

Dr. sc. Dominik Vuletić, viši asistent na
Katedri za pravo, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

EKONOMSKA ANALIZA PRAVA U PREDMETU UNITED BRANDS I KRITERIJ NJEZINE PRIMJENE U EUROPSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

UDK: 347. 776 (4-67 EU)

Pregledni rad

Primljeno: 15. 09. 2015.

Temeljni cilj rada je da kroz primjer konkretne odluke indicira opći kriterij za primjenu ekonomske analize prava u primjeni europskih pravila o zaštiti tržišnog natjecanja. Rad pruža prikaz presude Europskog suda u predmetu United Brands koja je bila važna za interpretativni razvoj pravila o zloupotrebi vladajućeg položaja poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja Europske unije. Odluka je prikazana kroz analitičke korake koji se inače primjenjuju u primjeni europskih pravila o zaštiti tržišnog natjecanja pa rad može poslužiti i u didaktičke svrhe. Indicirani opći kriterij za primjenu ekonomske analize prava emanacija je raspravnog načela iz procesnog prava.

Ključne riječi: *pravo tržišnog natjecanja, ekonomska analiza prava, zlouporaba vladajućeg položaja*

1. UVOD

Ekonomska analiza prava (eng. *economic analysis of law / law and economics*)¹ kao disciplina u kojoj se ekonomske spoznaje i metode primjenjuju na nastanak ili primjenu pravnih pravila ima izuzetan potencijal za istraživanje i praksu u najrazličitijim pravnim područjima, primjerice od kaznenog do ustavnog prava. Kad se ekonomska analiza odnosi na primjenu pravnih pravila naziva se pozitivnom,² a kad se odnosi na nastanak pravnih rješenja, odnosno sadrži prijedloge *de lege ferenda*, naziva se normativnom. Unatoč tome što prve primjere normativne ekonomske analize prava u suvremenom smislu bilježimo u SAD-u na području odštetnog prava,³ pravno područje u kojem se najviše koristi

¹ Više o razvoju discipline vidi u Parisi, F., Oppenheimer, W. (ur); *The Origins of Law and Economics*; Edward Elgar Publishing; 2005. god.

² Vuletić, D., „Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću – prva iskustva i rezultati liberalizacije u RH“, u Horak, H., Dumančić, K. (ur.), *Zbornik radova sa skupa Zakon o trgovačkim društvima – 20 godina primjene u interdisciplinarnom okruženju*, Ekonomski fakultet – Zagreb, 2015. god; str.107-120; vidi osobito str. 116-118 kao primjer jednostavnije pozitivne ekonomske analize prava u domaćoj pravnoj znanosti (iz područja prava društava).

³ Coase, Ronald H., „The Problem of Social Cost“, *The Journal of Law and Economics*; 3 (1), 1961. god. Inače, navedeni rad zajedno s ranijim radom o prirodi trgovačkog društva (Coase, Ronald H., „The Nature of the Firm“, *Economica*, Vol. 4, br. 16, 1937. god; str. 386-405), u kojem je Coase također koristio transakcijske troškove u općoj normativnoj ekonomskoj analizi, čine temeljni dio obrazloženja odluke kojom se autoru dodjeljuje Nobelova nagrada za ekonomiju 1991. god.

u praksi predstavlja upravo pravo tržišnog natjecanja. Neke temeljne korake u primjeni pravila o tržišnom natjecanju, poput primjerice utvrđivanja mjerodavnog tržišta, nije uopće moguće provesti bez primjene ekonomske analize. Stoga u pravu tržišnog natjecanja ekonomska analiza prava nužno dolazi do izražaja i u onim pravnim porecima koji su joj tradicionalno neskloni poput država europskog kontinentalnog pravnog kruga.

Presuda u predmetu *United Brands*⁴ koju je na Valentinovo 1978. god. donio tadašnji Sud Europskih zajednica (danas Sud Europske unije, kolokvijalno Europski sud) neprijeporno predstavlja primjer ekonomske analize prava. Naravno, svaka primjena norme koja uređuje pravo tržišnog natjecanja, bilo u užem smislu (pravila o nedopuštenim sporazumima, zloupotrebi vladajućeg položaja i koncentracijama) ili u širem smislu (uključujući i pravila o državnim potporama i liberalizaciji pojedinih gospodarskih sektora) u suštini zahtijeva određeni stupanj ekonomske analize prava. Osobito to zahtijevaju složeniji slučajevi primjene tih normi koji često završavaju u sudskim sporovima. Gotovo je univerzalna procesno-pravna struktura u svim pravnim sustavima koji obuhvaćaju pravila o zaštiti tržišnog natjecanja da sudski postupak slijedi tek kao zaštita nakon pojedinačnog upravnog akta nekog od specijaliziranih upravnih tijela (najčešće agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, u pravu Europske unije to je Opća uprava za zaštitu tržišnog natjecanja Europske komisije).

Unatoč tome što je riječ o starijoj odluci, presuda u predmetu *United Brands* predstavlja važan primjer primjene jednog od temeljnih instituta prava tržišnog natjecanja – instituta zlouporabe vladajućeg položaja poduzetnika u pravu Europske unije (EU). Upravo zbog takve egzemplarne uloge čini heuristički prikladan izvor za pregled ekonomske analize prava u ovom pravnom području. Dakle, odluka nije odabrana zbog njezine aktualnosti već njezinog ukupnog utjecaja na analitički razvoj primjene instituta zabrane zloupotrebe vladajućeg položaja poduzetnika. Odluka se, nakon sumarnog faktičnog supstrata, razrađuje kroz analitičke korake od koji svaki obuhvaća i teoretski pregled. Upravo iz tih razloga, ovaj rad može poslužiti i kao didaktičko sredstvo u razvoju analitičkih vještina za zainteresirane studente. Pritom će se pokušati u što većoj mjeri utvrditi upotrijebljene tehnike i koncepte iz područja ekonomskih znanosti pri konkretnoj primjeni zabrana sadržanih u današnjem članku 102. Ugovora o funkcioniranju

⁴ Predmet *United Brands Company and United Brands Contineental BV v Commission of the European Communities*, 27/76, EU:C:1978:22.

Europske unije (UFEU)⁵ koje čine pravni temelj instituta zloporabe vladajućeg položaja poduzetnika u pravu EU.

Rad će u opisanoj razradi pokušati odrediti u kojim situacijama je vjerojatnije da Europski sud upotrebljava tehnike i koncepte iz područja ekonomskih znanosti u primjeni norma o zaštiti tržišnog natjecanja, dakle u suštini ekonomsku analizu prava, u odnosu prema situacijama u kojima je vjerojatnije da će u obrazloženju odluke ostati samo kod pravne argumentacije. Drugim riječima, rad će pokušati iz konkretnog predmeta ekstrapolirati opći kriterij za primjenu ekonomske analize prava u europskom pravu tržišnog natjecanja.

2. SUMARNI FAKTIČNI SUPSTRAT I PRIKAZ TIJEKA UPRAVNOG POSTUPKA

Europska komisija je u ožujku 1975. god. protiv trgovačkog društva United Brands Continental B.V. (UCBV), sa sjedištem u Rotterdamu, pokrenula postupak zbog zloporabe vladajućeg položaja, odnosno povrede članka 102. UFEU-a (tadašnji članak 86. Ugovora o EEZ-u). UCBV je inače bio društvo kćer trgovačkog društva United Brands Company (UBC) sa sjedištem u New Yorku, koje danas posluje pod tvrtkom Chiquita Brands International Inc. Temeljna djelatnost tog poduzetnika jest trgovina bananama od koji je globalno najpoznatija njihova žigom zaštićena trgovačka robna marka banana Chiquita.⁶ Komisija je postupak pokrenula nakon dvije prijave koju su tijekom prethodne godine podnijeli različiti konkurenti UCBV-a.

⁵ Članak 102. UFEU-a (bivši članak 82. UEZ-a):

Svaka zloporaba vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu zabranjena je kao nespojiva s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj bi mogla utjecati na trgovinu među državama članicama.

Takva se zloporaba može osobito sastojati od:

(a) neposrednog ili posrednog nametanja nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uvjeta;

(b) ograničivanja proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača;

(c) primjene nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;

(d) uvjetovanja sklapanja ugovora preuzimanjem dodatnih obveza od strane drugih stranaka koje, po svojoj naravi ili prema trgovačkoj praksi, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.

