

Др Сандра С. Фишер Шобот, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

ПРЕДАТОРСКЕ ЦЕНЕ КАО ОБЛИК ЕКСКЛУЗИОНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА У ПРАКСИ СУДОВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: У пракси је тежко разграничити конкурентско снижавање цена и предацију. Предајорско понашање постоји када доминантни учесник на тржиштима свој производ нуди по ценама, које су ниже од његових трошкова производње и тиме прихвата да у одређеном, ограниченом времену сноси губитке у циљу искључења једног или више својих стварних или потенцијалних конкурената са тржишта да би одржао или повећао своју тржишну моћ. Наведена злоупотреба представља ексклузиону, ценовну злоупотребу коју доминантни учесник врши на тржиштима на којем има доминантан положај.

Предајорско понашање претставља постојање две фазе. У првој фази, која се назива фаза жртвовања, доминантни учесник на тржиштима смањује цене својих производа иако да послује са губицима. Ово понашање може бити извршено са циљем да примора конкуренце да смање цене својих производа, послују са губицима и, на крају, напусте тржиште или може бити стравежија за дисциплиновање постојећих конкурената на тржиштима или може представљати одбрану од улазака у тржиште потенцијалних конкурената. У другој фази – фази опоравка, када је циљ предације остварен, предајор подиже цене својих производа изнад цена које би могао да најлажује да на тржиштима постоји конкуренција и на тај начин остварује већи профит.

Предмет анализе је злоупотреба доминантног положаја путем предајорских цена. У раду ће бити изложена доктринарна схватања, те приказана и анализирана пракса судова ЕУ у вези са предајорским формирањем цена.

Кључне речи: доминантни положај, злоупотреба доминантног положаја, предајорске цене, трошкови.

* Рад је настао као резултат истраживања у 2018. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Постојање доминантног положаја, као и његово јачање није забрањено. Оно што јесте забрањено је његова злоупотреба.¹ Сваки учесник на тржишту,² па и онај који има доминантни положај, сме да се такмичи са другима у погледу цена својих производа. Поред тога, сваки учесник на тржишту настоји да увећа своју тржишну моћ и управо то представља главни подстицај за његово деловање.

Доминантни положај не искључује постојање конкуренције на тржишту.³ Ипак, на тржишту на којем постоји учесник који има доминантни положај конкуренција је, по природи ствари, квалитативно другачија и у одређеној мери ослабљена у односу на тржиште на којем не постоји такав учесник. Управо због своје тржишне снаге учесници на тржишту са доминантним положајем имају и већу одговорност за своје поступке. У судској пракси је прихваћен став да доминантни учесник на тржишту има посебну одговорност да не дозволи да његово понашање наруши стварну конкуренцију на унутрашњем тржишту.⁴

Основни проблем код постојања предаторских цена јесте утврђивање шта је за доминантног учесника на тржишту дозвољено снижавање цена, а шта предација. Снижавање цена представља директан и видљиви део предаторског понашања, али је и обележје конкуренције на тржишту и благостања потрошача.⁵ Наиме, снижавање цена је један од најбољих и најпожељнијих начина за подстицање конкуренције на тржишту и може да има бројне позитивне ефекте. Прво, у односу на конкуренте ствара конкурентски притисак и утиче на алокативну, производну и динамичку ефикасност. Поред тога, може да има и селективну функцију што је од кључне важности за подизање економске ефикасности и унапређење друштвеног благостања. Друго, снижење цена има позитивне ефекте на потрошаче и тиме доводи до повећања друштвеног благостања. У одређеним случајевима постојање изразито ниских цена, поготово у краћем периоду, може бити оправдано нпр.

¹ Чл. 102(1) Уговор о функционисању Европске уније – пречишћени текст (*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of European Union*; даље у фуснотама: УФЕУ), Official Journal of the European Union C 202, 7.6.2016, 1–388.

² О појму учесника на тржишту у праву Европске уније вид. више код Сандра Фишер Шобот, „Концентрације спајањем учесника на тржишту и концентрације стицањем контроле у праву конкуренције Србије и Европске уније“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник ПФНС)*, 2/2016, 535.

³ Вид. Сандра Фишер Шобот, „Материјалноправни тест за оцену концентрација у праву Европске уније – тест значајног ограничавања конкуренције“, *Зборник ПФНС*, 4/2017, 1657.

⁴ Вид. пресуду у предмету Case 322/81 *Michelin v Commission* ECLI:EU:C:1983:313, пара. 59.

⁵ Вид. више Jonathan Faull, Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford 2014, 398.

када је потребно продати залихе одређене робе или када за одређеном робом нагло опадне тражња. Исто тако, снижавање цена може бити потребно ради увођења новог производа на тржиште или ради уласка на ново тржиште. Према томе, сама чињеница да је доминантни учесник на тржишту снижио цене не значи аутоматски и предацију. Насупрот томе, снижавање цена представља злоупотребу доминантног положаја када је учињено са циљем да се доминантни положај задржи или ојача.

