Mr Siniša Domazet
Univerzitet EDUCONS, Sremska Kamenica,
asistent

VEZANA TRGOVINA KAO OBLIK ZLOUPOTREBE DOMINANTNOG POLOŽAJA U PRAVU KONKURENCIJE EVROPSKE UNIJE*

SAŽETAK: O vezanoj trgovini možemo govoriti onda kada isporučilac (vezujućeg) proizvoda traži da kupac kupi drugi proizvod (vezani proizvod). Iako je u početku u pojedinim zakonodavstvima (na primer u SAD) vezana trgovina tretirana *a priori* nedopuštena sa stanovišta normi o zaštiti konkurencije, postepeno je „sazreo” stav da ona u mnogim situacijama predstavlja dopušteno poslovno ponašanje. Da bi vezana trgovina predstavljala zloupotrebu dominantnog položaja neophodno je da se ispuni više uslova. Pre svega, potrebno je da se u konkretnom slučaju radi o kompaniji koja ima dominantan položaj na relevantnom tržištu. Drugo, da bi se moglo govoriti o postojanju vezane trgovine, potrebno je da se radi o dva odvojena (nezavisna) proizvoda, pri čemu se mogu u praksi pojaviti određeni problemi prilikom procene da li se u konkretnom slučaju zaista radi o dva odvojena proizvoda ili ne. Treće, kao ključni element prilikom razmatranja vezane trgovine javlja se primoravanje (*coercion*). Na kraju, da bi vezana trgovina mogla predstavljati zloupotrebu, neophodno je da takva praksa dovodi ili može dovesti do izopačenja konkurencije na tržištu (vezanog) proizvoda, proizvoda čija je kupovina uslov za kupovinu drugog proizvoda (tied market). Bez obzira na brojne situacije koje mogu dovesti do zloupotrebe dominantnog položaja kroz vezanu trgovinu, praksa je pokazala da dominantne kompanije mogu izbeći odgovornost pozivajući se na to da je postojalo

* Rad je primljen: 05. 12. 2010. godine.

objektivno opravdanje za vezivanje ili ako vezivanje doprinosi povećanoj efikasnosti. Posebno će u budućnosti biti osetljivo pitanje tzv. „tehnološkog vezivanja” kada se uzme u obzir brz i dinamičan razvoj informacione tehnologije.

Ključne reči: pravo konkurencije, zloupotreba dominantnog položaja, vezana trgovina

UVOD

Imajući u vidu sve veću današnju liberalizaciju trgovine u međunarodnim odnosima, ukidanje trgovinskih i drugih barijera, povezivanje država u različite ekonomsko-političke grupacije, kao i druge činioce, čini se da pravo konkurencije sve više dobija na zamahu. Pritom, ne može se tvrditi da je glavni cilj prava konkurencije zaštita nacionalnih tržišta ili očuvanje trgovinskih tokova, već su konkurentna pravila prevashodno usmerena ka zaštiti interesa krajnjih potrošača kako bi se na taj način obezbedilo njihovo maksimalno blagostanje. Kao dokaz svojevrstne „renesanse” prava konkurencije možemo navesti činjenicu da je u većini zemalja sveta ono danas prisutno, sa manjim ili većim razlikama koje predstavljaju izraz specifičnosti pojedinačnih ekonomskih i političkih tokova u njima. Osim toga, ukoliko se bliže posmatra praksa zemalja članica EU ili nekih drugih država, primetiće se da je pravo konkurencije prisutno praktično u svim sektorima privrede, pri čemu treba posebno istaći one sektore koji su u nekim ranijim periodima predstavljali monopole kao što je sektor telekomunikacija, poštanskih usluga, energetski sektor, sektor transporta i slično. Jedan od glavnih uzročnika za postepeno uvođenje konkurencije u ovim oblastima predstavljala je liberalizacija tržišta, ali i preovlađujuće shvaćanje da se državni monopol u ovim sektorima pokazao prilično neefikasnim i ekonomski neisplativim.

Ukoliko izuzmemo ove uopštene navode i konstatacije, postavlja se pitanje zbog čega se tolika važnost pridaje pravu konkurencije? Odgovor leži u činjenici da postojanje konkurencije na tržištu nesumnjivo predstavlja nezaobilazan činilac njegovog opstanka i razvoja, segment bez koga je teško zamisliti normalno odvijanje ekonomskih aktivnosti.

Dakle, imajući u vidu da je konkurencija privrednih subjekata jedan od uslova za razvoj privrede jedne zemlje, uopšte ne čudi da je ona postala izuzetno važno pitanje za svakog zakonodavca, pitanje koje zahteva vrlo pažljivu analizu i adekvatna pravna rešenja. Pritom se ne misli na bilo kakvu konkurenciju, već na zdravu konkurenciju, jer samo zdrava konkurencija doprinosi sveopštem ekonomskom razvoju. Iz ugla potrošača, (zdrava) konkurencija „rađa”

bolji kvalitet proizvoda, širi asortiman ponude, povoljnije cene, viši standard usluge prilikom njegove kupovine u zavisnosti od vrste proizvoda i njegove namene itd. Jednom rečju, povoljnosti po potrošača na tržištu gde postoji (makar i minimalna) konkurencija svakako su veće nego na tržištu gde konkurencije nema, to jest tamo gde vladaju monopoli.