⁶ Žig kao pojam prava industrijskog vlasništva označava isključivo pravo priznato za znak koji služi za razlikovanje robe (proizvoda) ili usluge, najčešće registrirano. Često se može izjednačiti s onim što se u ekonomiji podrazumijeva pod pojmom trgovačke ili privatne marke odnosno pojmom koji je u svim južnoslavenskim jezicima kolokvijalno poznat pod tuđenicom brand (usvojenom iz engleskog jezika, inače originalno proizašao iz starofrizijskog termina za žigovanje stoke, prakse ontološki poznate od početka civilizacije, koja se u antičkim i primitivnim društvima protezala i na ljude i to ne samo one u pravnom statusu robova, primjerice u judaizmu zabrana *ketovet ka'aka* koju možemo naći u Levitskom zakoniku), unatoč tome što su ti pojmovi šireg opsega. Također treba podredno istaknuti, radi jasnoće, da se žig vrlo često u pežorativnom govoru posve pogrešno koristi kao istoznačnica s riječima štambilj i pečat.

Inače, međunarodna veletrgovina bananama nije moguća bez posebne djelatnosti dozrijevača jer se banane beru (u tropskim krajevima) dok su još nedozrele/zelenе – drugačije ne bi bilo moguće osigurati njihov prekomorski transport ili skladištenje (zrele banane brzo propadaju). Stoga poduzetnici, poput tadašnjeg UBC-a, prodaju svoje nedozrele banane dozrijevačima /distributerima koji ih nakon toga dalje prodaju u zreлом stanju.

Komisija je u travnju notificirala UCBV da smatra kako je zloupotrijebio vladajući položaj na tržištu sljedećim radnjama: zahtjevom prema svojim distributerima/dozrijevačima da ne prodaju banane dok su još uvijek nedozrele (zelenе); naplaćivanjem distributerima/dozrijevačima u različitim državama članicama za banane iste kvalitete cijena koje su značajno i bez objektivna opravdanja različite u sličnim tržišnim uvjetima; primjenjivanjem različitih cijena prema vlastitim distributerima/dozrijevačima gdje je razlika u određenim slučajevima bila i do 138 % te odbijanjem poslovanja s danskim poduzetnikom, dioničkim društvom Th. Olsen zbog okolnosti da je isti sudjelovao u marketinškoj kampanji konkurentne trgovačke marke.

UCB i UCBV kao povezana društva podnijeli su zajednički pisani odgovor 12. lipnja 1975. godine, a nakon usmenog ročišta, održanog isti mjesec, Komisija je 17. prosinca 1975. god. donijela odluku kojom je utvrdila postojanje zloupotrebe vladajućeg položaja. U operativnom dijelu odluke utvrđeno je da se povreda sastoji od:

a) zahtjeva prema svojim distributerima/dozrijevačima u Danskoj, Njemačkoj, Irskoj, Nizozemskoj, Belgiji i Luksemburgu da se suzdrže od prodaje zelenih (nedozrelih) banana;

b) naplaćivanja svim distributerima/dozrijevačima u navedenim državama članicama nejednakih cijena za istovjetne transakcije kod prodaje banana Chiquita (s izuzetkom povezane grupacije Scipio);

c) nametanja kupcima banana Chiquita nepravednih cijena u svim navedenim državama članicama osim Irske;

d) odbijanja prodaje banana Chiquita danskom poduzetniku, trgovačkom društvu Th. Oslen A/S, u razdoblju od 10. 10. 1973. do 11. 2. 1975. god.

Komisija je u odluci izrekla kaznu od milijun tadašnjih jedinica plaćanja⁷ te je naloženo UBC-u da obavijesti sve svoje distributere/dozrijevače u prije navedenim državama članicama da je prestao s primjenom zabrane preprodaje banana dok su još nedozrele te da obavještava Komisiju, počevši od 20. 4. 1975. godine, dvaput godišnje, u razdoblju od dvije godine, o prodajnim cijenama koje je naplaćivao u polugodišnjem razdoblju u predmetnim državama članicama. UBC i UCBV su 1976. god. zajednički pokrenuli postupak za poništenje odluke Komisije pred Europskim sudom.

⁷ Prije 1998. godine novčane kazne za povredu pravila o zaštiti tržišnog natjecanja određivale su se sukladno st. 2. čl. 15 Uredbe 17/62 koji propisuje mogućnost sankcioniranja u rasponu od 1000 do 1.000.000 jedinica plaćanja ili 10 % godišnjih prihoda poduzetnika (što je kasnije upravna praksa od odluke Komisije u predmetu *Pioneer* interpretirala da se odnosi na ukupni globalni godišnji prihod) koji sudjeluju u povredi. Nakon stupanja na snagu Uredbe 1103/97, kazne se izriču u eurima.

3. ANALIZA ODLUKE: STRUKTURA ANALIZE

Prilikom svake primjene pravila o EU o zloupotrebi vladajućeg položaja poduzetnika postoje određeni osnovni analitički koraci koji se postavljaju i u sudskoj i u upravnoj praksi. Možemo ih grafički prikazati kroz sljedeći hodogram pitanja na koje analiza treba odgovoriti:

Je li riječ o poduzetniku (autonomni pojam europskog prava)?



Nalazi li se poduzetnik u vladajućem položaju na mjerodavnom ili u vezanim tržištima?



Je li ostvaren neki od pojavnih oblika ponašanja poduzetnika koji se smatraju zluporabnim?



Je li ustanovljena zluporaba utjecala (stvarno ili potencijalno, neposredno ili posredno) na trgovinu između država članica?

Presudu u predmetu *United Brands* razradit ćemo kroz svako od navedenih pitanja.

4. PRVI KORAK: PODUZETNIK

Prvo se utvrđuje je li uopće riječ o poduzetniku odnosno poduzetnicima (kod zajedničkog vladajućeg položaja). S obzirom na to da je poduzetnik autonomni pojam europskog prava, nije važno je li neki entitet poduzetnik u smislu nacionalnog prava. Odlučujuća definicija je ona proizašla iz primjene pravila EU o zaštiti tržišnog natjecanja (budući da primarnopravni temelj, čl. 102. UFEU-a, ne nudi definiciju). Ukoliko neki entitet nije poduzetnik u smislu nacionalnog prava ili se ne smatra poduzetnikom, to ujedno ne znači i da nije poduzetnik s motrišta pravila EU o zaštiti tržišnog natjecanja.

Europski sud u nizu pravnih područja (a ne samo pravu tržišnog natjecanja) pridržava ono što nekadašnji sudac i nezavisni odvjetnik Mancini naziva *hermeneutičkim monopolom*,⁸ zapravo isključivo pravo na definiranje europsko-

⁸ Mancini, G. F., *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays*, Hart Publishing, 2000. god.

pravnih koncepata. Pritom se njeguje funkcionalni pristup. Primjerice, sudska praksa je utvrdila da se poduzeticima ne smatraju samo uobičajeni entiteti (trgovačka društva, trgovci pojedinci, obrti i zadruge) već i udruge (npr. sportske udruge), osobe koje se bave slobodnim zanimanjima (odvjetnici, umjetnici) te javnopravna tijela kad nude dobra i usluge na tržištu. Poduzetnik s motrišta europskog prava tržišnog natjecanja čak i ne mora imati pravnu osobnost već može biti posebna organizacijska struktura u okviru neke pravne osobe (primjerice u predmetu *Komisija protiv Italije*⁹ 1985. godine Sud je interpretirao kako se jedno talijansko upravno tijelo ima smatrati poduzetnikom unatoč tome što nema posebnu pravnu osobnost). Nadalje, sukladno doktrini o jedinstvenoj ekonomskoj cjelini, čak i kada više pravno odvojenih entiteta, od kojih svaki ima svoju pravnu osobnost, djeluje suštinski jedinstveno na tržištu, imaju se smatrati jednim poduzetnikom s motrišta europskog prava tržišnog natjecanja (primjerice trgovačko društvo majka i društva kćeri). Suštinski bitno obilježje pojma poduzetnik, sukladno presudi u predmetu *Höfner*, predstavlja odgovor na pitanje je li riječ o entitetu koji obavlja gospodarsku djelatnost bez obzira na njegov pravni status i način njegova financiranja.¹⁰ Iz takve definicije bit će u svakom slučaju isključeni oni subjekti koji obavljaju gospodarsku djelatnost nesamostalno i bez snošenja poduzetničkog rizika (npr. radnici) ili oni koji ne sudjeluju u tržišnoj utakmici nudeći dobra i usluge (npr. javna tijela kad to ne čine).

