako bi mogla utvrditi dolazi li do iskorištavanja tržišne snage na tom susjednom tržištu (engl. *leverage of market power*).⁶

Poduzetnik u vladajućem položaju na nekom od mjerodavnih tržišta u sektoru elektroničkih komunikacija može na različite načine iskoristiti svoju tržišnu snagu na način da bude riječ o zlouporabi vladajućeg položaja. Kao prvo, operator svojim postupkom može ograničiti djelovanje konkurenata, primjerice, na način da odbije konkurentu pristup ključnoj infrastrukturi.⁷ Kao drugo, operator svojim postupkom može proširiti vladajući položaj na područja u kojima još nije dominantan, primjerice, vezanjem proizvoda, odnosno usluga (engl. *tying, bundling*) ili zahvaljujući vladajućem položaju na jednom tržištu istiskivati konkurente sa susjednog tržišta (engl. *price squeeze, margin squeeze*).⁸ Kao treće, operator svojim

5 Smjernice o značajnoj tržišnoj snazi (vidi bilj. 1), para 78.

6 Ibid., para 83-85. Za institut zajedničkog vladajućeg položaja vidi para 86-106.

7 Operator u vladajućem položaju može ograničiti djelovanje konkurenata tako da odbije njihov pristup ključnim uslugama, odnosno da im odobri pristup samo uz diskriminatorne ili pretjerane uvjete, odnosno na način da im odredi ograničenja glede korištenja ključnih usluga. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6. izd., OUP, str. 1151. Za ocjenjivanje je li riječ o zlouporabi vladajućeg položaja zbog odbijanja pristupa u području elektroničkih komunikacija primjenjuje se *Telecoms Access Agreements Notice* iz 1998. (*Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector – framework, relevant markets and principles*, OJ 1998 C265/02). Odbijanje pristupa komunikacijskim uslugama znači povredu čl. 102. UFEU-a samo ako ima iskorištavajuće, odnosno protukonkurentne učinke (*Telecoms Access Agreements Notice*, para 83). Detaljnije o praksi Suda EU i sudova u državama članicama vidi Bellamy & Child, op. cit., str. 1152.

8 Za istiskivanje cijena vidi praksu u predmetu *Deutsche Telekom* (odluka Komisije od 21.5.2003., OJ 2003 L263/9, presuda Općeg suda EU T-271/03 ECR 2008 II-477, presuda Suda EU od 14.10.2010., C-280/08 *Deutsche Telekom protiv Komisije* (još nije objavljena u ECR)) i u predmetu *Telefonica* (odluka Komisije od 4.7.2007., COMP/38.784 *Wanadoo España protiv Telefonica*, predmet T-336/07 *Telefonica protiv Komisije* (postupak u tijeku).

O istiskivanju cijena odlučivala je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja u predmetu koji je pokrenuo B.net Hrvatska protiv HT-a (rješenje AZTN od 31. kolovoza 2010., NN br. 115/2010). B.net i HT konkurenti su na tržištu prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima u RH, ali na povezanom tržištu (tržištu iznajmljenih elektroničkih komunikacijskih vodova), gdje iznajmljuje vodove koji omogućuju pružanje usluge prijenosa TV-programa, HT ima vladajući položaj. B.net je tvrdio da je cijena na veleprodajnom tržištu najma vodova takva da davatelje usluga prijenosa TV-programa istiskuje s tržišta. Međutim, zahtjev B.neta je odbijen jer je Agencija utvrdila da B.net i pružatelj usluga prijenosa TV-programa zapravo pretežito koriste vlastitu infrastrukturu, a ne vodove HT-a, dok istodobno postoji i mogućnost korištenja vodova drugih poduzetnika (HEP-a, HŽ-a i dr.). Drugim riječima, Agencija je utvrdila da vodovi HT-a nisu nužan resurs za pružanje usluga prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima. O odluci Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja glede navodnog predatorskog ponašanja HT-a u istom predmetu vidi *infra*.

postupkom može nametnuti kupcima cijene koje oni ne bi prihvatili u uvjetima učinkovitog tržišnog natjecanja.⁹ Kao četvrto, operator svojim postupkom može nametnuti uvjete dobavljačima koje oni ne bi odobrili da nije riječ o kupcu-operatoru u vladajućem položaju.

2. REZANJE CIJENA

Kažnjavanje poduzetnika zbog toga što nudi svoj proizvod, odnosno usluge po iznimno niskim cijenama kontroverzno je zbog toga što može biti teško razlikovati je li riječ o niskim cijenama koje koriste potrošačima ili o zlouporabnom ponašanju dominantnog poduzetnika koji takvim niskim cijenama želi eliminirati konkurente s tržišta. Budući da je rezanje cijena kao rezultat tržišne utakmice jedna od najpoželjnijih posljedica konkurencije, „posljednja stvar koju bi netko htio bilo bi omogućiti poduzetnicima da se koriste pravom tržišnog natjecanja radi discipliniranja rivala koji režu cijene“.¹⁰ Ako bi pravila koja reguliraju određivanje niskih cijena bila nejasna ili nepotrebno restriktivna postoji rizik da će poduzetnici biti oprezni oko snižavanja cijena.¹¹ Zbog toga je bitno uspostaviti takav test za ocjenu predatorskog ponašanja koji neće kažnjavati ponašanje poduzetnika koje se smatra poželjnim.

Poticanje poduzetnika na natjecanje cijenama temeljna je odrednica prava i politike tržišnog natjecanja bez obzira kakav tržišni položaj poduzetnici imaju, tj. bez obzira je li riječ o dominantnom poduzetniku ili ne.¹² Praksa Komisije i nadnacionalnih europskih sudova na temelju članka 102. UFEU-a jasno odražava takvo stajalište. Tako se primjerice navodi da je „agresivno cjenovno rivalstvo temeljni konkurentski instrument“.¹³ U predmetu *AKZO* Komisija u svojoj odluci navodi da je „poduzetnik u vladajućem položaju ovlašten natjecati se na temelju vlastite uspješnosti (*on the merits*)“, a ne smatra da bi se „veći proizvođači morali suzdržavati od žestokog natjecanja s manjim konkurentima ili novim ulaznicima“.¹⁴ Nezavisni odvjetnik Fennelly jasno navodi da se stav o pozitivnom cjenovnom konkuriranju odnosi i na poduzetnike u vladajućem položaju: „Pravo tržišnog natjecanja Zajednice... ne bi smjelo dati manje učinkovitim poduzetnicima „sigurnu luku“ od žestokog natjecanja čak ni od poduzetnika koji su u vladajućem

9 Primjerice, za nametanje dodatnih obveza vidi rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 12.7.2007. kojim je na prijedlog VIPnet-a utvrđena zlouporaba od strane HT-a i T-Mobile jer su uvjetovali sklapanje ugovora pristankom na dodatne obveze koje nisu u svezi s predmetom ugovora (takvi ugovori bili su sklopljeni s 23 poduzetnika), NN br. 100/2007.

10 Elhauge/Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Hart, 2007., str. 314.

11 Vidi Robert O'Donoghue, A. Jorge Padilla, *The law and economics of Article 82 EC*, Hart, 2006., str. 236.

12 Vidi O'Donoghue, Padilla, op. cit., str. 235.

13 Eurofix-Bauco/Hilti, OJ 1988 L 65/19, para 18.

14 ECS/AKZO, OJ 1985 L 374/1, para 81, potvrđeno u C-62/86, AKZO Chemie BV protiv Komisije (1991) ECR I-3359.

položaju¹⁵. Međutim, nisu svi oblici cjenovnog natjecanja zakoniti.