Kršenja pravila konkurencije su relativno česta, a sa logičkog stanovišta to i ne treba da čudi, jer svaki kapital (prirodno) teži uvećanju, svaka kompanija želi da maksimizira svoj profit, a to je utoliko teže ako je na tržištu suočena sa oštrom konkurencijom. Stoga će se ona truditi da svoje konkurente izbaci iz tržišne utakmice i tako ostvari gore pomenuti cilj. Ovo ne treba shvatiti u bukvalnom smislu. Legitimno je pravo svakog privrednog subjekta da nižim cenama, boljim kvalitetom proizvoda i usluga, efikasnijim korišćenjem resursa, ulaganjem u inovacije i razvoj i drugim sredstvima „odvuče” potrošače na svoju stranu i (tako) stekne veći stepen tržišne moći u odnosu na svoje konkurente. Sigurno je da neki od njih neće biti u stanju da izdrže surovu tržišnu utakmicu, što će dovesti do njihovog povlačenja sa relevantnog tržišta. Taj prazan prostor popuniće oni najjači (najkvalitetniji?) koji su u stanju da međusobno konkurišu jedni drugima.

Stoga borba na tržištu nije nešto što je zabranjeno privrednim subjektima. Naprotiv. Ona je sa stanovišta razvoja privrednih odnosa i interesa potrošača izuzetno poželjna, tako da zakonodavac svojim sistemskim rešenjima nastoji da je podstakne i neguje. No, ova tržišna utakmica ne sme se odvijati svim raspoloživim sredstvima i mehanizmima. Upotreba nekog sredstva može sa stanovišta interesa jednog preduzeća da bude korisna i plodonosna, ali ne i sa stanovišta opšteg društvenog interesa. Stoga je potpuna sloboda ponašanja preduzeća na tržištu *nedopustiva*, jer bi pasivnost zakonodavca (poželjnu) tržišnu utakmicu pretvorilo u njenu suprotnost.

Zbog toga je važno propisati pravila tržišne utakmice, to jest, stvoriti *adekvatan pravni okvir* u kojem će delovati njeni učesnici. Najkraće, treba jasno odvojiti one tržišne postupke, koji su sa stanovišta prava i opšteg društveno-ekonomskog interesa dozvoljeni, od onih koji to nisu. To ponekad može da predstavlja izvanredno težak problem, imajući u vidu sve složenije ekonomske procese u svetu kao i sve čvršće povezivanje privreda i ukрупnjavanje privrednih subjekata na tržištu. Koji su to tržišni postupci koji su dozvoljeni, može biti stvar dubokih ekonomskih promišljanja i analiza, a u velikom broju situacija nije na prvi pogled vidljivo da li neko ponašanje privrednog subjekta ima štetne efekte na konkurenciju i dobrobit potrošača. Posebno to može biti slučaj kada jedno ili više preduzeća na tržištu poseduju određeni stepen tržišne moći koji uveliko premašuje onaj od njegovih konkurenata. Da li sankcionisati takav položaj ili ne, opet je stvar konkretne analize. Na prvi pogled može izgledati da

je velika ekonomska snaga dotičnog preduzeća rezultat nedopuštenih tržišnih postupaka, ali isto tako ona može nastati kao posledica promišljene i dobro vođene poslovne politike datog privrednog subjekta, veće ekonomske efikasnosti, inovativnih napora, uspešnijeg marketinga u odnosu na konkurente i slično.

Primena pravila konkurencije i sprovođenje odgovarajuće politike u ovoj oblasti rezervisana je ne samo za nekolicinu organa EU od kojih treba pomenuti Evropsku komisiju, Sud pravde EU, Savet EU, Evropski parlament, nego i nacionalna tela za zaštitu konkurencije i sudove država članica. Pritom, centralna uloga pripada Evropskoj komisiji (u daljem tekstu: Komisija), na čije je odluke moguće uputiti žalbu Sudu pravde EU koji će se o spornim odlukama izjasniti na osnovu ovlašćenja sadržanih u Ugovoru o funkcionisanju EU (u daljem tekstu: UFEU), nastalom kao rezultat usvajanja sporazuma iz Lisabona¹.

U ovom radu će biti više reči o zloupotrebi dominantnog položaja, odnosno jednom njenom obliku: vezanoj trgovini. Pritom, pokušaćemo da bliže razjasnimo ovaj vid ponašanja privrednih subjekata, njegove pojavne oblike i određeni broj slučajeva iz prakse.