U predmetu *United Brands*, naravno, nije moglo biti sumnje u to da je riječ o poduzetniku budući da su i UBC i UCBV trgovačka društva. Sukladno doktrini o jedinstvenoj ekonomskoj cjelini, ta se dva društva, u svjetlu njihove suštinske gospodarske povezanosti (UBC je osnivač i jedini član UCBV-a, u osnovi UCBV predstavlja UBC na značajnom dijelu tadašnjeg zapadnoeuropskog tržišta), sasvim logično mogu smatrati jednim poduzetnikom u ovom konkretnom predmetu. Zanimljivo je pitanje položaja poduzetnika grupacije Scipio. Riječ je o poduzetniku koji se bavi djelatnosti dozrijevanja banana. Grupacija Scipio kupuje gotove sve svoje banane od UBC-a izravno u Latinskoj Americi, koordinira svoju cjenovnu politiku s UBC-om te se dosljedno držala dogovora kako neće preprodavati banane dok su još nedozrele (zelene). Stoga je Sud zaključio kako grupacija Scipio nije u tržišnom natjecanju s UBC-om.

5. DRUGI KORAK: MJERODAVNO TRŽIŠTE

Kod svake primjene europskih pravila o zaštiti tržišnog natjecanja u užem smislu potrebno je utvrditi mjerodavno tržište. Logično, prije analize o tome nalazi li se poduzetnik u vladajućem položaju na tržištu, potrebno je utvrditi koje je točno tržište mjerodavno. Također, utvrđivanje mjerodavnog tržišta predstavlja bitnu, ali ne i jedinu sastavnicu u određivanju tržišne snage poduzetnika. Prilikom

⁹ Predmet *Commission of the European Communities v Italian Republic*, 118/85, EU:C:1987:283

¹⁰ Predmet *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*, C-41/90, EU:C:1991:161, t. 21. presude

utvrđivanja mjerodavnog tržišta, kao i drugdje u pravu tržišnog natjecanja, često se primjenjuju izvori mekog prava,¹¹ usvojeni od Komisije kao vodilja za praksu; danas se to odnosi prvenstveno na Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta.¹²

Mjerodavno tržište utvrđuje se u proizvodnom, zemljopisnom i često vremenskom smislu.¹³ Prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta, temeljna je kategorija zamjenjivosti potražnje, odnosno, rjeđe, zamjenjivosti ponude.¹⁴ U analizi zamjenjivosti treba uzeti u obzir i križnu elastičnost ponude i potražnje. U suštini se primjena kategorije zamjenjivosti potražnje/ponude svodi na potragu za tržišnim supstitutima odnosno na odgovor na pitanje pod kojim bi uvjetima potrošači/korisnici zamijenili jedan proizvod za drugi sličan njemu (školski primjer: margarin za maslac). Osnovni način da se ekonometrijski odgovori na to pitanje jest, naravno, analiza utjecaja povećanja cijena promatranog proizvoda (ili usluge). Sa stajališta prava tržišnog natjecanja to je bitno jer se upravo na osnovi takve analize mogu utvrditi granice mjerodavnog tržišta u svim njegovim aspektima.

Temeljna analitička tehnika u utvrđivanju mjerodavnog tržišta, inače prvi put upotrijebljena u pravu tržišnog natjecanja SAD-a, naziva se SSNIP-testom. SSNIP-test je akronim engleskog naziva (*small but significant and non-transitory increase in price*) koji bi mogli prevesti kao test hipotetički malog ali trajnog povećanja cijena mjerodavnog proizvoda.¹⁵ Kriterij za primjenu SSNIP-testa jest raspon hipotetičkog povećanja cijena promatranog proizvoda od 5 do 10 %. U osnovi traži se odgovor na pitanje može li se u slučaju povećanja cijena za 5 do 10 % razumno predvidjeti da će potrošači/korisnici radije prihvatiti srodan proizvod drugog poduzetnika (konkurenta). Ukoliko je odgovor pozitivan prema kriteriju SSNIP-testa, onda je taj srodan proizvod tržišni supstitut i mjerodavno tržište obuhvaća oba proizvoda. Ukoliko je odgovor negativan, taj proizvod nije

¹¹ O ulozi mekog prava vidi više u Vuletić, D., „Pravni aspekti Lisabonske strategije i budući izazovi – razrada s motrišta pravne prirode mekog prava (soft law)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 61 (3), 2011. god., str. 1011-1036.

¹² Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe provedbe prava tržišnog natjecanja Zajednice (tekst značajan za EGP), ŠL [1997.] C372/5.

¹³ Vidi primjerice Horak, H., Pecotić Kaufman, J., „Definition of the Relevant Market in the U.S. and E.C. Competition Law: Necessary Guidance for Croatian Competition Practice“ u *Theory and Practice of Transition and Accession to the EU – Selected papers of IVth International Conference: Economic System of the EU and Accession of the Republic of Croatia, 2003.*, str. 701.

¹⁴ U Obavijesti Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta (op. cit. u bilj. 12) prenose se definicije mjerodavnog tržišta iz sekundarnopravnih izvora koji uređuju koncentracije (točka 8. Obavijesti):

„Mjerodavno tržište u proizvodnom smislu obuhvaća sve one proizvode ili usluge koje potrošač smatra zamjenjivim ili nadomjestivim zbog karakteristika proizvoda, njihove cijene i načina uporabe.“

„Mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu obuhvaća područje na kojemu su dotični poduzetnici uključeni 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.“

¹⁵ Prijevod prema Butorac Malnar, V., Pecotić Kaufman, J., Petrović, S., *Pravo tržišnog natjecanja*; Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013. god.

tržišni supstitut i ne ulazi u mjerodavno tržište. Opisano čini tehniku definiranja mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu. Naravno, poduzetnicima je u interesu da se mjerodavno tržište definira što šire jer, među ostalim, tako smanjuju izvjesnost da će se naći u vladajućem položaju što za sobom nosi posebnu razinu pravne odgovornosti u odnosu na njihove konkurente. Posebni problem su lanci zamjenjivosti gdje se može dogoditi da u definiciju mjerodavnog tržišta uđu proizvodi koji nisu međusobni supstituti. Naravno, da bi se to izbjeglo, potrebno je analizirati križnu elastičnost ponude, odnosno međusobni utjecaj promjena u cijenama, proizvoda sa krajeva lanca zamjenjivosti.

Mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu također se može odrediti putem SSNIP-testa. U zemljopisnom smislu analiziraju se granice zemljopisnog područja u kojima hipotetsko povećanje cijene u rasponu od 5 do 10 % neće prouzročiti okretanje potrošača/korisnika drugim poduzetnicima koji nude svoja dobra ili usluge izvan tog, zemljopisno utvrđenog, prostora. Naravno, kod utvrđivanja mjerodavnog tržišta u zemljopisnom smislu, analiza transportnih troškova s kojim se suočavaju potrošači/korisnici bitna je sastavnica.

Mjerodavno tržište u vremenskom smislu, unatoč tome što kriteriji nisu određeni u Obavijesti Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta, često se određuje u praksi. Ovdje SSNIP-test najčešće nije praktički primjenjiv, već analiza tržišta u vremenskom smislu služi kao korektiv za utvrđivanje tržišta u proizvodnom i zemljopisnom smislu s obzirom na to da je uvijek potrebno neko određeno vrijeme za reakciju na povećanje cijena (tržište samo predstavlja, kako je nobelovac Hayek opisao, informacijski signalni mehanizam, međutim niti jedan informacijski mehanizam, koliko god brz bio, ne može djelovati trenutno). Naravno, tržište se utvrđuje u vremenskom smislu i s obzirom na jednostavno trajanje suspektne aktivnosti.

U predmetu *United Brands* Komisija je utvrdila mjerodavno tržište u proizvodnom smislu kao tržište banana. Takvo mjerodavno tržište u proizvodnom smislu, prema Komisiji, obuhvaćalo je i banane žigom zaštićene trgovačke marke Chiquita, ali i sve druge banane. *United Brands* se nije složio s takvim zaključkom i tvrdio je kako su banane zamjenjive s drugim sezonskim svježim voćem, poput primjerice jabuka, naranči, grožđa, bresaka itd. Stoga bi, prema njihovom shvaćanju, mjerodavno tržište u proizvodnom smislu trebalo biti definirano šire od samo banana. U prilog toj tvrdnji, UBC se pozivao na podatke iz studija Svjetske organizacije za hranu (FAO) iz 1969., 1973. i 1975. godine koje je Komisija prethodno upotrijebila u obrazloženju svoje odluke. Navedene studije ukazuju da postoji statistički značajna veza između cijena banana i cijena jabuka tijekom ljetnih mjeseci na njemačkom (tada zapadnonjemačkom) tržištu. Također, prema tim studijama, postoji blagi utjecaj na pad cijena banana tijekom vrhunca sezone nekih drugih vrsta voća. Komisija u odgovoru na te argumente UBC-a ističe da banane, s obzirom na to da se proizvode tijekom cijele godine u tropskim krajevima (u slučaju UBC-a u zemljama Latinske Amerike), nisu sezonsko voće. Banane zbog svojih prirodnih obilježja predstavljaju konstantnu prehrambenu potrebu za

velik dio ukupnog stanovništva i njihova potrošnja ne ovisi o sezoni. Stoga je stupanj zamjenjivosti banana drugim svježim voćem iznimno malen. Praktički i ne postoji proizvod koji nema supstituta, međutim pitanje je mjere zamjenjivosti koja kod banana nije značajna. Nadalje, križna cjenovna elastičnost utvrđena je samo u određenim mjesecima na tržištu jedne države članice. Za opći zaključak o značajnoj zamjenjivosti bilo bi potrebno dokazati zamjenjivost banana s drugim svježim voćem tijekom cijele godine. Stoga je Sud u presudi potvrdio definiciju mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu kao tržišta banana.