3. EKONOMSKA TEORIJA O PREDACIJI

Tradicionalna ekonomska teorija koja objašnjava predatorske cijene govori o predatoru, dominantnom poduzetniku, koji kratkoročno postavlja cijene tako nisko da njegovi konkurenti napuštaju tržište, a potencijalni ulaznici odustaju od ulaska na tržište, nakon čega srednjoročno odnosno dugoročno slijede više cijene.¹⁶ U takvim okolnostima i predator i „žrtve“ imaju značajne troškove. Da bi se predacija smatrala racionalnim ponašanjem, predator treba imati opravdana očekivanja da će gubitke nadoknaditi budućim dobitima, odnosno da će dobiti nakon prestanka predacije biti dovoljno visoki da bi se isplatilo podnošenje gubitaka.¹⁷ Međutim, ne postoji konsenzus među ekonomistima oko toga koja bi pravila trebalo primijeniti na predatorsko ponašanje, odnosno treba li predatorske cijene uopće smatrati realnom poslovnom strategijom. Teorije se razlikuju od onih koje predatorske cijene smatraju toliko iracionalnima da se zapravo nikada ne pojavljuju, do onih prema kojima bi se svako rezanje cijena od strane poduzetnika u vladajućem položaju, kao reakcija na novi ulazak na tržište, trebalo podvrgnuti nekim ograničenjima.¹⁸

Određeni konsenzus postoji ipak ako korištenja troškovnih kriterija kao odlučnih za ocjenjivanje je li riječ o predatorskim cijenama, iako i glede toga pitanja (troškovi kao kriterij) postoji opet niz mišljenja koje troškove treba smatrati relevantnima kada je riječ o predaciji.¹⁹ Na formiranje pravnih pravila glede predatorskih cijena najveći je utjecaj izvršio test koji su predložili američki znanstvenici Phillip E. Areeda i Donald F. Turner (tzv. *Areeda-Turner test*). Prema njemu se cijena niža od prosječnog varijabilnog troška (*AVC*) smatra iracionalnom za poduzetnika koji teži maksimizaciji profita i koju stoga treba smatrati predatorskom, dok se cijena viša od prosječnog varijabilnog troška, barem kratkoročno, treba smatrati razumnom granicom za legitimnu cijenu.²⁰

15 Mišljenje nezavisnog odvjetnika u predmetu C-395/96 P i C-396/95 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA i Dsfra-Lines A/S protiv Komisije* (2000) ECR I-1365), para 117, 132.

16 Detaljno o ekonomskim teorijama koje objašnjavaju predatorsko ponašanje, bilo da ga smatraju realnom poslovnom strategijom, bilo da ga smatraju tako rijetkim da uopće ne treba intervenirati, vidi: OECD, *Predatory pricing*, 1989., <http://www.oecd.org/dataoecd/7/54/2375661.pdf>. Vidi i O'Donoghue, Padilla, op. cit., str. 235-302.

17 OECD, *ibid.*, str. 7.

18 Za dobar pregled ekonomskih teorija vidi, OECD, *ibid.*

19 Vidi detaljnije O'Donoghue, Padilla, op. cit., str. 236 et seq.

20 Vidi PE Areeda, DF Turner, *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act*, (1975) 88 *Harvard Law Review* 697-733. Vidi detaljnije u O'Donoghue, Padilla, str. 240.

4. TEST ZA PREDACIJU U EUROPSKOM PRAVU

U pravu tržišnog natjecanja EU-a primjenjuje se tzv. AKZO-pravilo koje sadrži dva koraka ocjenjivanja je li riječ o predatorskim cijenama.²¹ Kao prvo, cijena niža od prosječnog varijabilnog troška (trošak koji varira ovisno o količini proizvedenoga) smatra se zloporabnom. Kao drugo, cijena niža od prosječnog ukupnog troška (prosječni fiksni trošak plus prosječni varijabilni trošak), ali viša od prosječnog varijabilnog troška smatra se zloporabnom ako čini „dio plana za eliminiranje konkurenta“.²² Jasno je da prvo AKZO-pravilo reflektira *Areeda-Turnerov test* prema kojem su cijene ispod prosječnog varijabilnog troška iracionalne: prihodi poduzetnika bi morali barem biti veći od troškova koji variraju s količinom proizvedenoga jer dugoročna prodaja po cijeni ispod prosječnog varijabilnog troška dovodi do toga da poduzetnik mora ugasiti proizvodnju. U tom smislu europski sudovi zaključuju da dominantni poduzetnik nema drugoga razloga primjenjivati ovakvu strategiju doli radi eliminacije konkurenata kako bi mogao naknadno povećati cijene koristeći svoj monopolistički položaj.²³ Drugo AKZO-pravilo odražava stav da pod određenim okolnostima poduzetnik ipak može odrediti cijenu ispod prosječnih ukupnih troškova (primjerice, zbog trenutnog pada potražnje).

21 Detaljno o predmetu AKZO, vidi V. Šoljan, Vladajući položaj na tržištu i njegova zloporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice, Ibis grafika, 2004., str. 318-327.

22 Komisija u Discussion Paper preferira test *AAC* (*average avoidable cost*), para 106, ali i priznaje da će teško uvijek biti na raspolaganju dokazi o namjeri eliminiranja konkurenata, pa treba uzeti u obzir neke objektivne čimbenike koji ukazuju neizravno na postojanje „plana eliminiranja konkurenata“, para 113, 115. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dec 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

U kasnijem interpretativnom dokumentu Komisija navodi da će koristiti dva kriterija: *AAC* (*average avoidable cost*, prosječni trošak koji se može izbjeći) i *LRAIC* (*long-run average incremental cost*, dugoročni prosječni trošak koji se mijenja ovisno o promjeni količine proizvoda). Komisija ovako definira ove vrste kriterija: „Average avoidable cost is the average of the costs that could have been avoided if the company had not produced a discrete amount of (extra) output, in this case the amount allegedly the subject of abusive conduct. In most cases, AAC and the average variable cost (AVC) will be the same, as it is often only variable costs that can be avoided. Long-run average incremental cost is the average of all the (variable and fixed) costs that a company incurs to produce a particular product.“ Naime, ako nije pokriven prosječni trošak koji se može izbjeći, to ukazuje da vladajući poduzetnik kratkoročno žrtvuje profit, a da jednako učinkovit takmac ne može usluživati kupce bez gubitaka. S druge strane, ako nije pokriven dugoročni prosječni trošak koji se mijenja ovisno o promjeni količine proizvoda, to znači da vladajući poduzetnik nema povrat fiksnih troškova i da bi jednako učinkovit takmac zbog toga bio isključen s tržišta. Vidi *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (2009/C 45/02), para 26.

23 Vidi O'Donoghue, Padilla, op. cit., str. 246. Iako Vrhovni sud SAD-a ne zagovara konkretnu razinu troškova kao predacijsku, već ostavlja to pitanje otvorenim („appropriate measure of cost“), vidi *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 US 209 (1993), niži sudovi uglavnom koriste *Areeda-Turnerov test*.

Za razliku od američkoga prava tržišnog natjecanja koje zauzima skeptičan stav prema određivanju predatorskih cijena kao realnoj poslovnoj strategiji europsko pravo znatno je podozrivije prema dominantnim poduzetnicima koji režu cijene ispod razine troška.²⁴ U tom smislu javlja se zabrinutost da skepsa prema mogućoj prekomjernoj intervenciji protiv ponašanja koje je moguće sasvim poželjno, dovodi do prekomjernog toleriranja nepoželjnih predatorskih cijena (engl. *underdeterrence*).²⁵ Usprkos mnogim komentatorima koji su tražili pomak europskoga stava prema američkom shvaćanju predatorskog ponašanja, odnosno prema snažnijoj primjeni tzv. „ekonomskog pristupa“, najnovija praksa Komisije i Suda EU ne donosi u tom smislu neke promjene, već samo potvrđuje ranije ustaljenu praksu.²⁶

5. PREDATORSKE CIJENE NA TRŽIŠTU ELEKTRONIČKIH KOMUNIKACIJA: PREDMET *WANADOO*

Najnoviji slučaj zabrane predatorskog ponašanja u EU odnosi se na odluku Komisije kojom je utvrđeno nezakonito zlouporabno predatorsko ponašanje poduzetnika Wanadoo Interactive (dalje: Wanadoo), tadašnjeg društva kćeri France Telecoma.²⁷ Komisija je utvrdila da je Wanadoo zlouporabio svoj vladajući položaj određivanjem predatorskih cijena na tržištu brzog interneta za privatne korisnike u Francuskoj. Komisija je utvrdila da je nudio svoje usluge Wanadoo ADSL i eXtense po cijenama koje su bile znatno ispod varijabilnog troška (od ožujka 2001. do kolovoza 2001.), odnosno na razini varijabilnog troška, ali znatno ispod ukupnog troška (od kolovoza 2001. do listopada 2002.). Gledajući širi kontekst, problematično je bilo to što je Wanadoo bio društvo kćer prijašnjeg monopolista na telekomunikacijskom tržištu, France Telecoma, koji je u to vrijeme držao gotovo 100% udjela na tržištu veleprodaje ADSL usluga za pružatelje usluge pristupa internetu (engl. *Internet service providers*), među kojima je bio i Wanadoo. Naročito je zabrinjavalo što je riječ o brzorastućem, „strateškom“ tržištu (strateško tržište je zbog toga što se smatra ključnim za razvoj informatičkog društva) koje je, kako je

24 Za usporedbu američkoga i europskoga prava, vidi Adrian Emch, Gregory K. Leonard, *Predatory pricing after linkLine and Wanadoo*, GCP-The Online Magazine for Global Competition Policy, May 2009. O korijenima američkoga skeptičnog stava glede predacije, vidi V. Šoljan, *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja* Europske zajednice, Ibis grafika, 2004., str. 304-305.