VEZANA TRGOVINA (TYING)

O vezanoj trgovini govori član 102(2)(d) UFEU, smatrajući zloupotrebom „činjenje zaključenja ugovora predmetom prihvatanja od drugih strana dodatnih obaveza koje, s obzirom na njihovu prirodu ili u skladu sa komercijalnim običajem, nemaju veze sa prirodom takvih ugovora” (prevod autora). Praksa vezane trgovine, dakle, predstavlja takav odnos gde (dominantna) kompanija vrši „pritisak” na kupce proizvoda na tržištu gde je ona dominantna

¹ Prema Sporazumu iz Lisabona, Ugovorom o funkcionisanju EU zamenjen je Ugovor o Evropskoj zajednici, a umesto dotadašnjeg Evropskog suda pravde, sada postoji Sud pravde EU. On obuhvata Sud pravde, Opšti sud (umesto ranijeg Suda prve instance) i specijalizovane sudove. U ovom radu ćemo koristiti izraz „Sud” kao zajednički imenitelj za Evropski sud pravde i Sud pravde EU. Treba napomenuti da je Lisabonski sporazum nastao kao rezultat neuspeha Ustava EU, za koji je bilo predviđeno da stupi na snagu 1. novembra 2006. godine. Naime, nakon što je potpisan Ugovor o Ustavu EU, usledile su ratifikacije u parlamentima država članica ili su održani referendum u zavisnosti od ustavnih rešenja svake članice ponaosob. Neuspesi referenduma u Francuskoj i Holandiji doveli su do blokade procesa ratifikacije Ustava Evrope, ali i do jačanja talasa evroskepticizma. Nakon toga usledio je „period razmišljanja” za vreme predsedavanja Austrije 2006, koji je bio karakterističan po neprekidnim i čestim konsultacijama unutar Unije sa ciljem ponovnog oživljavanja Ustava EU. To je kulminiralo usvajanjem Berlinske deklaracije početkom 2007. i održavanjem samita u junu iste godine, gde je postignut dogovor o formulisanju novog Ugovora o reformi Unije. To je dovelo do potpisivanja Lisabonskog ugovora o EU (o ovome vidi više u: Gasmi, G.: *Pravo i osnovi prava Evropske unije*, Beograd, 2010, str. 342–350; Vukadinović, R.: *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, 2010, str. 25–35.

da kupe taj proizvod zajedno sa drugim proizvodom na tržištu gde ona nema dominantan položaj. Naravno, ne može se unapred zabraniti kompanijama (pa ni onim dominantnim) da prodaju određene proizvode kupcima „u paketu”, ali je sasvim drugačije u situaciji kada je kupovina jednog proizvoda vezana za kupovinu drugog proizvoda. Takvi postupci se smatraju nedopuštenim sa stanovišta konkurentskih pravila, jer na taj način dolazi do negativnog uticaja na postojeću tržišnu strukturu, budući da konkurentski proizvođači nisu u prilici da prodaju vlastiti proizvod. Tipičan primer vezane trgovine predstavljala bi prodaja štampača kupcima uz uslov da isključivo od njega kupuju tonere, odnosno potrošni materijal (*consumables*). Jasno, na ovaj način su isključeni konkurentski proizvođači tonera sa relevantnog tržišta, što dovodi do izopačenja konkurencije i na kraju štete po potrošače.

Imajući u vidu ovakve karakteristike vezane trgovine, ne treba da čudi što je u pojedinim zakonodavstvima (na primer SAD) ovakva praksa u početku bila smatrana unapred kao nedopuštena. Međutim, vremenom se uvidelo da ovakva trgovačka praksa ne može biti tretirana tako strogo, naročito iz razloga što ona u mnogo čemu predstavlja sasvim legitimno ponašanje privrednih subjekata na tržištu². Tome u prilog govori činjenica da vezana trgovina može da donese mnogobrojne koristi i ekonomske uštede proizvođačima. Na primer, ukoliko određene komponente ili rezervne delove za vlastiti proizvod pojedini proizvođači proizvode na osnovu patentiranog pronalaska i uz primenu specijalnih tehnoloških postupaka, sasvim je logično da će proizvod koji sadrži pomenute komponente moći da funkcioniše na određeni način samo ukoliko se iskoriste delovi tog proizvođača. Dakle, u ovom slučaju vezana trgovina biće nešto što je sasvim opravdano u datom slučaju.

Ponekad je vezana trgovina korisna i zbog toga što se na taj način kupcima može prodati roba po nižim cenama, za razliku od situacije kada bi se delovi nekog proizvoda prodavali odvojeno (na primer, proizvođač fotokopir aparata koji takođe isporučuje tonere, papir ili rezervne delove kupcima u isto vreme nesumnjivo će umanjiti troškove, što će kao krajnji rezultat imati niže cene)³. Slično je i u situaciji kada neki proizvođač proizvodi konzole za video-igre koje su kompatibilne isključivo sa tom konzolom. Ukoliko bi potrošači kupovali veći broj datih konzola, tada bi programeri koji stvaraju softvere za

² Ovakav stav nastao je i pod uticajem različitih škola ekonomske misli, kao što je „Čikaška škola” (Chicago School). O stavu ove škole u odnosu na problem vezane trgovine vidi više u: Bowman, W., *Tying Arrangements and the Leverage Problem* 67 Yale Law Journal 19 1957–1958, str. 19–36; Ridyard, D., *Tying and Bundling—Cause of Complaint?* (2005) 26(6) ECLR 316; Turner, D., *The Validity of Tying Arrangements under the Antitrust Laws* (1958–1959) 72 Harvard Law Review 72, str. 50–75.