U predmetu *United Brands* tržište je u zemljopisnom smislu Komisija definirala kao područja koja obuhvaćaju teritorije sljedećih država članica: SR Njemačke, Danske, Irske i država Beneluksa. Teritoriji drugih tadašnjih država članica isključeni su zbog specifičnih razloga za svaku od tih država članica. U Francuskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu tada su još uvijek bile na snazi povlastice za banane proizvedene iz država koje su imale posebne odnose s tim državama (bivše afričke kolonije s Francuskom i države članice Commonwealtha s UK-om) pa stoga postoji dovoljno osnova za tvrdnju da je riječ o zemljopisno zasebnim tržištima. Talijansko tržište je isključeno jer je Italija tad imala na snazi uvozne kvote za banane koje dolaze iz trećih država (država koje nisu članice).

UBC se nije složilo niti s definicijom tržišta u zemljopisnom smislu. Pozivajući se na općeprihvaćeno shvaćanje o tome da zemljopisno tržište mora biti dovoljno homogeno odnosno ujednačeno da bi se razlikovalo od drugih prostorno odvojenih tržišta, tvrdio je da države članice uključene u Komisijinu definiciju tržišta u zemljopisnom smislu ne zadovoljavaju navedeni kriterij. U prilog tome, UBC je naveo da je u Njemačkoj potrošnja banana *per capita* 2,5 puta veća nego u Irskoj. Važan argument UBC-a jest dakako da u to vrijeme carinska tarifa u nekim državama članicama uključenima u definiciju tržišta u zemljopisnom smislu nije bila još ujednačena (primjerice u Irskoj i Danskoj koje su stupile u punopravno članstvo 1973. god. vrijedila je prijelazna tarifa a ne Zajednička carinska tarifa). Nadalje, u svjetlu okolnosti da UBC sve banane na mjerodavnom tržištu uvozi putem luka u Rotterdamu i Bremerhavenu te da se sve uvezene banane skladištene putem UCBV-a u Rotterdamu, transportni troškovi variraju između država članica (najmanji su za nizozemsko tržište).

Sud nije prihvatio argumente UBC-a o tome da je Komisija pogrešno definirala mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu. Unatoč različitosti u primjenjivoj carinskoj tarifi i različitim transportnim troškovima, Sud smatra da su uvjeti za tržišno natjecanje u trgovini bananama slični, ali, dakako, ne i potpuno jednaki. Šest predmetnih država članica, prema shvaćanju Suda, čini dovoljno homogeno zemljopisno područje. Glede transportnih troškova, koji su očito različiti, Sud je primijetio da je to posljedica distribucijske politike UBC-a koji u svih šest država članica uključenih u mjerodavno tržište banane uvozi putem jednog jedinstvenog centra u Rotterdamu. Takva poslovna politika upućuje da zapravo i UBC shvaća teritorije tih šest država članica kao jedinstvenu cjelinu za trgovinu bananama. Sud u presudi nije posebno utvrđivao tržište u vremenskom smislu. Vidjeli smo

iz dosadašnje razrade oko utvrđivanja mjerodavnog tržišta u predmetu *United Brands* da se Sud upušta u suštinsku ekonomsku argumentaciju samo u onim segmentima u kojima sam poduzetnik koristi suštinsku ekonomsku argumentaciju kako bi osporio odluku Komisije.

6. TREĆI KORAK: VLADAJUĆI POLOŽAJ

Nakon što je utvrđeno mjerodavno tržište, sljedeći logičan korak u primjeni čl. 102. jest odgovor na pitanje nalazi li se poduzetnik u vladajućem položaju. Upotrijebljeni analitički koraci (poduzetnik – mjerodavno tržište – vladajući položaj) u ovom radu upućuje na možebitni zaključak da se poduzetnik mora nalaziti u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu. Međutim, takav zaključak ne stoji. Primjerice, u predmetu *Tetra Pak*¹⁶ poduzetnik nije bio u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu već se nalazio u vladajućem položaju na vezanom tržištu. Dakle, postojanje vladajućeg položaja predstavlja pretpostavku primjene čl. 102, ali ne mora biti nužno riječ o vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu. Primarno pravo EU ne definira pojam vladajućeg položaja. Stoga je za definiranje vladajućeg položaja ključno pratiti sudsku i upravnu praksu.

Šoljan navodi da je Sud prvi put definirao pojam vladajućeg položaja u presudi u predmetu *Sirena v. Eda*¹⁷ iz 1971. god. kao „snaga [snagu] sprečavanja održavanja učinkovitog tržišnog natjecanja na značajnom dijelu mjerodavnog tržišta“.¹⁸ Međutim, najčešće se u literaturi¹⁹ navodi upravo definicija Suda iz presude u predmetu *United Brands* prema kojoj je riječ o položaju: „gospodarske moći koju uživa poduzetnik koja mu omogućava da spriječi održavanje učinkovitog tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, dajući mu snagu da se ponaša, u značajnoj mjeri, neovisno od njegovih konkurenata, njegovih kupaca te konačno od potrošača“.²⁰

Sposobnost isključivanja konkurenata već prisutnih na tržištu kao i sprečavanje ulaska novih ključno je obilježje vladajućeg položaja. Riječ je o temeljnim emanacijama tržišne snage koju nužno mora imati poduzetnik koji se nalazi u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu. Također, poduzetnik u vladajućem položaju, kako je Sud interpretirao u presudi u predmetu *Hoffmann-La Roche*,²¹ mora se moći nametnuti kao neizbježni trgovački partner. Kad je riječ o cjenovnoj

¹⁶ Predmet *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, C-333/94, EU:C:1996:436.

¹⁷ Predmet *Sirena Srl v Eda Srl and others*, 40/70, EU:C:1971:18.

¹⁸ Šoljan, V., *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*; Ibis grafika, 2004., str. 157; prijevod točke 16. presude.

¹⁹ Primjerice Whis, R., Bailey, D., *Competition Law (7th ed.)*, Oxford University Press, 2012.; Bishop, S., Walker, M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Sweet & Maxwell, 2002.; Butorac Malnar et al, op. cit u bilj. 15; Šoljan, op. cit. u bilj. 18.

²⁰ Šoljan, op. cit. u bilj. 18, str. 156, prijevod točke 65. Presude.

²¹ Predmet *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, 85/76, EU:C:1979:36, točka 41. presude.

politici, vladajući poduzetnik u svakom slučaju mora biti potencijalno sposoban održavati cijene iznad marginalnog troška, ali to ne znači da nužno mora poslovati s dobitkom. Općenito, da bi poduzetnik bio u vladajućem položaju, mora imati visok stupanj neovisnosti u odnosu na tržišna kretanja.²² S obzirom na konstantnost tržišnih fluktuacija u slobodnom tržišnom gospodarstvu, relevantni vladajući položaj mora se ostvarivati kroz neko duže vremensko razdoblje, minimalno kroz tri godine. Najčešće se za analitičke potrebe uzima razdoblje od pet godina.