25 Vidi Alberto Alemanno, Marco Ramondino, *The ECJ France Telecom/Wanadoo judgment: „To recoup or not to recoup? That „was“ the question for a predatory price finding under Article 82 EC“*, European Law Reporter, no. 6/2009, str. 207-208.

26 Čini se da reforma nije hitna, odnosno potrebna zbog ograničenoga broja postupaka koje Komisija pokreće zbog predatorskog ponašanja. Tako Alemanno, Ramondino, op. cit., str. 208.

27 *Wanadoo Interactive*, COMP/38.233, 2003. Odluku Komisije potvrdio je Opći sud (T-340/03 *France Telecom protiv Komisije*, ECR (2007) II-107) te naposljetku i Sud EU (C-202/07 P *France Telecom protiv Komisije*, ECR (2009) I-2369).

smatrala Komisija, Wanadoo imao namjeru preuzeti na štetu takmaca. Od siječnja 2001. do rujna 2002. tržišni udjel Wanadoo narastao je sa 46% na 72%, a tržište je u istom razdoblju naraslo pet puta. Komisija je utvrdila da je njegove konkurente obeshrabrila razina gubitaka koje su morali trpjeti da bi se natjecali s Wanadoo. Na kraju razdoblja unutar kojeg je povreda trajala niti jedan od rivala nije imao tržišni udjel veći od 10%, a jedan od konkurenata bio je prisiljen izaći s tržišta. Prema dokazima koje je prikupila Komisija (interni dokumenti poduzetnika) bilo je riječ o svjesnoj poslovnoj politici ulaženja u poslovanje s gubicima. Nakon što je zlouporabno ponašanje prestalo (u listopadu 2002.) tržište je znatno poraslo, što je vidljivo iz činjenice da je broj pretplatnika na pristup internetu rastao više unutar razdoblja od sedam mjeseci (rujan 2002. do ožujka 2003.) nego unutar razdoblja od sedamnaest mjeseci (ožujak 2001. do kolovoza 2002.) unutar kojega je trajala zlouporaba. Komisija je kaznila Wanadoo novčanom kaznom u iznosu od 10,35 milijuna eura, a tu visinu kazne potvrdili su kasnije i Opći sud i Sud EU.

Premda je Wanadoo u postupku pred Općim sudom osporavao definiciju mjerodavnog tržišta koju je postavila Komisija (tržište brzog interneta za privatne korisnike) smatrajući da tržište brzog i sporog interneta čine jedinstveno tržište, Sud je potvrdio ispravnost Komisijinog stava da ne postoji dovoljan stupanj zamjenjivosti između ta dva načina pristupa internetu.²⁸

Osim toga Wanadoo je ustvrdio da je pogrešno utvrđeno da postoji njegov vladajući položaj zbog toga što je riječ o brzorastućem tržištu. Stoga gledajući dinamično, nije moguće odrediti vladajući položaj samo putem trenutnih tržišnih udjela, već je nužno uzeti u obzir i potencijalnu konkurenciju, naročito s obzirom na činjenicu da je tržišni udjel Wanadoo pao više od 10% u razdoblju od kolovoza 2002. do ožujka 2003. Međutim, Sud je naveo da je Komisija ispravno utvrdila postojanje vladajućeg položaja naročito s obzirom na činjenicu da je Wanadoo imao vrlo visok tržišni udio u relevantnom razdoblju (na početku razdoblja povrede, u ožujku 2001., 50% tržišni udio je narastao na 72% u ožujku 2002. i ostao stabilan do kraja povrede, kolovoza 2002.), da je imao osam puta više ADSL pretplatnika od svog najjačeg konkurenta, te s obzirom na svoju povezanost s France Telecom, ranijim monopolistom na telekomunikacijskom tržištu u Francuskoj koja mu je davala određene prednosti u odnosu na konkurente. Sud je naveo da je prema ranijoj praksi jasno da su vrlo visoki tržišni udjeli, osim u iznimnim okolnostima, dokaz o postojanju vladajućeg položaja.²⁹ U tom kontekstu Sud je istaknuo da činjenica da je riječ o brzorastućem tržištu ne onemogućava primjenu članka 102. UFEU-a.³⁰

28 Presuda Općeg suda T-340/03, para 78-91.

29 Presuda Općeg suda T-340/03, para 100 – tako u predmetu 85/76 *Hoffmann-La Roche protiv Komisije*, [1979] ECR 461, para 41 i T-221/95 *Endemol protiv Komisije* [1999] ECR II-1299, para 134; u predmetu C-62/86 *AKZO protiv Komisije* [1991] ECR I-3359, para 60 Sud je smatrao da je to slučaj u okolnostima kada poduzetnik ima 50% tržišnog udjela.

30 Presuda Općeg suda T-340/03, para 107.

5.1. Dva ključna pravna pitanja

Dva su važna pravna pitanja koja se razmatraju u predmetu *Wanadoo*. Prvo je pitanje je li za dokazivanje zlouporabne predacije potrebno dokazati i realnu mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka (engl. *recoupment*). Drugo je pitanje može li se praksa određivanja cijena ispod troška opravdati potrebom (vladajućeg) poduzetnika da svoju cjenovnu politiku uskladi s onom konkurenata.

5.1.1. Mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka

Kao što je već rečeno, u predmetu *Wanadoo* koristi se test za utvrđivanje je li riječ o predatorskim cijenama koji je uspostavljen u ranijoj sudskoj praksi (predmeti *AKZO*, *Tetra Pak*). Taj se test temelji na tome u kakvom su odnosu cijene poduzetnika u vladajućem položaju prema troškovima koje ima za obavljanje određene djelatnosti. Tako je i dalje jasno da se smatra da je riječ o *per se* zlouporabnim predatorskim cijenama ako su niže od prosječnog varijabilnog troška (*AVC*), jer u takvom slučaju smatra da dominantni poduzetnik nema drugi ekonomski cilj osim eliminiranja svojih konkurenata, a u takvom se slučaju presumira njegova „eliminatorska namjera“. S druge strane, ako su cijene veće od prosječnog varijabilnog troška (*AVC*), ali su niže od prosječnog ukupnog troška (*ATC*), takve cijene se smatraju zlouporabnima samo ako su određene kao dio plana čiji je cilj eliminacija konkurenata, tj. nisu *per se* zlouporabne, nego samo ako se dokaže da su dio plana za eliminaciju konkurenata.³¹

Ključno pitanje koje je relevantno kada je riječ o kriterijima koji moraju biti ispunjeni da bi bila riječ o zlouporabnoj predaciji jest je li neophodno dokazati da je dominantni poduzetnik mogao nakon što prestane s predacijom realno nadoknaditi pretrpljene gubitke. Argument koji se ovdje ističe jest sljedeći: ako nadoknađivanje pretrpljenih gubitaka nije moguće, onda se dominantni poduzetnik neće ni upuštati u takvu cjenovnu strategiju, tj. ona nije ekonomski racionalna. U tom se smislu *France Telecom* poziva na odluke različitih nacionalnih sudova i tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, kao i na brojne akademske komentatore. Naravno, ovdje se prvenstveno aludira na to da u američkom pravu mogućnost nadoknade pretrpljene štete mora biti dokazana da bi se dokazala zlouporaba. Komisija u tom smislu raspolaze jednim načelnim argumentom i jednim argumentom koji se veže uz konkretne činjenice predmeta: prvo, Komisija navodi da u pravu EU-a, čim postoji vladajući položaj, postoji i mogućnost povrata gubitaka, a drugo, u konkretnom slučaju eksponencijalni rast tržišta čini povrat gubitaka vjerovatnim.³²

Sud izričito navodi da mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka nije relevantna za dokazivanje predacije: „nije potrebno dokazati mogućnost povrata gubitaka

31 Vidi *AKZO protiv Komisije*, para 71 i 72; predmet C-333/94 P *Tetra Pak protiv Komisije* [1996] ECR I-5951, para 41, presuda Općeg suda, para 130, potvrđeno u Sud EU C-202/07 P, para 109.