³ Whish, R., *Competition Law*, 2009, str. 681.

date video-igre kreirali još veći broj igrica kompatibilnih sa pomenutom konzolom, što bi za ishod imalo veći broj prodatih konzola i to po nižim cenama (*network effects*)⁴.

Dakle, vezana trgovina može da proizvede kako pozitivne, tako i negativne posledice po konkurenciju i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta EU, što će se svakako odraziti i na konačnu odluku institucija Unije u svakom pojedinačnom slučaju. U praksi su mogući različiti oblici vezane trgovine: 1) ugovorno vezivanje; 2) povlačenje ili zadržavanje garancija; 3) odbijanje isporuke; 4) tehničko-tehnološko vezivanje; 5) vezana trgovina u širem smislu⁵. U kom god obliku da se javi u praksi, vezana trgovina ne može *a priori* biti okarakterisana kao vid zloupotrebe dominantnog položaja, već se za to moraju steći određeni uslovi.

Pre svega, potrebno je da se radi o dominantnoj kompaniji, jer je samo ekonomski moćna i na tržištu dominantna kompanija u stanju da veže kupce za vlastiti proizvod, odnosno da učini da oni budu zavisni od njenog proizvoda. Ukoliko kupci ne zavise od date kompanije, oni će se snabdeti kod konkurenata i tako izbeći „vezivanje”.

Drugo, da bi se moglo govoriti o postojanju vezane trgovine, potrebno je da se radi o dva odvojena (nezavisna) proizvoda. U savremenim uslovima to pitanje posebno dobija na težini, jer se gotovo svaki proizvod može podeliti na više delova koji mogu predstavljati samostalne celine. Stoga je pitanje da li su dva proizvoda deo neke celine ili cirkulišu samostalno veoma važno. Tipičan primer za ovo je automobil. Prilikom prodaje automobila isporučuje se i rezervni točak. On može predstavljati zaseban proizvod, ali u ovoj situaciji se radi o samo jednom, pripadajućem delu automobila, pa stoga nema govora o dva različita proizvoda pa, samim tim, ni o postojanju vezane trgovine.

U pogledu određivanja da li se u datoj situaciji radi o dva zasebna proizvoda ili o jednom, odnosno da li se radi o vezanim proizvodima u smislu člana 102(2)(d) UFEU, sam član 102. daje određene instrukcije navodeći dva (alternativno postavljena) kriterijuma kada će se smatrati da su dva proizvoda vezana: prirodu proizvoda i trgovinski običaj. Iako će ovi kriterijumi biti primenjivi u većem broju slučajeva, problemi nastaju kada su u pitanju takozvane nove tehnologije (naročito informacione) gde se vrlo malo zna o prirodi sa-

⁴ *Ibidem*.

⁵ Pod vezanom trgovinom u širem smislu podrazumevamo takozvani „*bundling*”. Pod ovim pojmom se podrazumeva prodaja dva proizvoda zajedno, pri čemu pojedini autori razlikuju takozvani „čisti *bundling*” (*pure bundling*) i „mešoviti *bundling*” (*mix bundling*). Prvi oblik podrazumeva da se dva proizvoda nude na prodaju isključivo u „paketu”, ali ne i zasebno, dok drugi oblik podrazumeva kako prodaju „u paketu”, tako i zasebno. S druge strane, vezana trgovina predstavlja pravni koncept (o ovome vidi: Ahlborn, C., Bailey, D., Crossley, H., *An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper*, GCLC Research papers on Article 82 EC-July 2005, str. 167).

mih proizvoda, a istovremeno ne postoje neki trgovinski običaji u tom smislu. Sem toga, ovde može biti izuzetno važan vremenski kriterijum, jer se tokom vremena mogu promeniti okolnosti i do tada dva odvojena proizvoda smatrati jednim. Stoga se mora biti vrlo obazriv u ovakvim situacijama, kako se ne bi neopravdano gušio tehnološki razvoj.

Treće, kao ključni element prilikom razmatranja vezane trgovine javlja se primoravanje (*coercion*). Za ovaj element upotrebljava se i izraz „ograničavanje stvarnog izbora potrošača”⁶. Kao što je već pomenuto, dominantna kompanija ima legitimno pravo da prodaje dva (ili više) proizvoda zajedno, ali ukoliko ona primorava potrošače da kupuju dva proizvoda zajedno protiv njihove volje, onda takav čin predstavlja zloupotrebu⁷.