Značajna tržišna snaga (eng. *market power*) ili značajna gospodarska snaga (eng. *economic strength*), dakle, temeljno je obilježje vladajućeg položaja poduzetnika. Kako se ta tržišna snaga utvrđuje? Naravno, najčešća i temeljna metoda iz koje je moguće izvesti zaključke o tržišnoj snazi poduzetnika jest analiza strukture mjerodavnog tržišta i tržišnih udjela. Logika je jednostavna: što je viši udio poduzetnika u strukturi mjerodavnog tržišta, to je veća vjerojatnost postojanja vladajućeg položaja. Međutim, analiza tržišnih udjela nije jedini način utvrđivanja tržišne snage. Kao što smo vidjeli, postojanje značajnijih prepreka za ulazak na mjerodavno tržište ili za rast na njemu može upućivati na postojanje vladajućeg položaja. Pritom je korelacija s tržišnim udjelima negativna: što su veće prepreke za ulazak na tržište, to je potreban manji tržišni udio poduzetnika da bi došli do zaključka o postojanju vladajućeg položaja. Stupanj vertikalne integriranosti poduzetnika također je čimbenik analize. Pritom vertikalna integriranost poduzetnika djeluje slično na analizu vladajućeg položaja kao i visina prepreka za ulazak i razvoj na tržište. Postupanje poduzetnika već samo po sebi može biti indicija vladajućeg položaja (ponašanje neovisno o tržišnim kretanjima). Međutim, takva postupanja istodobno su i oblici zloupotrebe (neovisnost o tržišnim kretanjima očituje se, primjerice, u sposobnosti da se nametnu prekomjerno visoke cijene) pa stoga ulaze u sljedeći analitički korak.

Temeljem svega navedenoga možemo zaključiti da je za donošenje zaključka o postojanju vladajućeg položaja potrebno kumulativno uzeti u obzir različite čimbenike te da ne postoje apsolutni kriteriji. Međutim, kad je riječ o analizi tržišnih udjela, dosadašnja je praksa pokazala da određeni kvantitativni kriteriji značajno utječu na donošenje zaključka o postojanju vladajućeg položaja. Osnovni relativni kvantitativni kriterij su 30 % i 40 %. Tržišni udjeli ispod 30 % najčešće nisu dostatni za zaključak o vladajućem položaju. Udjeli iznad 30 % upućuju, kumulativno s drugim čimbenicima, na mogućnost potencijalnog vladajućeg položaja. Kad su udjeli poduzetnika iznad 50 %, vrlo vjerojatno je riječ o vladajućem poduzetniku, kad su između 40 % i 50 % te između 30 % i 40 % analizira se, u kombinaciji s drugim čimbenicima koji indiciraju značajnu tržišnu snagu, omjer udjela s prvim sljedećim konkurentima po veličini udjela. U rasponu između 30 % i 40 % trebao bi postojati visoki nesrazmjer između prva dva najveća udjela u kombinaciji s drugim čimbenicima (poput postojanja visokih prepreka za ulazak ili rast na tržištu) da bi mogli doći do zaključka o

²² Iz toga vidimo da nije riječ o oligopolu. Naime, po prirodi stvari, u oligopolnim tržišnim strukturama postoji visok stupanj međuzavisnosti među članovima oligopola.

postojanju vladajućeg položaja. U rasponu od 40 % do 50 % najviše se u analizi stavlja naglasak na druge čimbenike osim relativnog omjera između tržišnih udjela najvećih poduzetnika. Često se u literaturi²³ pa i praksi (gdje ga je prvi put upotrijebio nezavisni odvjetnik Fennelly) spominje da tržišni udjeli veći od 90 % upućuju na postojanje tzv. supervladajućeg položaja (eng. *super dominance*) odnosno pozicije posebno pojačane pravne odgovornosti za tržišnu utakmicu. Naravno, u takvim situacijama, koje su vrlo bliske monopolu, možemo nesumnjivo zaključiti da postoji predmnjeva postojanja vladajućeg položaja.

U predmetu *United Brands* Komisija je prilikom utvrđivanja vladajućeg položaja uzela u obzir udjele na mjerodavnom tržištu, raznolikosti izvora ponude, homogenu prirodu proizvoda (banana), organizaciju proizvodnje i transporta, učinak marketinških kampanja, stupanj diverzificiranosti poslovanja te vertikalnu integriranost poduzetnika. UBC je nesporno poduzetnik s visokim stupnjem vertikalne integriranosti jer njegov poslovni proces uključuje sve djelatnosti od plantaža banana (proizvodnje i otkupa) preko lokalnog i prekomorskog transporta do skladištenja pa čak i kontrole dozrijevanja i mreže veletrgovaca bananama na mjerodavnom tržištu. Zbog djelovanja ekonomije obujma takav stupanj vertikalne integriranosti utječe i na manje jedinične troškove te ujedno povećava visinu prepreka za ulazak na tržište (financijskih i logističkih). Dominacija UBC-a vidljiva je i iz okolnosti da je prvi poduzetnik u svijetu koji je uveo zaštićenu trgovačku marku banana (Chiquita). Komisija je procijenila da je udio UBC-a na mjerodavnom tržištu 45 %. Što se tiče omjera prema najvećim konkurentima na svim nacionalnim tržištima, osim u Irskoj gdje poslovanje obavlja putem grupacije Scipio, UBC prodaje gotovo dvostruko više banana od prvog sljedećeg konkurenta. Također, Komisija je u svojoj analizi istakla da najbliži konkurenti UBC-a na nacionalnim tržištima, poput primjerice poduzetnika Castle and Coke i Villemann et Tas, nisu uspjeli, unatoč izuzetno jakim marketinškim kampanjama, povećati svoje udjele (čak niti na vrhuncu kampanja).

UBC je tvrdio kako se – zbog okolnosti da je u razdoblju između 1971. i 1976. god. ostvarivao gubitak ili smanjenu zaradu u poslovanju na mjerodavnom tržištu (što je i dokazano) – ne može nalaziti u vladajućem položaju. UBC smatra da je svrha postojanja vladajućeg položaja nametanje cijena na tržištu, a kako u predmetnom razdoblju bilježi umanjenu dobit, slijedi zaključak da nije mogao biti u vladajućem položaju. Nadalje, UBC je tvrdio (pozivajući se na podatke za 1975. god.) da je njegov udio na mjerodavnom tržištu 41 %, a ne 45 % kako je Komisija utvrdila.

Sud je interpretirao da se tržišna snaga poduzetnika ne mjeri stupnjem profitabilnosti. Štoviše, u konkretnom slučaju, unatoč smanjenoj dobiti, UBC je i dalje prodavao gotovo dvostruko više banana u odnosu na najbliže konkurente na nacionalnim tržištima. Također, Sud je utvrdio da je udio UBC-a na mjerodavnom tržištu stabilan u promatranom razdoblju, da nije pao nikad ispod 40 % te da se

²³ Van Bael, I., Bellis, Jean-François (ur.), *Competition Law of the European Community* (5th ed.); Kluwer Law International, 2010. god.

kreće u rasponu između 40 i 45 %. Stoga je Sud, uzimajući kumulativno u obzir sve čimbenike, potvrdio zaključak da se UBC nalazi u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu.

Vidjeli smo na konkretnom primjeru da se i kod odlučivanja o tome postoji li vladajući položaj, Sud upušta u suštinsku ekonomsku argumentaciju samo kad sam poduzetnik koristi suštinsku ekonomsku argumentaciju kako bi osporio odluku (ovdje je bila riječ o utjecaju smanjene dobiti ili gubitka na zaključak o postojanju vladajućeg položaja).

7. ČETVRTI KORAK: ZLOUPOTREBA

7.1. Općenito

Vladajući položaj sam po sebi nije zabranjen. Štoviše, on je vrlo često nužna posljedica slobodne tržišne utakmice (uspješniji poduzetnici će s vremenom postati dominantniji). Ono što je zabranjeno jest zloropotreba tog vladajućeg položaja. Poduzetnik koji se nalazi u vladajućem položaju ima posebnu, povećanu pravnu odgovornost za odvijanje tržišne utakmice na mjerodavnom tržištu. Popis zloropotreba vladajućeg položaja naveden u primarnom pravu, u drugom stavku čl. 102 (neposredno ili posrednog nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uvjeta; ograničivanja proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača; primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju; uvjetovanje sklapanja ugovora preuzimanjem dodatnih obveza od strane drugih stranaka koje, po svojoj naravi ili prema trgovačkoj praksi, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora), primjerovne je prirode. Dakle, pojavni oblici zloropotreba mogu biti prilično različiti i nisu svi taksativno određeni. Komisija zloropotrebe dijeli na isključujuće i iskorištavajuće. Pritom isključujuća postupanja (ona koja ciljaju potpunom ili djelomičnom isključenju konkurenata), naravno, predstavljaju veću opasnost za tržišno natjecanje pa je razina regulatorne aktivnosti tradicionalno viša. Ovdje je također, uz praćenje razvoja sudske i upravne prakse, važna vodilja mekog prava koje usvaja Komisija, često unificirajući postojeću praksu i zauzimajući određena suštinska ekonomska stajališta. Primjerice u novim Smjernicama o isključujućim postupanjima iz 2009. god očituje se tzv. više ekonomski pristup (eng. *more economic approach*) kod ocjene zloropotreba poduzetnika u vladajućem položaju.