32 Vidi para 101, 102 presude Suda EU C-202/07 P.

koje je dominantni poduzetnik pretrpio tijekom provođenja strategije predacije³³. Takav dokaz naročito nije potreban ako je riječ o situaciji u kojoj je moguće presumirati „eliminatorsku namjeru“ dominantnog poduzetnika zbog toga što je cijenu odredio ispod prosječnog varijabilnog troška (*AVC*).³⁴ Ipak, Sud smatra da Komisija smije koristiti pitanje mogućnosti povrata gubitaka kao relevantnog čimbenika za utvrđivanje je li riječ o zlorabnoj praksi. Ako je riječ o cijenama nižima od prosječnog varijabilnog troška (*AVC*), u takvoj situaciji Komisija može koristiti mogućnost povrata gubitaka kao čimbenika kojim će isključiti relevantnost ekonomskih opravdanja za određivanje tako niskih cijena. U takvoj situaciji presumira se da su cijene zlorabne, presumira se „eliminatorska namjera“. Ako je riječ o cijenama koje su iznad prosječnog varijabilnog troška (*AVC*), ali ispod prosječnog ukupnog troška (*ATC*), Komisiji utvrđivanje mogućnosti povrata pretrpljenih gubitaka može pomoći u utvrđivanju da postoji plan eliminiranja konkurenata. U takvoj se situaciji ne presumira da je praksa zlorabna, već je potrebno dokazati postojanje plana eliminacije, pa može dobro doći i dokaz o mogućnosti povrata pretrpljenih podataka da bi se praksa smatrala zlorabnom.³⁵ Štoviše, Sud smatra da nemogućnost povrata pretrpljenih gubitaka neće onemogućiti poduzetnika da ojača svoj vladajući položaj zbog toga što će nakon povlačenja s tržišta jednog ili više njegovih takmaca razina konkurencije koja postoji na tržištu, i koja je već bila oslabljena zahvaljujući prisustvu dominantnog poduzetnika, biti još više umanjena, a potrošači će snositi gubitak koji će biti rezultat ograničavanja izbora.³⁶

Odbacivanje kriterija povrata gubitaka kao nužnog elementa za dokazivanje zlorabne predacije duboko je ukorijenjeno u europsko shvaćanje primjene članka 102. UFEU-a. Samo postojanje poduzetnika koji ima vladajući položaj na tržištu dovodi do slabljenja konkurencije i samo ponašanje takvog poduzetnika kojim posluje ispod razine troškova dovoljno je da bi ga se kaznilo bez potrebe dokazivanja je li stvarno nastupila šteta za potrošače. Tako Sud EU u predmetu *France Telecom* navodi svoju tradicionalnu praksu, i to predmet *Hoffman-La Roche* iz kojeg citira da je vladajući položaj, položaj ekonomske snage koju ima poduzetnik, koja mu omogućava da sprječava učinkovito tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu koja mu daje snagu da se u značajnoj mjeri ponaša neovisno o svojim konkurentima, kupcima i potrošačima.³⁷ Riječ je o ponašanju kojim se utječe na strukturu tržišta na kojem je razina konkurencije već oslabljena i koji putem metoda različitih od onih koje upravljaju normalnim tržišnom natjecanjem na temelju transakcija poslovnih operatora ima učinak sprječavanja održavanja razine konkurencije koja još postoji na tržištu ili rasta te konkurencije.³⁸ Ključno je da se članak 102. ne odnosi samo na

33 Presuda Suda EU C-202/07 P, para 110.

34 Ibid.

35 Presuda Suda EU C-202/07 P, para 111.

36 Presuda Suda EU C-202/07 P, para 112.

37 85/76 *Hoffman-La Roche* (1979) ECR 461, para 38.

38 *Hoffman-La Roche*, para 91, *Nederlandsche Banden-Industrie, Michelin*, para 70; *AKZO*, para 69, *British Airways* C-95/94 P para 66.

praksu koja može dovesti do izravne štete za potrošače, već i na one prakse koje su štetne za potrošače putem njihovog učinka na učinkovitu konkurentsku strukturu,³⁹ zbog čega dominantan poduzetnik ima „posebnu odgovornost“ ne ponašati se na način da ograničava tržišno natjecanje.

Neki komentatori smatraju da se kriterij povrata pretrpljenih gubitaka ipak može primijeniti ako to zahtijevaju okolnosti slučaja.⁴⁰ To izvode iz sljedećeg navoda Suda EU u predmetu *Tetra Pak protiv Komisije*: „Ne bi bilo prikladno, s obzirom na okolnosti ovog slučaja, zahtijevati dodatni dokaz da Tetra Pak ima realne šanse povratiti svoje gubitke.“⁴¹ Međutim, iz predmeta *France Telecom* jasno je da kriterij povrata gubitaka nije nužan za ocjenu predatorskog ponašanja. Naime, činilo se da je nakon presuda u predmetima *AKZO* i *Tetra Pak* Sud ostavio otvorenim pitanje treba li kriterij povrata gubitaka smatrati primjenjivim kod ocjene nezakonitoga predatorskog ponašanja. Naročito su u kontekstu predmeta *Tetra Pak* komentatori tumačili da se taj kriterij ne primjenjuje samo ako je riječ o „superdominantnom“ poduzetniku – poduzetniku koji ima osobito jak vladajući položaj, gotovo monopolni položaj, odnosno da se *a contrario* taj kriterij mora primjenjivati kada je riječ o poduzetniku koji ima „samo“ vladajući (ne „super-vladajući“) položaj.⁴² U predmetu *France Telecom* Sud EU jasno navodi da iz njegove ranije prakse ne proizlazi obveza dokazivanja mogućnosti povrata pretrpljenih gubitaka kod utvrđivanja predatorskog ponašanja te daje autentično tumačenje svoje ranije prakse navodeći da je u predmetu *Tetra Pak* odlučna činjenica bila to što se „eliminatorsna namjera dominantnog poduzetnika mogla presumirati s obzirom na njegovo postavljanje cijena ispod prosječnog varijabilnog troška“.⁴³

Ključ za razumijevanje stava Suda u pogledu primjene kriterija povrata gubitaka može se pronaći u dijelici presude Suda EU u predmetu *Tetra Pak* koji citira Opći sud u predmetu *France Telecom*: „Kažnjavanje zbog predatorskih cijena treba biti moguće kada god postoji rizik eliminiranja konkurenata. ... Cilj kojem se teži – održanje neiskrivljene konkurencije – isključuje čekanje da takva strategija stvarno dovede do eliminiranja konkurenata.“⁴⁴ Tako Sud EU u predmetu *France Telecom* navodi: „Svaki izostanak mogućnosti povrata gubitaka nije dovoljan da spriječi da dotični poduzetnik ojača svoj vladajući položaj, naročito nakon što se s tržišta povuče jedan ili nekoliko njegovih konkurenata, tako da je stupanj konkurencije koja postoji na tržištu, koji je već oslabljen upravo zbog prisutnosti dotičnog poduzetnika, dalje oslabljen, a potrošači snose gubitak kao rezultat ograničavanja izbora koji im stoje na raspolaganju.“⁴⁵ Drugim riječima, Sud navodi da je, prvo, potrebno uzeti u obzir da je razina konkurencije na tržištu na kojem postoji poduzetnik koji ima vladajući položaj *a priori* slaba; drugo, zbog njegovog predatorskog ponašanja –

39 6/72 *Europemballage and Continental Can protiv Komisije* (1973) ECR 215, para 26.

40 Vidi Alemanno, Ramondino, op. cit., str. 209.

41 C-333/94 P *Tetra Pak protiv Komisije*, para 44.

42 Vidi Alemanno, Ramondino, op. cit., str. 209.

43 Presuda Suda EU C-202/07 P, para 110.

44 C-333/94 P *Tetra Pak* para 44; T-340/03, para 226.

45 T-340/03, para 112.

zbog kojeg će neki od konkurenata biti prisiljeni izaći s tržišta – konkurencija će još više oslabiti; treće, nije relevantno može li dominantni poduzetnik povratiti svoje gubitke – on će ostvariti koristi od svoje strategije (ojačati vladajući položaj) i bez obzira na to može li povratiti gubitke; kao četvrto, prethodna slaba razina konkurencije (zbog vladajućeg položaja) uz daljnje slabljenje konkurencije (zbog predatorske strategije koja tjera konkurente s tržišta bez obzira na mogućnost povrata pretrpljene štete) u konačnici će štetiti potrošačima kojima će biti smanjena mogućnost izbora. Time Sud zauzima stav da se interes potrošača može zaštititi samo ako se osigura „pluralnost“ operatora prisutnih na nekom tržištu.⁴⁶ Američki komentatori u ovakvom stavu Suda EU vide zaštitu konkurenata, a ne konkurencije, smatrajući da Sud zapravo kaže: eliminiranje konkurenata je loše za potrošače, čak i ako se cijene ne povećaju.⁴⁷

Međutim, ovakvo shvaćanje zaštite konkurencije iz predmeta *France Telecom protiv Komisije* vidljivo je već u ranijoj europskoj praksi. Naime, riječ je o tomu da članak 102. UFEU nije usmjeren samo prema ponašanju poduzetnika koje može imati izravnu štetu za potrošače, već i prema onom koje je štetno za potrošače zbog njegovog utjecaja na „učinkovitu konkurentnu strukturu“.⁴⁸ Drugim riječima, Komisija ne mora pokazati postojanje izravnog utjecaja na potrošače. Upravo suprotno, kako bi ocijenila jesu li potrošači oštećeni, Komisija treba uzeti u obzir kakve je posljedice djelovanje poduzetnika imalo na „učinkovitu konkurentnu strukturu“.