Primoravanje može biti izvedeno na različite načine. Najočigledniji način je onaj kada dominantna kompanija direktno uslovljava prodaju jednog proizvoda istovremenom kupovinom drugog. Takva „solucija” može biti prosto inkorporisana u ugovor dominantne kompanije sa kupcem (kao što je bilo u slučaju *Tetra Pak*) ili distributerom⁸. Međutim, ništa ne sprečava dominantnu kompaniju da isti rezultat postigne i vanugovornim putem, tačnije da dovede do *de facto* postojanja vezane trgovine, kao što je bilo u slučaju *Hilti*.

Primoravanje može biti ostvareno i putem različitih cenovnih podsticaja. Na primer, dominantna kompanija može dati veće podsticaje onim kupcima koji kupuju oba proizvoda od nje i obrnuto, može uskratiti iste onim kupcima koji pribavljaju date proizvode odvojeno (to jest, jedan pribavljaju kod konkurenata). Dakle, ovde se može uočiti izvesna sličnost sa zloupotrebom dominantnog položaja putem različitih sistema popusta. Pritom ti podsticaji moraju biti značajni kako bi odvratili potrošače da kupuju proizvode odvojeno, kod konkurenata. Isti rezultat se može postići i povlačenjem garancija za proizvod ukoliko potrošač ne kupuje rezervne delove ili potrošni materijal od dominantne kompanije⁹. Slični efekti se mogu postići i kada dominantna kompanija prodaje dva proizvoda zajedno, u „svežnju” (*bundle*) po vrlo povoljnoj ceni, tako da se kupcu više isplati da kupi „svežanj” proizvoda odjednom, nego da ih kupuje odvojeno¹⁰.

Četvrto, da bi vezana trgovina mogla predstavljati zloupotrebu, neophodno je da takva praksa dovodi ili može dovesti do izopačenja konkurencije na tržištu (vezanog) proizvoda, proizvoda čija je kupovina uslov za kupovinu dru-

⁶ Takva formulacija upotrebljena je, na primer, u slučaju *Tetra Pak II*, par. 137.

⁷ Vidi: Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 1999, str. 167.

⁸ Case *Windsurfing* [1983] OJ L229/1.

⁹ O tome vidi slučaj *Novo Nordisk*, *XXVIth Report on Competition Policy* (1996), str. 142–143.

¹⁰ Whish, R., *op. cit.*, str. 659.

gog proizvoda (*tied market*). Zaista, praksom vezane trgovine može doći do nanošenja štete konkurentima, budući da se relevantno tržište zatvara za njihove proizvode i tako dodatno ojačava položaj dominantne kompanije.

U svojoj praksi institucije Unije su se više puta srele sa problemom vezane trgovine, odnosno primenile su član 102(d) UFEU. Ovde će biti pomenuti neki slučajevi iz bogate prakse.

Tako, u slučaju *Hilti* Komisija je zauzela stav da se poslovna strategija pomenute kompanije sastojala u tome što je zahtevala da korisnici njenih kertridža za eksere (koji se koriste za pištolje za automatsko zakucavanje u građevinarstvu) pribavljaju istovremeno i eksere koje je ona proizvodila, iako je na tom polju postojala konkurencija. Komisija je utvrdila da je „Hilti” bio dominantan na sva tri tržišta i da pomenuto ponašanje, kao i odbijanje da održi garanciju ukoliko isti kupe eksere konkurentskih proizvođača predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Tadašnji Sud prve instance nije prihvatio stavove koje je po žalbi izneo „Hilti” da se u datom slučaju nije radilo o tri odvojena proizvoda (tržišta), ispravno smatrajući da i drugi proizvođači imaju legitimno pravo da proizvode potrošne materijale (eksere) sem ukoliko bi to značilo povredu prava intelektualne svojine. Isto tako, Sud prve instance nije prihvatio stav pomenute kompanije da je njeno ponašanje bilo objektivno opravdano iz razloga ispunjavanja bezbednosnih standarda, napominjući da nije stvar dominantne kompanije da odlučuje o tome da li neki proizvod zadovoljava pomenute standarde ili ne, već nadležnih državnih tela.

Sa praksom vezane trgovine Komisija se srela i u slučaju *Napier Brown / British Sugar*, gde je smatrala da je kompanija „British Sugar” izvršila zloupotrebu dominantnog položaja time što je isporuku šećera po fabričkoj ceni usloвила vlastitim vršenjem isporuke šećera, isključujući tako iz tržišne utakmice druge distributere šećera. Dalje, u slučaju *London European-Sabena*¹¹ Komisija je okarakterisala kao zloupotrebu dominantnog položaja pokušaj kompanije „Sabena” da uslovi pristup svom kompjuterskom sistemu rezervacija istovremenim korišćenjem njenih ground-handling usluga od strane kompanije „London European”.