Kao što smo ranije vidjeli, poduzetnik ne mora biti u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu već je dovoljno da bude u vladajućem položaju na nekom od tržišta. Međutim, naravno, u takvim situacijama se ocjenjuje uzročno-posljedična veza odnosno utjecaj postojanja vladajućeg položaja na drugom tržištu i zloropotreba na mjerodavnom tržištu. Važno je istaknuti da poduzetnici mogu, posebice kod pojedinih oblika zloropotreba, koristiti objektivna opravdanja za svoja postupanja. Da bi se objektivno opravdanje prihvatilo, zloropotreba mora biti

proporcionalno odnosno mora biti prikladno za realizaciju opravdanja, pozitivni učinci takvog postupanja moraju biti veći od negativnih (vidimo da je riječ zapravo o specifičnom testu koristi i troškova) i takvo postupanje nikako ne smije imati za posljedicu isključivanja tržišne utakmice.

U predmetu *United Brands* Komisija je detektirala sljedeće oblike zloupotreba: diskriminaciju u cijenama, nametanje nepravednih trgovinskih uvjeta, prekomjerno visoke cijene i odbijanje poslovanja.

7.2. Diskriminacija u cijenama

Diskriminacija u cijenama je ono što primarno pravo kvalificira kao primjenu nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju (točka c članka 102. UFEU-a). Diskriminacija u cijenama očituje se na različite načine, ali najčešće kroz politiku različitih popusta i rabata, selektivnog snižavanja cijena i podjele tržišta. Dakako, neće svaki popust poduzetnika u vladajućem položaju biti *per se* zabranjen. Dapače, poslovna politika popusta neizostavan je dio slobodnog tržišnog natjecanja. Neki popusti (poput primjerice popusta na vjernost) po svojoj su prirodi rizičniji za tržišno natjecanje od drugih (poput primjerice količinskih popusta). Osnovni kriterij za primjenu diskriminacije u cijenama kao pojavnog oblika zloupotrebe vladajućeg položaja jest da se primjenjuje na ekvivalentne transakcije te da se diskriminiranu stranu stavlja u nepovoljniji položaj na tržištu. U praksi se pokazalo da se diskriminacija ne mora nužno ostvariti već da je dovoljno da cjenovna politika poduzetnika u vladajućem položaju potencijalno upućuje na diskriminaciju. Diskriminacija može djelovati u dva pravca: u sekundarnom pravcu prema kupcima te u primarnom pravcu prema samim konkurentima.²⁴ Diskriminacije u cijenama načelno mogu biti i iskorištavajuće i isključujuće prirode.

U predmetu *United Brands* Komisija je utvrdila da je UBC bez objektivnog opravdanja naplaćivao značajno različite cijene za svoje banane Chiquita u svim državama članicama obuhvaćenima mjerodavnim tržištem. Iz analize je vidljivo da su najviše tjedne razlike u cijenama u pet država članica, isključujući Irsku, u razdoblju između 1971. i 1974. god. iznosile i 54 % (kretale su se u rasponu od 12 do 54 %). Nadalje, prosječna cijena koju potrošač u Belgiji plaća za banane Chiquita bila je 80 % viša nego u Irskoj. Najviša zabilježena razlika jest ona između naplaćene cijene u Irskoj i Danskoj koja je u jednom trenutku bila 138 % (!). Dakle, danski potrošač je mogao platiti i 1,38 puta višu cijenu od irskog za isti proizvod.

UBC ističe da su razlike u cijenama determinirane objektivnim čimbenicima te da se stoga nemaju smatrati diskriminatornima. Nadalje, ističe da su se u 1975. god. razlike u cijenama prema nacionalnim tržištima značajno smanjile te da su iznosile prosječno samo 5 %. Odluku o cijenama donosi uprava UCBV-a

²⁴ Ibid., str. 811.

u Rotterdamu, uzimajući u obzir najrazličitije čimbenike i konzultirajući se s lokalnim predstavnicima. Razlike u cijenama, prema UBC-u, posljedica su tržišnih fluktuacija na koje utječu primjerice vremenske razlike, različitost u dostupnosti konkurentnog voća, državni praznici, štrajkovi, valutne razlike itd. UBC smatra da se odlukom Komisije zapravo od njega *de facto* traži uspostavljanje jedinstvenog tržišta banana što, naravno, ne može biti odgovornost jednog poduzetnika, pa čak i kada se nalazi u vladajućem položaju.

Sud je u presudi argumentirao da se objektivni čimbenici koji utječu na postojanje razlike u cijenama, poput transportnih troškova, poreza i carina, troškova radne snage, valutnih razlika i tržišnih uvjeta, moraju uzeti u obzir. Međutim, nedvojbeno proizlazi da UBC prodaje uvijek isti proizvod svojim dozrijevačima/distributerima na istom mjestu. Stoga su velike promjene u cijenama posljedica okolnosti da je UBC nametnuo svojim dozrijevačima/distributerima prodajne cijene kao da su oni konačni potrošači a ne posrednici, čime se supstancijalno ograničava djelovanje zakona ponude i potražnje. Nadalje, nedvojbeno proizlazi iz predmeta da je UBC rigidno podijelio mjerodavno tržište na nacionalna tržišta, neovisno o objektivnim čimbenicima. Stoga je Sud zaključio da je UBC zloupotrijebio vladajući položaj diskriminacijom u cijenama.

7.3. Nametanje nepravednih trgovinskih uvjeta

Primarno pravo kao prvi primjer pojavnog oblika zlouporabe vladajućeg položaja navodi upravo neposredno ili posrednog nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uvjeta (točka a čl. 102 UFEU-a). Naravno, kod nametanja nepravednih trgovinskih uvjeta od strane poduzetnika koji se nalazi u vladajućem položaju riječ je uvijek o ekonomski neravnopravnom odnosu. Stoga i ovdje vladajući poduzetnik snosi povećanu pravnu odgovornost. Nametanje nepravednih trgovinskih uvjeta najčešće se očituje u samom pravnom poslu. Međutim, može se očitavati i u ponudi te u pregovorima koji prethode sklapanju posla. Šoljan smatra da bi se nametanje nepravednih trgovinskih uvjeta trebalo odnositi isključivo na trgovačke poslove,²⁵ s čim se nije teško složiti. Temeljni problem kod definiranja nametanja nepravednih trgovinskih uvjeta jest okolnost da sudska i upravna praksa zapravo nisu do sada producirale objektivni kriterij za ono što čini nepravedni trgovinski uvjet. Međutim to nije sprečavalo, kao što ćemo vidjeti i iz presude u predmetu *United Brands*, široku primjenu ovog zabranjenog oblika postupanja poduzetnika u vladajućem položaju. U svakom slučaju, trgovinski uvjeti se moraju ocjenjivati prvenstveno s motrišta njihova utjecaja na odvijanje tržišne utakmice.

U predmetu *United Brands* Komisija je konstatala da je UBC putem ugovorne klauzule u poslovima sa svojim dozrijevačima/distributerima na mjerodavnom tržištu, kojom se od njih zabranjuje da prodaju (preprodaju) isporučene banane dok su još zelene (nezrele), nametnuo nepravedni trgovinski uvjet te time značajno

²⁵ Šoljan, op. cit. u bilj. 18, str. 453.

porematio tržišnu utakmicu. Klausula je bila uključena u opće uvjete poslovanja na koje su se pojedinačni ugovori pozivali, osim na njemačkom tržištu gdje se podrazumijevala u poslovnoj praksi (očitovala se u pregovorima koji su prethodili sklapanju ugovora). Uvedena je već 1967. god. kad je prvi put počela prodaja banana pod markom Chiquita. Zabrana se primjenjivala beziznimno na cijelom mjerodavnom tržištu. Komisija je istakla primjer kad danski poduzetnik Olsen nije mogao nabaviti banane Chiquita nakon što mu je UBC odbio opskrbu. Takva praksa, dosljedno provedena na cijelom mjerodavnom tržištu, prema Komisiji, predstavlja sustav kojim poduzetnik u vladajućem položaju suštinski ograničava tržišno natjecanje te također predstavlja osnovu iz koje se svi drugi oblici zlouporabe izvode. UBC je inače, nakon što je Komisija pokrenula postupak, poslao dopis svim svojim dozrijevačima/distributerima u kojem objašnjava da predmetna klausula nema za cilj zabranu preprodaje zelenih banana.