Dakle, potrebno je u konkretnom slučaju utvrditi postoji li takav rizik eliminiranja konkurenata s tržišta. Ako postoji, nije potrebno utvrđivati mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka kako bi se kaznilo dominantnog poduzetnika zbog predatorskih cijena. Dovoljno je da postoji takav rizik.

Za razliku od američkoga prava u EU se smatra da poduzetnik u vladajućem položaju ima „posebnu odgovornost“ ne dopustiti da njegovo ponašanje naruši tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.⁴⁹ Budući da članak 102. UFEU-a zabranjuje dominantnom poduzetniku uništiti konkurenta čime bi ojačao svoj položaj, koristeći se metodama koje su različite od onih koje se temelje na tržišnom natjecanju u pogledu kvalitete, nije svako cjenovno natjecanje legitimno.⁵⁰ Upravo stoga treba smatrati da poduzetnik u vladajućem položaju zloupotrebljava svoj položaj ako na tržištu čija je konkurentna struktura već oslabljena zbog postojanja tog poduzetnika posluje s takvom cjenovnom politikom čiji je jedini ekonomski cilj eliminirati konkurente kako bi poslije mogao profitirati od smanjivanja razine tržišnog natjecanja na tržištu.⁵¹

46 Vidi Alemanno, Ramondino, op. cit., str. 209.

47 Vidi Emch, Leonard, op. cit.

48 *Europemballage i Continental Can*, para 26; C-95/04 P *British Airways protiv Komisije* (2007) ECR I-2331, para 106 – nije potrebno ispitivati je li ponašanje British Airways nanijelo štetu potrošačima u smislu čl. 102. stavak 2. toč. 2., već je li imalo „ograničavajući učinak na konkurenciju“, para 107.

49 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin protiv Komisije* (1983) ECR 3461, para 57.

50 *AKZO*, para 70.

51 Para 107, presuda Suda EU C-202/07 P.

Jasan je restriktivniji stav europskoga prava kada je riječ o dokazivanju predatorskih cijena. U tom smislu nije potrebno dokazati mogućnost povrata gubitaka jer nije potrebno dokazati da je moglo doći do izravne štete za potrošače. Ljestvica za kažnjavanje dominantnog poduzetnika stoga je puno niža u europskom nego u američkom pravu. Ovdje se već i pokušaj predacije smatra *per se* zlo-uporabnim zbog toga što takav poduzetnik takvim djelovanjem, na tržištu čija je konkurentska struktura ionako oslabljena zbog njegove jake pozicije, ima za cilj eliminiranje konkurenata. Europsko pravo želi zaštititi konkurentsku strukturu tržišta, i buduću da smatra da je tržište na kojem postoji dominantni poduzetnik već konkurentski narušeno, strogo promatra cjenovnu politiku takvog poduzetnika koja ide ispod cijene koštanja. Ne smatra se potrebnim dokazati konkretnu štetu za potrošače, tj. dokazati da je praksa predacije u potpunosti uspjela jer je nakon određenog razdoblja niskih cijena dominantni poduzetnik u razdoblju nakon što je potjerao konkurente mogao povećanim cijenama nadoknaditi pretrpljene gubitke. Europsko pravo stoga ne jamči ravnopravan položaj dominantnom poduzetniku u odnosu na njegove slabije konkurente kada je riječ o slobodi određivanja cijena upravo stoga što smatra da samo postojanje vladajućeg položaja *prima facie* dovodi do nejednakosti između poduzetnika u korist dominantnog poduzetnika kojemu se onda ne smije dopustiti dodatna sloboda daljnjeg narušavanja ionako oslabljene tržišne konkurencije na način da se u nastojanju legitimiranja svoje cjenovne predacije poziva na to da i njegovi ostali (slabiji) konkurenti isto imaju cijene ispod troškova koštanja.⁵²

5.1.2. Usklađivanje s cijenama takmaca

Drugo bitno pitanje iz slučaja *Wanadoo* odnosi se na pokušaj opravdavanja spornog ponašanja na tržištu pozivanjem poduzetnika u vladajućem položaju na pravo usklađivanja svojih cijena s cijenama takmaca (tzv. *meeting competition defence*). Glede toga pitanja Sud zauzima stav da ne postoji apsolutno pravo poduzetnika u vladajućem položaju da uskladi svoje cijene s cijenama takmaca i time opravda svoje ponašanje. Sud naime kaže da, čak i ako usklađivanje cijena s takmačevim nije samo po sebi zloporabno, ono može postati nezakonito ako nije samo usmjereno na zaštitu svojih interesa, već i na jačanje i zloporabu svojeg vladajućeg položaja.⁵³ Naime, iz ranije sudske prakse poznato je sljedeće: iako mu činjenica da je poduzetnik u vladajućem položaju ne može uskratiti pravo da zaštiti svoje poslovne interese ako su napadnuti i premda takav poduzetnik mora imati pravo poduzeti takve razumne korake koje smatra prikladnima za zaštitu

52 Sud EU (C-202/07 P) odbio je stajalište nezavisnog odvjetnika Mazaka da uključi kriterij mogućnosti povrata gubitaka u test ocjene predacije. Međutim, *Wanadoo* nije osporavao taj, tzv. dvokraki test za predatorske cijene, već metodu prema kojoj je Komisija izračunala razinu povrata troškova kojom je došla do zaključka da je riječ o predatorskim cijenama. Taj argument nije prihvaćen, budući da je Sud smatrao da metoda koju je Komisija uporabila nije pogrešna, te da je dala jasne dokaze o postojanju plana predacije.

53 Presuda Općeg suda, T-340/03, para 187.

svojih interesa, takvo ponašanje ne može se odobriti ako je njegova stvarna svrha ojačati vladajući položaj i zlouporabiti ga.⁵⁴ Štoviše, iz ranije sudske prakse poznato je da se dominantnim poduzetnicima mogu odrediti posebne obveze, pa je tako u predmetu *ITT Promedia protiv Komisije* Sud rekao da se u određenim okolnostima poduzetniku u vladajućem položaju može uskratiti pravo da se ponaša na određeni način ili da poduzima mjere koje same po sebi nisu zlouporabne i koje bi čak bile opravdane ako bi ih poduzeli poduzetnici koji nemaju vladajući položaj.⁵⁵ Sud EU-a je u predmetu *France Telecom protiv Komisije* potvrdio presudu Općeg suda i u ovom pogledu, a odbio je stav nezavisnog odvjetnika Mazaka koji je smatrao da je svojom presudom Opći sud ostavio otvorenima vrata za obranu argumentima *meeting competition* u budućim slučajevima u kojima dominantni poduzetnik drži cijene ispod cijene koštanja.⁵⁶

Dakle, iz predmeta *Wanadoo* jasno je sljedeće: a) u skladu s ranijom sudskom praksom (*AKZO, Tetra Pak*) potvrđen je kao i dalje primjenjiv „dvokraki“ test za utvrđivanje zlouporabne predacije; u vezi s primjenjenom metodom za izračun stope povrata troškova Sud je potvrdio široku diskreciju Komisije kada je riječ o složenim ekonomskim analizama, b) poduzetnik u vladajućem položaju nema pravo pozvati se na pravo da usklađuje svoje cijene s cijenama konkurenata kako bi opravdao svoje ponašanje ako njegovo ponašanje predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja, c) potvrđeno je da mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka nije potrebno dokazati u svrhu dokazivanja zlouporabne predacije.

5.2. Komisijine Upute za primjenu članka 102. UFEU-a iz 2009. i predacija

Zanimljivo je razmotriti vezu između presude Suda EU-a u predmetu *France Telecom* i Uputa Komisije za primjenu čl. 102. UFEU-a koje su donesene dva mjeseca prije objavljivanja presude.⁵⁷ Usprkos tomu što je jasno da je Sud EU u ovom predmetu slijedio svoju raniju praksu glede pitanja predatorskih cijena, postavlja se pitanje je li Komisija tim dokumentom reinterpreterala test za predaciju.

Upute Komisije o primjeni članka 102. navode da je potrebno sagledati sve vjerojatne učinke protukonkurentskog ponašanja kako bi se moglo zaključiti o postojanju štete za potrošače. Tako se navodi da će Komisija intervenirati u slučaju predacije ako postoje dokazi da su zadovoljena tri uvjeta: a) dominantni poduzetnik kratkoročno namjerno ulazi u gubitke (tzv. „žrtva“ – *sacrifice*), b) takvim ponašanjem on zatvara tržište ili će vjerojatno zatvoriti tržište jednom ili više

54 Presuda Općeg suda, T-340/03, para 185. Sud se poziva na raniju praksu *United Brands v Commission*, para 189; T-65/89 *BPB Industries and BritishGypsum v Commission* [1993] ECR II-389, para 117; *Compagnie maritime belge transports and Others v Commission*, para 146.