Klasičan primer vezane trgovine predstavlja slučaj *Tetra Pak II*, gde je Komisija utvrdila da je „Tetra Pak” vezao kupovinu njegovih mašina za kartonsko pakovanje za kupovinu kartona od njega, istovremeno rezervišući za sebe usluge popravke, održavanja, kao i isporuku rezervnih delova za date mašine. Takođe, pomenuta kompanija je, kao i u slučaju *Hilti*, uskratila garancije za opremu ukoliko se kupci ne bi povinovali gore navedenim uslovima. Na ovaj način „Tetra Pak” je zloupotrebio dominantan položaj (koji je posedovao na tržištu aseptičnih mašina i kartona za pakovanje tečnih namirnica) u smislu

¹¹ Case *London European-Sabena* OJ [1988] L 317/47, [1989] 4 CMLR 662.

tadašnjeg člana 82(d) Ugovora o EZ. Odluku Komisije podržali su i tadašnji Sud prve instance i Evropski sud pravde. Tačka 39. odluke Suda je naročito interesantna, jer je Sud stao na stanovište da i u slučaju kada su „vezane prodaje dva proizvoda u saglasnosti sa komercijalnim običajem ili gde postoji prirodna veza između dva proizvoda u pitanju, takve prodaje još uvek mogu konstituisati zloupotrebu u smislu člana 82. osim ukoliko su objektivno opravdane”.

Pomenuti deo odluke Suda je veoma važan iz razloga što je ostavljena mogućnost da praksa vezane trgovine bude „objektivno opravdana” i da se tako izbegne sankcionisanje u smislu člana 102. UFEU. U odsustvu takvog „opravdanja” praksa pomenute kompanije je okarakterisana kao zloupotreba dominantnog položaja. Isto je bilo i u gore pomenutom slučaju *Hilti*, gde standardi bezbednosti nisu smatrani objektivno opravdanim razlogom za primenu prakse vezane trgovine. Slično je bilo i u slučajevima *Tetra Pak* i *Novo Nordisk*. Sve u svemu, pored pomenutog standarda bezbednosti, praksa je pokazala da objektivno opravdana vezana trgovina može biti korišćena u cilju poboljšanja efikasnosti, kvaliteta i slično¹². Ipak, postavlja se pitanje koliko takva odbrana može koristiti dominantnoj kompaniji, budući da će u mnogim situacijama biti teško dokazati objektivnu opravdanost ovakve prakse.

I u slučaju *De Post / La Poste*¹³ Komisija je osudila zloupotrebu dominantnog položaja koju je počinio belgijski poštanski operator, dajući povoljnije tarife za svoje usluge slanja pisama poštom potrošačima koji bi istovremeno koristili njegove takozvane business-to-business poštanske usluge. Slično je bilo i u slučaju *Centre Belge d'Etudes de Marché-Télémarketing v. CLT*¹⁴ gde je Sud utvrdio da je luksemburška radio-televizija zloupotrebila dominantan položaj time što je tražila da se oglašavači (*advertisers*) reklamiraju preko njenog menadžera ili od nje imenovane agencije, jer su time iz tržišne utakmice bile isključene konkurentne reklamne agencije, a potrošači lišeni prava izbora.

Poseban javni oblik vezane trgovine predstavlja takozvano *tehnološko vezivanje* (*technological tie-ins*, prevod autora). Ono postaje vrlo rasprostranjen oblik zloupotrebe dominantnog položaja putem vezane trgovine, a pospešeno je ubrzanim (praktično svakodnevnim) razvojem informacionih tehnologija. Komisija se u svojoj praksi prvi put susrela sa ovim oblikom vezane trgovine u slučaju *IBM*¹⁵, koji je imao dominantan položaj u pogledu isporuke „*central processing*

¹² O ovome vidi šire kod: Whish, R., *op.cit.*, str. 663; Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, str. 168–169; Korah, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 2007, str. 165–166.

¹³ *Case De Post/ La Poste* OJ [2002] L 61/32, [2002] 4 CMLR 1426.

¹⁴ *Case Centre Belge d'Etudes de Marché-Télémarketing v. CLT* 311/84 [1985] ECR 3261, [1986] 2 CMLR 558.

¹⁵ *The Community v International Business Machines Corporation*, EC Commission Notice of 1 August 1984, [1984] 3 C.M.L.R. 147.

unit” (u daljem tekstu: CPU) kao i njegovog operativnog sistema System/370. Problem je predstavljalo to što je „IBM” integrisao memorijske uređaje sa CPU i pratećim softverima i tako doveo konkurentne proizvođače u nepovoljan konkurentski položaj. Slučaj je rešen tako što je „IBM” bio obavezan da prodaje njegov System/370 bez memorijskih uređaja ili sa minimalnim kapacitetom.