UBC je istaknuo da je jedina svrha ovakvog postupanja s njegove strane bila zaštita svojih robnih marki na tržištu čime se ujedno, smatra, štite i interesi potrošača. UBC je tvrdio da svrha klauzule nikad nije bila zabrana izvoza zelenih banana. Nadalje, UBC ističe kako nikad nije namjeravao nametnuti sankciju ukoliko bi neki od dozrijevača/distributera preprodavao banane dok su još zelene. Smatra kako je poslovna funkcija dozrijevača/ distributera da dostavljaju zrele banane a ne preprodaju zelene. UBC smatra da je nalog Komisije za prestanak važenja predmetne ugovorne klauzule na mjerodavnom tržištu nerazuman i neopravdan.

Sud je u presudi interpretirao da, unatoč tvrdnji UBC-a kako nije imao namjeru nametnuti nikakve sankcije, osim u iznimnom slučaju danskog poduzetnika Olsena koji se upustio u agresivnu marketinšku kampanju protiv njega, postojanje takve odredbe u ugovorima predstavlja percipiranu prijetnju svim poslovnim partnerima. Sud je potvrdio da su uvjeti primjene predmetne zabrane preprodaje zelenih banana bili objektivni i nediskriminatorni na cijelom mjerodavnom tržištu. Međutim, njihov učinak je bez ikakve sumnje ograničavanje tržišne utakmice u području trgovine zelenim bananama između država članica. Stoga je Sud potvrdio da je UBC nametnuo nepravedne trgovinske uvjete i time zlouporabio vladajući položaj na mjerodavnom tržištu.

7.4. Prekomjerno visoke cijene

Upravo je u presudi u predmetu *United Brands* Sud dao definiciju prekomjerno visokih cijena: to su one cijene koje nisu u razumnom odnosu s ekonomskom vrijednošću proizvoda (ili usluge).²⁶ Prekomjerno visoke cijene, po prirodi stvari, bit će uvijek iskorištavajuće postupanje. Naime, one ne samo da ne mogu utjecati na isključivanje konkurencije već, štoviše, u uvjetima funkcionalne tržišne utakmice jačaju konkurenciju (kupci prelaze kod poduzetnika koji nude povoljnije cijene). Postojanje prekomjerno visokih cijena kao pojavnog oblika zloupotrebe

²⁶ Točka 250. presude.

vladajućeg položaja poduzetnika u ekonomskoj teoriji tržišnog natjecanja nije jednoznačno prihvaćeno. Prvo, sasvim je jasno, što je Sud i potvrdio u presudi u predmetu *United Brands*, da bismo utvrdili prekomjerno visoku cijenu moramo utvrditi iznos marže odnosno kolika je razlika između ukupnih troškova i prodajne cijene. Međutim postoje neke industrije kod kojih nije lako utvrditi iznos ukupnih troškova, recimo kod prijenosa prava intelektualnog vlasništva.²⁷ Ipak, fundamentalni prigovor kažnjavanju prekomjerno visokih cijena jest činjenica da takvo ponašanje, osim u slučaju postojanja monopola, mora biti kažnjeno od strane same tržišne utakmice odnosno djelovanja zakona ponude i potražnje. To je ujedno i razlog zašto se u državi koja je prva uvela u svijetu pravo tržišnog natjecanja, u SAD-u, prekomjerno visoke cijene ne smatraju oblikom zloupotrebe. U pravu tržišnog natjecanja EU prekomjerno visoke cijene se smatraju jednim od oblika zloupotrebe vladajućeg položaja, ali se rijetko primjenjuju u praksi.

U predmetu *United Brands* Komisija je konstatala da je poduzetnik u vladajućem položaju nametnuo prekomjerno visoke cijene. Osnovni argument Komisije bila je okolnost da je razlika između naplaćenih cijena u Irskoj i drugim državama članicama (koje čine mjerodavno tržište) bila i do 100 %. Komisija je prihvatila, doduše, da postoji razlika u tržišnoj cijeni između Chiquita i ostalih banana, i to u rasponu između 20 i 40 %. Međutim, konstatala je da su cijene koje je naplaćivao UBC na mjerodavnom tržištu, s izuzetkom Irske, i dalje previsoke te da je potrebno njihovo smanjenje barem u prosječnom iznosu od 15 %.

UBC nije prihvatio argument Komisije o prekomjerno visokim cijenama, tvrdeći da naplaćuje niske cijene, osobito s obzirom na visinu proizvodnih troškova. Smatra da je odluka Komisije arbitrarna jer ne uzima u obzir nužnu razliku u troškovima. Smatra da postoje opravdani razlozi za razliku u cijenama između Chiquita i ostalih banana, koja je u prosjeku u razdoblju između 1970. i 1974. godine 7,4 %. Nadalje, UBC smatra da je smanjenje cijena za 15 % neostvarivo.

Sud je, nakon što je definirao prekomjerno visoke cijene i detektirao temeljnu tehniku (određivanje profitne marže), ustvrdio kako je ekonomska teorija predložila više specifičnih kriterija utvrđivanja prekomjerno visokih cijena. Dakle, ovdje se Sud zapravo u argumentaciji izravno poziva na ekonomsku teoriju kao izvor odgovora na primjenu prekomjerno visokih cijena. Sud je uočio da je Komisija svoj argument o prekomjerno visokim cijenama temeljila isključivo na komparaciji između pojedinih nacionalnih tržišta a ne na troškovnoj analizi. U obrazloženju presude upućeno je kako je proizvodne troškove za banane moguće izračunati iz studije UN-ove Konferencije o trgovini i razvoju iz 1975. god. Stoga je Sud zaključio kako Komisija nije provela potrebnu troškovnu analizu u ovom segmentu te nije uspjela dokazati prekomjerno visoke cijene. Odluka Komisije je u dijelu u kojem utvrđuje postojanje prekomjerno visokih cijena poništena, a izrečena novčana kazna umanjena.

²⁷ Bishop i Walker, op. cit. u bilj. 19, str. 191.

7.5. Odbijanje poslovanja

Odbijanje poslovanja kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja nije naveden taksativno u primarnom pravu (nije opisan čl. 102) već se razvio kao zaseban oblik zlouporabe kroz sudsku i upravnu praksu. Naravno, svaki je poduzetnik načelno slobodan u izboru partnera s kojima će poslovati. Međutim, pod određenim pretpostavkama, poduzetnik u vladajućem položaju ne smije odbiti poslovanje. Odbijanje poslovanja može se očitovati u različitim pojavnim oblicima poput, naravno, odbijanja opskrbe proizvodima i uslugama, zatim odbijanja prijenosa prava intelektualnog vlasništva te uskraćivanja pristupa nužnim sredstvima koje je osobito relevantno u mrežnim industrijama. U većini slučajeva u kojima je utvrđeno odbijanje poslovanja kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja bilo je riječ o vertikalno integriranim poduzetnicima. Upravo tad se često pojavljuju situacije u kojima poduzetnik nije u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu nego na drugom, srodnom ili vezanom tržištu. Komisija je u Smjernicama o isključujućim postupanjima navela kriterije koji moraju biti kumulativno ispunjeni za donošenje zaključka o zlouporabi vladajućeg položaja odbijanjem poslovanja: proizvodi (ili usluge) moraju biti objektivno nužni za tržišnu utakmicu, mora postojati vjerojatnost narušavanja tržišne utakmice i nanošenja štete potrošačima uslijed odbijanja. Sudska i upravna praksa razvija posebne kriterije za pojedine oblike odbijanja poslovanja (koji su najdetaljnije razrađeni kod pristupa nužnim sredstvima). U svakom slučaju, zaključak o postojanju zlouporabe prouzročene odbijanjem poslovanja nikad ne bi mogao biti izveden ako bi negativni ekonomski učinci obvezne uspostave poslovanja po tržišnu utakmicu bili veći od samog odbijanja poslovanja, to je krajnja granica. Odbijanje poslovanja može se odnositi i na postojeće kupce i konkurentne, ali i na sklapanje pravnih poslova s novim kupcima i konkurentima.

Komisija je u predmetu *United Brands* okolnost da je UBC u razdoblju do 1973. do 1975. god. odbio opskrbu bananama danskom poduzetniku Olsenu, koji se bavi aktivnostima dozrijevanja/distribucije, interpretirala kao dokaz zlouporabe. Naime, UBC je prestao isporučivati Olsenu banane Chiquita nakon što je Olsen sudjelovao u marketinškoj kampanji jednog od konkurenata UBC-a. Upravo je Olsen bio jedan od poduzetnika koji su obavijestili Komisiju o suspektnoj zlouporabi vladajućeg položaja. Posljedica je to situacije u kojoj Olsen nije mogao, unatoč stalnim pokušajima, nigdje (ne samo na danskom tržištu) nabaviti banane marke Chiquita. Međutim, Olsen je 1975. god. sklopio sporazum o nastavku opskrbe s UBC-om. Komisija smatra da je odbijanje opskrbe prema Olsenu nemoguće opravdati objektivnim razlozima.