55 T-111/96 *ITT Promedia* protiv Komisije [1998] ECR II-2937, para 139; T-340/03, para 186.

56 C-202/07 P.

57 *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, 24.2.2009, p. 7–20.

stvarnih ili potencijalnih takmaca s namjerom jačanja ili zadržavanja svoje tržišne snage te c) takvim ponašanjem dominantni poduzetnik uzrokuje potrošačima štetu.⁵⁸ Postavlja se pitanje je li treći uvjet (šteta za potrošače) ispunjen ako poduzetnik u vladajućem položaju može povratiti pretrpljene gubitke. Komisija u Uputama navodi da postoji vjerojatnost štete za potrošače, ako dominantni poduzetnik nakon što završi s predatorskim ponašanjem, može razumno očekivati da će njegova tržišna snaga biti veća nego što bi bila da se nije upustio u takvo ponašanje, odnosno ako će poduzetnik imati koristi od svoje „žrtve“. Jasno je da ovdje Komisija ne spominje izričito pojam „povrata pretrpljenih gubitaka“, već govori općenitije o „koristi“ od predatorskoga ponašanja. Premda nije sasvim jasno kakva bi bila korist od predacije osim mogućnosti jačanja tržišne snage i time zauzimanja većeg dijela tržišta što bi omogućilo u konačnici i povrat pretrpljenih gubitaka za vrijeme razdoblja predacije.

Jasno je da je u europskom pravu tržišnog natjecanja lakše dokazati zlouporabu određivanjem predatorskih cijena nego u američkom pravu prvenstveno, zbog toga što se preko Atlantika traži i dokaz o realnoj mogućnosti dominantnog poduzetnika da povрати gubitke koje je pretrpio za vrijeme predacije. Ovo gledište potvrđuje i posljednja odluka Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *LinkLine*.⁵⁹ I posljednje izvješće o monopolizaciji američkoga Ministarstva pravosuđa zauzima skeptični stav prema racionalnosti i učestalosti predatorskog ponašanja: cijene iznad troškova *per se* su zakonite; kao test koristi se test AAC (**average avoidable costs**); povrat pretrpljenih troškova sastavni je kriterij za postojanje predatorskih cijena.⁶⁰

6. PREDATORSKE CIJENE U HRVATSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Odredbe Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, po uzoru na članak 102. UFEU-a, zabranjuju zlouporabu vladajućeg položaja.⁶¹ Osim zakonodavne usklađenosti instituta zlouporabe vladajućeg položaja u europskim pravom, bitno je naglasiti i obvezu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja da u skladu s člankom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,⁶² „osobito u slučajevima postojanja pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju propisa“, na odgovarajući način primjenjuje „kriterije koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskim zajednicama“. ⁶³ Iako članak 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja ne spominje izričito predatorske cijene, jasno je da ta odredba zabranjuje svaki oblik zlouporabe vladajućega položaja. Treba ipak smatrati da pojam „nepravdanih“ cijena

58 Ibid., para 63.

59 *Pacific Bell Telephone v. linkLine Communications*, 555 U.S. 438 (2009). Vidi detaljnije Emch, Leonard, op. cit.

60 DoJ Monopolization Report, 2008., <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>.

61 Članci 12. i 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, NN br. 79/2009.

62 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske, NN MU br. 14/2001.

63 Članak 74. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, NN br. 79/2009.

iz članka 13. točke 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja obuhvaća i predatorske cijene.⁶⁴ U konkretnom slučaju riječ je o obliku isključujuće zlouporabe budući da je usmjerena na eliminiranje konkurenata s tržišta. U malom broju postupaka Agencija je razmatrala moguću zlouporabu vladajućeg položaja određivanjem predatorskih cijena. U njima se Agencija čvrsto pridržava načela za ocjenu predacije uspostavljenih u praksi Suda EU-a. Niti u jednom slučaju nije do sada utvrđena zlouporaba predacijom budući da poduzetnici koji su navodno bili uključeni u takvu politiku cijena nisu imali vladajući položaj.

6.1. B.net Hrvatska d.o.o. protiv Hrvatski Telekom d.d.⁶⁵

U ovom predmetu B.net je tvrdio da HT vrši dvije međusobno povezane vrste zlouporabe vladajućega položaja: istiskivanje dobiti i predatorske cijene. S jedne strane, B.net je tvrdio da HT zlouporabljuje svoj vladajući položaj na tržištu iznajmljenih EK vodova visokom cijenom najma vodova čime onemogućuje tržišno natjecanje na tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima. S druge strane, B.net je naveo da HT nudi IPTV-uslugu (televizija putem internetskog protokola) prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima pod nazivom MAXtv po predatorskim cijenama. Kao što je rečeno, zahtjev B.neta odnosio se na dvije vrste zlouporabe: zlouporabu u vidu istiskivanja dobiti na povezanim tržištima iznajmljenih EK vodova u Republici Hrvatskoj i tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima u Republici Hrvatskoj, te zlouporabu primjenom predatorskih cijena na tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima u Republici Hrvatskoj.

B.net je naveo da su cijene MAXtv usluge predatorske zbog toga što su ispod (varijabilnih) troškova. Prema B.netovoj analizi troškova pružanja MAXtv usluge trošak HT-a po korisniku MAXtv usluge izvan grada Zagreba samo za najam međumjesnih EK vodova trostruko je veći od cijene same usluge. Tom iznosu treba pribrojiti i ostale troškove pružanja MAXtv usluge, poput troškova mjesečnog ADSL pristupa u mjesnoj mreži, troškove programskih i autorskih prava, marketinga, plaćanja održavanje opreme, porez na dodanu vrijednost i druge troškove. S druge strane, HT je naveo da su cijene usluge MAXtv-a slične cijenama usluge kableske televizije B.neta, pa da u konkretnom slučaju ne može biti riječ o predatorskim cijenama.

Odlučujući o predaciji, Agencija je utvrdila da HT nije u vladajućem položaju na tržištu prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima i da zbog toga ne može biti utvrđena zlouporaba vladajućeg položaja. Naime, kao mjerodavno proizvodno tržište Agencija je utvrdila tržište prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima koje uključuje davatelje usluga kableske distribucije (kabelski operatori), davatelje usluga

64 Usporedi V. Šoljan, Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice, Ibis grafika, 2004., str. 301.

65 B.net Hrvatska d.o.o. Zagreb protiv Hrvatski Telekom d.d. Zagreb, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 31. kolovoza 2010., NN br. 115/2010.

prijenosa TV-programa putem internetskog protokola (IPTV-operatori) i poduzetnike koji pružaju usluge satelitskog prijenosa TV-programa izravno krajnjim korisnicima (DTH-operatori). Tržišne udjele poduzetnika na tom tržištu Agencija je utvrđivala prema prihodu ostvarenom od pružanja usluge i na temelju broja pretplatnika u razdoblju od 2007. do 2009. godine. Utvrđeno je da je 2007. najznačajniji sudionik bio B.net sa 60-70% udjela, HT s 5-15% udjela, Digi TV s udjelom od 5-15%. U 2008. B.net je imao 40-50% udjela, HT 20-30% udjela, a Digi TV 10-20%. U 2009. HT je postao vodeći poduzetnik s 40-50% udjela, B.net ima 30-40% udjela, a Digi TV 10-20%. Agencija je ovo tržište okarakterizirala kao izrazito dinamično, kao tržište koje snažno raste i po vrijednosti i po broju korisnika te za koje ne postoje značajne prepreke za ulazak. Iako je 2009. godine HT imao tržišni udio veći od 40%, Agencija je ispravno smatrala da je riječ o „nedovoljnom vremenskom razdoblju da bi se moglo govoriti o stabilnom tržišnom udjelu“. Uzimajući u obzir i položaj i udjele konkurenata, činjenicu brzorastućeg i dinamičnog tržišta, te trendove na tom tržištu zbog čega nije mogla utvrditi vladajući položaj toga poduzetnika za potrebe konkretnog postupka.

Iako je smatrala da ne postoji vladajući položaj, Agencija se upustila u analizu cijena, te zaključno nije pronašla dokaze koji bi upućivali na predaciju.

Utvrđeno je da je 2008., 2009. i 2010. cijena osnovnog paketa MAXtv usluge bila niža od prosječnog ukupnog troška, a viša od prosječnog varijabilnog troška, te da je 2011. predviđeni planirani prosječni ukupni trošak i prosječni varijabilni trošak niži od cijene osnovnog paketa MAXtv usluge. Iz podataka o troškovima pružanja MAXtv usluge razvidno je da struktura troškova odražava situaciju uvođenja novog proizvoda, odnosno usluge na tržištu. U početnom razdoblju značajan je udio fiksnih troškova posebice amortizacije opreme kao i mrežnih procesnih troškova. Početno razdoblje karakterizira znatno niži broj pretplatnika nego na kraju promatranog razdoblja što utječe na prosječne pokazatelje troškova.