Slučaj *Microsoft*¹⁶ takođe predstavlja primer tehnološkog vezivanja. U ovom slučaju Komisija je smatrala da je „Microsoft” zloupotrebio dominantan položaj tako što je isporučivao svoj operativni sistem Windows zajedno sa programom Windows Media Player (u daljem tekstu: WMP), čime je ugušio konkurenciju. Suština je bila u tome što je kupac, kada bi pokrenuo Windows, imao unapred instaliran WMP, čime je bilo onemogućeno drugim proizvođačima softvera da plasiraju svoj proizvod na relevantnom tržištu (na primer Real player, Gom player i slično). Prema mišljenju Komisije, ovakav postupak pomenute kompanije mogao bi dovesti do toga da bi konkurentski proizvođači mogli početi da se prilagođavaju u tehnološkom smislu WMP, čime bi on postao čak i poželjniji za potrošače.

Pored toga što je izrekla rekordnu kaznu u svojoj istoriji¹⁷ (u iznosu od 497.196.304 €), Komisija je naredila kompaniji „Microsoft” da ponudi potencijalnim kupcima izmenjenu verziju Windows-a bez unapred instaliranog WMP, čime bi im ostavila mogućnost izbora, što uključuje i mogućnost da kupe pomenuti program zajedno sa WMP (podsetimo, uskraćivanje izbora potrošačima predstavlja ključan element da bi se vezivanje smatralo zloupotrebom). Jasno je da bi oni potrošači koji bi se opredelili za kupovinu samo Windows-a (dakle, bez WMP) mogli slobodno da kupe/izvrše „download” nekog drugog programa, na primer Real player. Takođe, Komisija je smatrala nedopuštenom praksu po kojoj bi „Microsoft” nudio podsticaje za kupovinu „paketa” koji bi uključivao Windows i WMP.

Ova odluka Komisije sporna je iz više razloga. Pre svega, pitanje je da li je u ovom slučaju zaista došlo do uskraćivanja izbora potrošača, budući da su oni mogli relativno lako doći do drugih, konkurentskih media player-a putem „skidanja” programa (na primer Real player) sa interneta, što je po pravilu besplatno¹⁸. Takođe, velika većina potrošača više voli da, nakon kupovine softvera

¹⁶ Case *Microsoft*, COMP/C-3/37.792, [2005] 4 CMLR 965.

¹⁷ Nedavno je izrekla kaznu u još većem iznosu od 799 miliona evra nekolicini vazdušnih kompanija zbog nedozvoljenog sporazuma. O tome vidi: Case *Commission v. 11 Air cargo carriers* [2010] IP/10/1487, 09/11/2010.

¹⁸ Sam autor u svom računaru poseduje više instaliranih, konkurentskih media player-a, prethodno „skinutih” sa interneta. Važno je istaći i da se mnogi fajlovi (naročito oni sa muzičkim ili filmskim sadržajima) ne mogu „očitati” putem WMP, stoga je download konkurentskih programa neminovnost.

ima i unapred instaliran media player, čime se deo odluke Komisije o potrebi da „Microsoft” ponudi potrošačima verziju Windows-a bez WMP ozbiljno dovodi u pitanje. Stoga autor smatra žalbu „Microsoft”-a po ovim osnovama opravdanom¹⁹.

Prethodna dva slučaja značajna su zbog nekoliko stvari. Prvo, u slučaju „IBM” pokazalo se da u pogledu vezane trgovine treba uzeti u obzir vremenski aspekt kada se ima u vidu pitanje da li se u datom slučaju radi o dva odvojena proizvoda ili o jednoj (prirodnoj) celini. U pomenutom slučaju problem je predstavljala integracija memorijskog uređaja i CPU, što je okarakterisano kao zloupotreba dominantnog položaja. Međutim, nedugo nakon takve odluke integracija ovih komponenti postaje redovna praksa u oblasti informacionih tehnologija, što znači da se u identičnoj situaciji u kojoj se našao „IBM” ne bi moglo govoriti o zloupotrebi. Ovakav stav ne važi samo za oblast informacionih tehnologija, već se može i šire posmatrati.

Drugo, slučaj *Microsoft* predstavljao je svojevrsnu prekretnicu prilikom ocene dopuštenosti vezane trgovine. Pre odluke u ovom slučaju važio je princip zabrane vezane trgovine kao takve, ukoliko su se ispunili uslovi u pogledu tržišne moći kompanije, zasebnosti proizvoda i primoravanja (uskraćivanja kupcima prava na izbor). Međutim, slučaj *Microsoft* značio je nešto drugačiji pristup, pristup usmeren ka ustanovljavanju da li antikonkurentski efekti veživanja (u ovom slučaju Windows-a sa WMP) odnose prevagu nad konkurentskim pogodnostima ovakve prakse. Drugačije rečeno, čak i ukoliko data praksa ima određene nepovoljne posledice po konkurenciju, ona će biti dopuštena ukoliko njeni pozitivni efekti nadmašuju one negativne²⁰.