UBC je u odgovoru na tvrdnju o postojanju zlouporabe odbijanjem poslovanja tvrdio da vodi značajno liberalniju poslovnu politiku u odnosu na svoje konkurente. Naime, dopušta svojim dozrijevačima/distributerima prodaju banana konkurentnih proizvođača. UBC je tvrdio kako je prvotno Olsen tražio pravo na ekskluzivnu distribuciju banana Chiquita na danskom tržištu. Kad mu je to odbijeno, sklopio je ugovor o isključivoj distribuciji konkurentne marke

banana (banane Dole koje proizvodi poduzetnik Standard Fruit Company) te je sudjelovao u agresivnoj marketinškoj kampanji usmjerenoj protiv Chiquite. Stoga UBC smatra da je morao imati mogućnost obrane od takvih poteza svojih izravnih konkurenta te da odbijanje poslovanja s Olsenom nije štetilo tržišnoj utakmici. U prilog tome ističe podatak da je 1974. god. na danskom tržištu bilježen pad cijena banana Chiquita i do 40 %, kao izravna posljedica funkcionalne tržišne utakmice.

Sud je u obrazloženju presude ocjenjivao jesu li razlozi za odbijanje poslovanja bili nužni i proporcionalni zaštiti legitimnih trgovinskih interesa poduzetnika u vladajućem položaju. Sud, dakle, priznaje i poduzetnicima koji se nalaze u vladajućem položaju mogućnost poduzimanja odbijanja poslovanja sve dok je ono proporcionalno. Sud je primijetio da je UBC sigurno znao da će odbijanjem poslovanja s Olsenom drugi dozrijevači/distributeri biti odvraceni od sudjelovanja u marketinškoj kampanji konkurencije te da će, odvracajući učinak takvog poteza, imati značajan učinak na tržišnu utakmicu. Odbijanje poslovanja s Olsenom stoga je stvorilo ozbiljnu prepreku u tržišnoj utakmici srednjih i malih poduzetnika koji se bave dozrijevanjem i distribucijom banana. Sud nije prihvatio argument da je pad u cijenama banana 1974. god. posljedica neporemećene tržišne utakmice u ovom segmentu već je zaključio kako je riječ o posljedici tzv. rata bananama između UBC-a i njegovog konkurenta, poduzetnika Castle and Cook, na globalnoj razini. Temeljem svega navedenoga, Sud je potvrdio zaključak Komisije da je odbijanje poslovanja s Olsenom od strane UBC-a predstavljalo zlouporabu vladajućeg položaja.

Uočili smo da je i u dijelu presude koji se tiče odbijanja poslovanja Sud koristio suštinsku ekonomsku argumentaciju samo u obrazloženju prihvatljivosti argumenata poduzetnika koji se nalazi u vladajućem položaju.

8. PETI KORAK: UTJECAJ NA TRGOVINU IZMEĐU DRŽAVA ČLANICA

Zlouporaba vladajućeg položaja poduzetnika ulazi u doseg zabrane iz čl. 102 samo pod pretpostavkom da utječe na trgovinu između država članica EU. Riječ je o pravilu koje se inače može naći u primjeni svih pravnih pravila EU kojima se uspostavlja unutrašnje tržište: ne primjenjuju se na interne situacije. U pravu tržišnog natjecanja EU koncept trgovine između država članica treba se tumačiti ekstenzivno (riječ je o širokom konceptu). Stoga se trgovina u tom smislu odnosi na bilo kakvu ekonomsku aktivnost, a ne samo na prekogranični promet proizvoda i usluga. Učinak na trgovinu između država članica može biti stvaran ili potencijalan, neposredan ili posredan. Znači nije potrebno da u konkretnom slučaju postoji stvarni učinak na trgovinu između država članica nego je dovoljno da postoji potencijal, mogućnost učinka. U praksi takav potencijalni učinak na trgovinu između država članica mora biti objektivno vjerojatan i predvidiv. Postoji granica ekstenzivnog tumačenja koncepta učinka na trgovinu između država članica. Naime, unatoč tome što bi se iz teksta čl. 102 moglo zaključiti da

je dovoljan bilo kakav učinak na trgovinu između država članica, to nije slučaj. Učinak neposredan ili posredan, stvaran ili potencijalan mora biti značajan. Neznačajni učinak neće se uzeti u obzir. Riječ je o svojevrsnom *de minimis* ograničenju koncepta utjecaja na trgovinu između država članica. Zaključno, da bismo primijenili zabranu zlouporabe vladajućeg položaja poduzetnika u pravu EU potrebno je dokazati dovoljno objektivno vjerojatnim kako postoji neposredan ili posredan, stvaran ili potencijalan značajan učinak na trgovinu između država članica.

Učinak na trgovinu između država članica potrebno je učiniti vjerojatnim za svaki od oblika zlouporaba posebno. U presudi u predmetu *United Brands* teško da je moglo biti sumnje o tome postoji li stvaran i značajan učinak na trgovinu između država članica u svim oblicima zlouporaba u koje se vladajući poduzetnik upustio. Zabrana preprodaje zelenih (nezrelih) banana UBC-a prema svim svojim dozrijevačima/distributerima imala je stvaran učinak ograničenja izvoza i uvoza među državama članicama. To je najbolje vidljivo iz primjera u kojem je danski poduzetnik Olsen na cijelom mjerodavnom tržištu dvije godine neuspješno pokušavao dobiti nezrele banane marke Chiquita nakon što mu ih je UBC odbio isporučivati. Nadalje, sasvim je jasno da postoji i izvjestan potencijalni učinak takve zabrane na trgovinu između država članica.

9. UMJESTO ZAKLJUČKA: KRITERIJ PRIMJENE EKONOMSKE ANALIZE PRAVA U SUDSKIM ODLUKAMA

Presuda Europskog suda u predmetu *United Brands* predstavlja dobar heuristički primjer za detektiranje situacija u kojima se sudovi upuštaju u suštinsku ekonomsku argumentaciju, dakle ekonomsku analizu u pravu. U radu je demonstrirano, na primjeru obrazloženja presude u predmetu *United Brands*, da će se Sud upustiti u suštinsku ekonomsku argumentaciju samo kad poduzetnik koristi suštinsku ekonomsku argumentaciju kako bi osporio pobijanu odluku Komisije. Riječ je zapravo o specifičnoj emanaciji onog što se u procesnom pravu naziva raspravnim načelom. Možemo reći da je riječ o ekonomskoj varijaciji raspravnog načela u procesnom pravu.²⁸ Suzdržavanje od ekonomske argumentacije predstavljalo bi u takvim situacijama bijeg u čisti pravni formalizam. Pritom je važno istaknuti kako se ekonomska interpretacija ne bi trebala izjednačiti s utilitarizmom,²⁹ već je samo slučaj da ona vrlo često obuhvaća i opću utilitarističku argumentaciju. Sud ne primjenjuje ekonomsku analizu prava uvijek nego samo onda kad je među stranama u postupku sporna ekonomska interpretacija. U ostalim situacijama, kad ekonomska interpretacija nije osporavana, oslanja se samo na pravnu argumentaciju. Opisano bismo

²⁸ O raspravnom načelu u procesnom pravu vidi primjerice u domaćoj publicistici u: Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*; Narodne novine, 2004. god. ili u međunarodnoj u: Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure*; Cambridge University Press, 2000. god.

²⁹ Posner, R. A., *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, Journal of Legal Studies, 8(1), 1979. god., str. 103-140.

mogli nazvati općim kriterijem za primjenu ekonomske analize prava u primjeni europskih pravila za zaštitu tržišnog natjecanja.

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW IN THE UNITED BRANDS CASE AND CRITERIA FOR ITS APPLICATION IN THE EU COMPETITION LAW

The paper aims to detect a general criterion for application of economic analysis of law in the EU Competition Law. In that purpose historically important decision the European Court of Justice in the United Brands case is analysed. Judicial decision is elaborated within the framework of analytical steps that are usually applied in the EU competition law. Thus paper can also serve in didactical purposes. General criterion for the application of economic analysis of law detected by the paper is an emanation of the adversarial principle in the procedural law.

Key words: *competition law, economic analysis of law, abuse of dominance*