Analizirajući strukturu troškova pružanja MAXtv usluge Agencija je zaključila kako je cijena koju HT naplaćuje krajnjim korisnicima za MAXtv uslugu viša od prosječnih varijabilnih troškova pružanja navedene usluge za razdoblje od 2007. do 2010. godine. To znači da je cijena koju HT naplaćuje svojim korisnicima iznad praga koje Opći sud označava kao simptomatičan za predatorske cijene, a da je razvidno da struktura troškova odražava situaciju uvođenja novog proizvoda, odnosno usluge na tržištu. Uzeto je u obzir i da se MAXtv usluga pruža novom tehnologijom (IPTV) čije je uvođenje kao novog načina pružanja usluge prijenosa televizijskih programa rezultiralo značajnom promjenom slike toga tržišta, u prvom redu rasta cjelokupnog tržišta i promjeni tržišnih udjela dotadašnjih konkurenata. U promatranom vremenskom razdoblju od 2007. do 2009. vidljivo je kako svi poduzetnici koji sudjeluju na tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima ostvaruju rast i po prihodima i po broju korisnika. Nedvojbeno je da je u tom vremenskom razdoblju najviše rastao HT, što je bilo i za očekivati budući da je taj poduzetnik prvi uveo IPTV uslugu na tržište. Također, u promatranom vremenskom razdoblju, pored činjenice da niti jedan poduzetnik nije istisnut s tržišta prijenosa

televizijskih programa krajnjim korisnicima, na navedeno tržište ušlo je više novih poduzetnika (Totalna televizija d.o.o., OT-Optima Telekom d.d., Amis Telekom d.o.o. i dr.). To prema Agenciji, ukazuje na postojanje učinkovitog tržišnog natjecanja na tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima u Republici Hrvatskoj. Sasvim je izvjesno da rastuće tržište na kojem ne postoje značajne prepreke ulasku novih konkurenata na tržište, smanjuje vjerojatnost primjene predatorske cjenovne politike jer poduzetnik koji ju primjenjuje (predator) ne bi mogao u kratkom roku istisnuti s tržišta jednako efikasne konkurente te u razumnom roku nadoknaditi troškove takvog predatorskog ponašanja. S obzirom na to da je HAKOM odredio obvezu HT-u pružanja usluge najma virtualnog IPTV kanala po troškovno orijentiranim cijenama u sklopu svoje usluge širokopojasnog pristupa, Agencija smatra da će i time tržište prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima u Republici Hrvatskoj zadržati značajke konkurentnog tržišta, odnosno navedena obveza HT-u omogućit će drugim poduzetnicima pristup tržištu pod jednakim, reguliranim uvjetima.

S obzirom na to da u ovom konkretnom slučaju nisu zadovoljeni uvjeti vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu i s obzirom na vremensku dimenziju ulaska HT-a na novo tržište, u skladu s načelom ekonomičnosti vođenja postupka, Agencija nije utvrđivala dodatne činjenice o troškovima u razdoblju u kojem su cijene usluge bile između prosječnih varijabilnih troškova i prosječnih ukupnih troškova.

Glede testa za utvrđivanje predacije Agencija se pozvala na sudsku praksu Suda EU-a (predmet *AKZO*, kao i na *C-202/07 France Telecom protiv Komisije*), ali budući da nije utvrdila vladajući položaj HT-a na mjerodavnom tržištu prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima, nije mogla primijeniti taj test u konkretnom slučaju.

Agencija je zapazila da, iako je najsnažniji rast na tržištu u promatranom razdoblju od 2007. do 2009. godine ostvario HT, B.net kao najznačajniji kabelski operator također bilježi rast prihoda i broja pretplatnika. To je za Agenciju očito bilo važno kao pokazatelj činjenice da nije došlo do isključenja konkurencije na tržištu prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima.

6.2. *Promet d.o.o. protiv Croatia-Bus d.d. u stečaju*

Promet d.o.o. Makarska dao je inicijativu za pokretanje postupka protiv Croatia-Bus d.d. u stečaju Zagreb. Smatrajući da ne postoji javni interes za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, Agencija je donijela zaključak u tom smislu.⁶⁶ U tom predmetu podnositelj inicijative naveo je da njegov takmac, Croatia-Bus d.d. u stečaju, uvođenjem akcijskih cijena autobusnih karata narušio tržišno natjecanje zlouporabom vladajućeg položaja. Time je prema navodima podnositelja

⁶⁶ Zaključak Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 6. svibnja 2011. <http://www.aztn.hr/uploads/documents/odluke/TN/UPI-030-022011-01017.pdf>

inicijative cijene karata odredio „na neujednačen način ovisno o vremenu polazaka konkurentskih prijevoznika u svrhu otimanja putnika“ zbog čega je zahtijevao od Agencije da „zaštiti prijevoznike od nelojalne konkurencije“. Utvrdivši da ne postoji vladajući položaj poduzetnika Croatie-Bus d.d. u stečaju, Agencija nije utvrđivala postojanje zlorporabe. Ipak je kratko razmotrila institut predatorskih cijena te je pozivajući se na europsku pravnu stečevinu navela da je riječ o obliku zlorporabe vladajućeg položaja kod koje vladajući poduzetnik svoje proizvode „privremeno prodaje po cijenama nižima od proizvodne cijene s ciljem da tržišne takmace istisne s tržišta ili da im spriječi pristup tržištu, te da nakon toga poveća cijene svojih proizvoda, pri čemu je bitno naglasiti razliku između niske prodajne cijene koja rezultira iz tržišnog natjecanja i niske prodajne cijene koja narušava tržišno natjecanje“. S obzirom na to da je Croatia-Bus bio u stečaju Agencija je utvrdila da je jasno da taj poduzetnik ne raspolaže financijskim resursima koji bi bili dostatni za primjenu i ostvarenje strategije predatorskih cijena. Agencija nije propustila naglasiti da snižavanje prodajnih cijena može biti „rezultat tržišnog natjecanja, u kojem poduzetnici udovoljavaju željama potrošača većom kvalitetom... i nižim cijenama i na taj način uklanjaju s tržišta manje efikasne takmace.“ Tako je zaključila da je snižavanje cijena u konkretnom slučaju „prokompetitivno“, odnosno da „donosi korist potrošačima – korisnicima usluge prijevoza“, te da nema elemenata predatorstva budući da Croatia-Bus „nije u vladajućem položaju i nema dovoljnu tržišnu i... financijsku snagu neophodnu za uspješnu primjenu strategije predatorskih cijena“. Što se tiče navoda o nelojalnoj konkurenciji, podnositelj inicijative upućen je na tijela nadležna za provedbu Zakona o trgovini koji regulira institut nepoštenog trgovanja. Agencija je u konkretnom slučaju utvrdila da se inicijativa odnosi na postupanje koje ima neznatan učinak na tržišno natjecanje. Stoga je donijela odluku kojom se utvrđuje da ne postoji javni interes za pokretanje postupka po službenoj dužnosti radi utvrđivanja narušavanja tržišnog natjecanja zlorporabom vladajućeg položaja u skladu s čl. 38. st. 4. ZZTN-a 2009.

7. ZAKLJUČAK

Iako je natjecanje konkurenata u pogledu cijena poželjno obilježje tržišnog gospodarstva, neki oblici cjenovnog konkuriranja smatrat će se nezakonitima. Riječ je o takvom rezanju cijena koje se naziva predacijom. Ovakva cjenovna strategija odnosi se na ponašanje poduzetnika koji kratkoročno cijene postavljaju tako nisko da njegovi takmaci napuštaju tržište, mogući takmaci odustaju od ulaska na tržište, a nakon toga slijedi povećanje cijena kako bi se nadoknadili pretrpljeni gubici. Ovakvo ponašanje može biti nezakonito samo ako je riječ o poduzetniku u vladajućem položaju. Ako nema vladajućeg položaja, takva poslovna strategija je dopuštena. Ključno je pitanje koliko niska mora biti cijena da bi se smatrala predatorskom. U pravu tržišnog natjecanja EU-a odgovor na to pitanje daje praksa Suda EU-a koji je u predmetu *AKZO* postavio kriterije za ocjenu predatorskog ponašanja, a koji su vezani uz usporedbu cijene i troškova proizvodnje. Cijena koja

je niža od prosječnoga varijabilnog troška smatra se uvijek zlouporabnom. Cijena koja je niža od prosječnog ukupnog troška, ali viša od prosječnog varijabilnog troška smatra se zlouporabnom ako se dokaže da je vladajući poduzetnik planirao eliminaciju konkurenata s tržišta.