Bez obzira na brojne situacije u kojima može doći do zloupotrebe dominantnog položaja putem vezane trgovine, praksa je pokazala da dominantna kompanija može izbeći odgovornost po ovom osnovu ukoliko postoji objektivno opravdanje za praksu vezane trgovine, što se moglo videti upravo u slučaju *Hilti*, gde se pomenuta kompanija pozivala na bezbednosne standarde kao osnov za tvrdnju da je njeno ponašanje bilo objektivno opravdano. Iako su Komisija i tadašnji Sud prve instance odbacili ovakve navode, oni su time ipak implicitno priznali da ukoliko dominantni učesnik na tržištu uspe da dokaže da je njegov postupak u datom slučaju bio opravdan ili da dovodi do povećane efikasnosti, tada se neće raditi o zloupotrebi dominantnog položaja. Ovakav stav potvrđen je i u skorijem slučaju *Microsoft*.

¹⁹ O ovom slučaju vidi više na veb-sajtu Komisije.

²⁰ O ovome vidi više kod: Ahlborn, C., Bailey, D., Crossley, H., *op.cit.*, str. 194–197.

ZAKLJUČAK

Na osnovu svega gore rečenog, možemo zaključiti da vezana trgovina predstavlja jedan od mnogih oblika zloupotrebe dominantnog položaja. Iako je u početku ona tretirana kao *a priori* nedopuštena, kasnije je takav krut stav ublažen, budući da se shvatilo da u određenim situacijama vezana trgovina može predstavljati legitimnu i dopuštenu trgovačku praksu. To će posebno biti slučaj kada je postupak dominantne kompanije objektivno opravdan ili doprinosi povećanju efikasnosti poslovanja, što će morati da dokaže upravo dominantna kompanija. Ukoliko ona ne uspe da uveri institucije Unije u ispravnost i opravdanost svojih postupaka, a uz ispunjenje ostalih uslova (postojanje dominantnog položaja, postojanje dva odvojena proizvoda, primoravanje, kao i da ovakva praksa dovodi ili može dovesti do izopačenja konkurencije na tržištu vezanog proizvoda, proizvoda čija je kupovina uslov za kupovinu drugog proizvoda) tada će vezana trgovina u datom slučaju biti okarakterisana kao zloupotreba dominantnog položaja u smislu člana 102. UFEU.

Ipak, ostaje bojazan od prevelikog stepena diskrecije koji je ovakvim rešenjima ostavljen Komisiji prilikom procene da li u konkretnoj situaciji praksa vezane trgovine predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Naročito će u budućnosti biti osetljivo pitanje takozvanog „tehnološkog vezivanja”, imajući u vidu brz i dinamičan razvoj informacionih tehnologija. Zbog toga se može desiti da usled iznalaženja novih tehnoloških rešenja dotadašnja praksa tehnološkog vezivanja koja je ranije bila okarakterisana kao zloupotreba dominantnog položaja bude smatrana kao sasvim opravdano poslovno ponašanje. Ovo će nesumnjivo predstavljati veliki izazov za Komisiju i ostale institucije Unije, koji će zahtevati velika stručna znanja kako bi se u svakom pojedinačnom slučaju donela ispravna odluka.

Literatura

1. Ahlborn, C., Bailey, D., Crossley, H., *An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper*, GCLC Research papers on Article 82 EC-July 2005.
2. Bowman, W., *Tying Arrangements and the Leverage Problem* 67 Yale Law Journal 19 1957–1958.
3. Vukadinović, R., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, 2010.
4. Gasmi, G., *Pravo i osnovi prava Evropske unije*, Beograd, 2010.
5. Korah, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 2007.
6. Ridyard, D., *Tying and Bundling-Cause of Complaint?* (2005) 26(6) ECLR 316.

7. Turner, D., *The Validity of Tying Arrangements under the Antitrust Laws*, Harvard Law Review 72 (1958–1959).
8. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 1999.
9. Whish, R., *Competition Law*, 2009.
10. XXVIth Report on Competition Policy (1996).

TYING AS A FORM OF ABUSE OF DOMINANT POSITION IN COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN UNION

Sinisa Domazet LL. M.

S u m m a r y

Tying is the practice where a supplier of the tying product requires the buyer to buy also a second product, the tied product. In the beginning US law was against this practice, considering it to be per se infringement. Now there is a much better understanding that tying is a normal feature of commercial life and not something that should be regarded as inherently suspicious. In determining whether it is an infringement of Article 102 of EU Treaty, several conditions must be met. First of all, it shall be a case of a company that has a dominant position in the relevant market. Second it is necessary that these are two separate (independent) products, whereby the problems may arise in practice when assessing whether these are really two separate products. Third, the key element when considering the tying is compelling (coercion). Finally in order for tying to constitute abuse it is essential that such practices lead or can lead to distortions of competition in the market (of the tied) product, the purchase of which is a precondition for the purchase of another product (tied market). Regardless of the numerous situations which can lead to the abuse of dominant position through tying the practice has shown that dominant companies can avoid liability on the basis that there was a reasonable justification for tying or if tying contributes to increased efficiency. In particular, the so-called "technological tying" will be a sensitive issue in the future, taking into account the rapid and dynamic development of information technology.

Keywords: competition law, abuse of dominant position, tying