S obzirom na oskudnu sudsku praksu u području zlouporabe predacijom dobrodošlo je preispitivanje AKZO-kriterija u slučaju *Wanadoo* koji predatorsko ponašanje stavlja u kontekst tržišta elektroničkih komunikacija. Naime, naročito je zabrinjavalo što je u konkretnom slučaju bila riječ o „strateškom“ tržištu, ključnom za razvoj informatičkog društva te o mogućem nezakonitom djelovanju društva kćeri trgovačkog društva koje je prije liberalizacije tržišta imalo isključivo pravo obavljanja telekomunikacijske djelatnosti u Francuskoj. U ovom se predmetu postavljaju dva važna pravna pitanja. Kao prvo, treba li za dokazivanje zlouporabe predacijom dokazati i da će vladajući poduzetnik moći zaista i povratiti pretrpljene gubitke. Kao drugo, može li vladajući poduzetnik opravdati svoju cjenovnu strategiju time što tvrdi da samo usklađuje svoje ponašanje s onim svojih takmaca.

Kao što se pokazuje iz odluke Suda EU-a, odbacivanje kriterija povrata gubitaka kao nužnog elementa za dokazivanje zlouporabne predacije duboko je ukorijenjeno u europsko tumačenje članka 102. UFEU-a. Vladajući poduzetnik ima „posebnu odgovornost“ ne ponašati se tako da ograničava tržišno natjecanje i nije bitno hoće li moći povratiti svoje gubitke – on će ojačati svoj položaj bez obzira na to. Ovo je u izravnoj opreci sa sudskom praksom američkoga Vrhovnog suda, pa je riječ o jednom od malobrojnih pitanja u kojima postoji duboka razlika između primjene pravila o zaštiti tržišnog natjecanja u Europskoj uniji i Sjedinjenim Državama. Kada je riječ o pitanju opravdanja rezanja cijena radi usklađivanja s cijenama takmaca, Sud EU-a zauzima stajalište da takvo opravdanje nije prihvatljivo budući da je riječ o ponašanju čija je stvarna svrha ojačati vladajući položaj i zlouporabiti ga.

Tako stavom u predmetu *Wanadoo* Sud EU-a potvrđuje svoju raniju praksu glede zlouporabne predacije. U kontekstu tržišta elektroničkih komunikacija potvrda odluke Komisije, kojom je utvrđena zlouporaba predatorskim cijenama, bitna je za osiguravanje učinkovitog tržišnog natjecanja na ranijim „monopolističkim“ tržištima koji i nakon liberalizacije nailaze na mnoge izazove.

Summary

PREDATORY PRICING IN THE SECTOR OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS IN THE EUROPEAN AND CROATIAN COMPETITION LAW

The electronic communications market is a specific phenomenon with respect to the process of its opening to competition that has lasted so far in the European Union starting from the mid eighties of the last century. From 1998 the most operators, who were former state monopolists, have been exposed to full competition which has been regulated within the specific regulatory framework, and additionally, according to the general rules on market competition. Nevertheless, even in liberal market, numerous challenges do prevail due to the fact that the former monopolists still hold significant market positions. In this respect, the “strategic” markets are of the most importance for development of informatics society, for example the market for high speed internet access to private users. The author in this article analyses the application of rules governing the abuse of dominant position by predatory pricing in the European Competition Law paying a special attention to the Wanadoo case. In this case the European Court of Justice has reaffirmed its previous practice (the so called AKZO criteria). The author considers basic legal issues which are relevant to determine the abuse by predatory pricing strategy. She gives a special attention to the issue whether for a finding of predatory pricing it is necessary to prove the recoupment (a possibility that will allow the businessman with a dominant position to generate revenues and profits in the future, and therefore, to compensate the losses incurred during the predatory pricing period). Moreover, the author discusses whether it is possible to justify the predatory pricing with the legitimate price competition in which case the predator substantially lowers the prices as a response to actions of his competitors. Within the context of mentioned legal issues, the author compares European legal approach with the approach taken by the Supreme Court of the United States of America. Furthermore, the author discusses the institute of predatory pricing abuse in the Croatian Competition Law and presents a key practice of the Croatian Agency for Protection of Market Competition.

Key words: *predatory pricing, abuse of dominant position, electronic communications, competition.*

Zusammenfassung

**VERDRÄNGUNGSPREISE IM BEREICH DER ELEKTRO-
NISCHEN KOMMUNIKATIONEN IM EUROPÄISCHEN UND
KROATISCHEN WETTBEWERBSRECHT**

Kennzeichnend für den Markt der elektronischen Kommunikationen ist der Liberalisierungsprozess, welcher in der Europäischen Union Mitte der 80er Jahre begann. Seit 1998 ist die Mehrzahl der Anbieter, der ehemaligen staatlichen Monopolisten, unter Vorbehalt eines spezifischen gesetzlichen Rahmens und der zusätzlichen Anwendung von allgemeinen Wettbewerbsregeln, durchaus der Konkurrenz ausgesetzt. Es bleiben allerdings auch auf dem liberalisierten Markt zahlreiche Herausforderungen, weil die ehemaligen Monopolisten weiterhin bedeutende Marktstellungen innehaben. Dies bezieht sich auf sehr wichtige "strategische" Märkte, nämlich auf diejenigen, die für die Entwicklung der Informationsgesellschaft von Bedeutung sind, wie z.B. auf den Markt des Breitband-Internetzugangs für Privatanutzer. In dieser Arbeit wird die Anwendung der Regeln über den Missbrauch der beherrschenden Stellung durch Verdrängungspreise im europäischen Wettbewerbsrecht analysiert. Besonders betont wird das Wanadoo Urteil, in dem der Europäische Gerichtshof die Anwendung der früheren Rechtsprechung (sgn. AKZO-Kriterien) bestätigte. Betrachtet werden auch die grundlegenden Rechtsfragen, die für die Feststellung des Missbrauchs durch Verdrängung von Bedeutung sind, insbesondere die Frage, ob für den Nachweis einer Verdrängung notwendig ist, auch die Möglichkeit eines Verlustausgleichs seitens des beherrschenden Unternehmens nachzuweisen und ob die Verdrängung durch Berufung auf die Anpassung des Verhaltens mit dem Verhalten des Mitbewerbers. In diesem Zusammenhang wird das Vorgehen nach dem europäischen Recht mit der Vorgehensweise des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten verglichen. Darüber hinaus wird die Lage des Instituts des Missbrauchs durch Verdrängungspreise im kroatischen Wettbewerbsrecht und die grundlegende Praxis der kroatischen Wettbewerbsbehörde behandelt.

Schlüsselwörter: *Verdrängungspreise, Missbrauch der beherrschenden Stellung, elektronische Kommunikation, Wettbewerb.*

Riassunto

PREZZI PREDATORI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA EUROPEO E CROATO

Il mercato delle comunicazioni elettroniche presenta delle peculiarità quanto al processo della sua apertura alla concorrenza, il quale nell'Unione europea dura sin dalla metà degli anni '80 del secolo scorso. Dal 1998 la maggior parte degli operatori, un tempo monopolisti statali, è esposta alla concorrenza piena con l'applicazione di una cornice regolatoria specifica e di un'aggiuntiva applicazione delle regole generali sulla concorrenza. Nondimeno, anche in presenza di un mercato liberalizzato persistono molte sfide, poiché i monopolisti di un tempo continuano a detenere una posizione significativa sul mercato. In tale senso, di particolare interesse sono i mercati „strategici“, quelli cioè importanti per lo sviluppo della società informatizzata, quali ad esempio il mercato di accesso a internet veloce per gli utenti privati. Nel presente lavoro si esamina l'applicazione delle regole sull'abuso della posizione dominante mediante prezzi predatori nel diritto europeo della concorrenza, con particolare attenzione per il caso Wanadoo nel quale la Corte europea ha confermato l'orientamento giurisprudenziale già in precedenza adottato (c.d. criteri AKZO). Si analizzano le fondamentali questioni giuridiche rilevanti per l'accertamento l'abuso mediante i prezzi predatori, specie, la questione se è necessario dare la prova del comportamneto di tipo predatoriale e la possibilità della restituzione delle perdite da parte dell'imprenditore dominante, come anche se è possibile giustificare il comportamento di tipo predatoriale in ragione del comportamento dei concorrenti. L'approccio del diritto europeo in tale contesto viene altresì comparato con le scelte operate dalla Corte Suprema americana. Nel lavoro si discute inoltre del trattamento dell'abuso mediante prezzi predatori nel diritto croato della concorrenza e si illustra la prassi dell'Agenzia croata di tutela della concorrenza.

Parole chiave: *prezzi predatori, abuso della posizione dominante, comunicazioni elettroniche, concorrenza.*