Одговор када постоји дозвољено конкурентско понашање (енг. *competition on the merits*) а када забрањена злоупотреба доминантног положаја налазимо у судској пракси. С обзиром на танку линију између злоупотребе и дозвољеног понашања правила за утврђивање предације морају да буду јасна јер би у супротном могле да настану вишеструке негативне последице. Наиме, могуће је да доминантни учесник на тржишту не смањи цене својих производа, иако објективно има могућности, из страха да тиме не изврши злоупотребу доминантног положаја. Такво понашање би водило слабљењу конкуренције на тржишту и штетило би потрошачима. С друге стране, могуће је да се учесник понаша предаторски, а да у недостатку адекватних правила, такво понашање буде оцењено као допуштено.⁶

Предмет анализе у овом раду су предаторске цене као врста ексклузивне злоупотребе доминантног положаја. У теорији и пракси постоје различити ставови о томе који параметри су меродавни за утврђивање постојања предаторских цена. У раду ће бити изложена доктринарна схватања, те приказана и анализирана пракса судова ЕУ у вези са предаторским формирањем цена.

2. ПРЕДАТОРСКО ФОРМИРАЊЕ ЦЕНА

Доминантни положај је могуће злоупотребити путем предаторских цена, које су обуваћене чл. 102(1) Уговора о функционисању Европске уније (даље у тексту: УФЕУ) којим се забрањује свака злоупотреба доминантног положаја на унутрашњем тржишту или на његовом значајном делу од стране једног или више учесника на тржишту као неспојива са унутрашњим тржиштем уколико може утицати на трговину између држава чланица.⁷

Предаторско формирање цена (енг. *predatory pricing*) представља злоупотребу доминантног положаја која има следеће карактеристике. Прво, ради се о ексклузивној (искључујућој) злоупотреби (енг. *exclusionary abuse*),

⁶ О врстама грешака у праву концентрација и њиховим последицама вид. С. Фишер Шобот (2017), 1652.

⁷ У теорији вид. Helmuth Schröter, Thina Jakob, Robert Klotz, Wolfgang Mederer (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Grosskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, 919; Tobias Lettl, *Kartellrecht*, 3. neu bearbeitete Auflage, München 2013, 120.

односно о врсти злоупотребе која је усмерена против конкурената. Основни циљ наведених злоупотреба је потпуна или делимична елиминација стварне или потенцијалне конкуренције. Према ставу Европске комисије свако противконкурентско искључивање⁸ (*anti-competitive foreclosure*) представља такву повреду ако има за циљ да се повећа тржишни удео доминантног учесника на тржишту на тај начин што ће се смањити тржишни удео конкурената или ће они у потпуности бити елиминисани са тржишта. Дакле, ексклузивним злоупотребама се директно и непосредно врши повреда конкуренције на тржишту, а могу да доведу и до промене тржишне структуре. Друго, предаторско формирање цена, с обзиром на начин на који се злоупотреба врши, представља ценовну злоупотребу. И последње, према томе које конкуренте доминантни учесник на тржишту својим радњама покушава да искључи, предација представља злоупотребу која се остварује на тржишту на којем учесник на тржишту има доминантан положај. Овакве злоупотребе имају за последицу хоризонтално затварање тржишта (енг. *horizontal foreclosure*). То значи да доминантни учесник на тржишту покушава да искључи, дисциплинује или маргинализује конкурента који послује на истом нивоу ланца производње или потрошње на тај начин што му затвара или онемогућава приступ купцима, односно потрошачима.⁹

Предаторско понашање постоји када доминантни учесник на тржишту свој производ нуди по ценама, које су ниже од његових трошкова производње и тиме прихвата да у одређеном, ограниченом времену сноси губитке.¹⁰ Наравно, предатор је спреман на краткорочне жртве и смањени профит да би у будућности остварио веће користи. Снижење цена само по себи није довољно за предацију. Потребно је, наиме, да је оно учињено у циљу истискивања конкурената са тржишта, дисциплиновања конкурената или спречавања улазака нових конкурената на тржиште.

Предаторско формирање цена претпоставља постојање две фазе. У првој, која се назива „фаза жртвовања“ (енг. *sacrifice*) предатор стратешки снижава цене на непрофитни ниво да би елиминисао или дисциплиновао конкуренте.

⁸ Вид. пара. 19 *Обавештења Комисије – Смернице о приоритетима у спровођењу Комисије у примени члана 82 Уговора о ЕЗ на злоупотреба искључујућа постојања доминантног учесника на тржишту* (*Commission's Notice – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*; даље у фуснотама: Смернице), Official Journal of the European Union C 45, 24.02.2009., 7-20.

⁹ Вид. пара. 70 *Расправна књига Генералног директоријата за конкуренцију у примени члана 82 Уговора на ексклузивне злоупотребе* (*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*; даље у фуснотама: Расправна књига), Brussels 2005, доступно на <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (датум приступа 10.10.2018).

¹⁰ Christian Koenig, Kristina Schreiber, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Tübingen 2010, 135.

Циљ предаторског понашања у овој фази може да буде и да се потенцијални конкуренти одврате од уласка у грану.

За време „жртвовања“ предатор послује са губицима. Исто тако, његови конкуренти суочавају се са губицима јер да би продали своју робу морају да сниже цене. По правилу, предација је усмерена против стварних или потенцијалних конкурената који су исте или сличне тржишне снаге као и доминантни учесник на тржишту, па дуготрајно пословање са губицима на њих може негативно да утиче и да има за последицу њихов излазак из гране. Притом је за предатора у сваком случају скупље и теже када покушава да елиминира постојеће конкуренте, него застрашивање и одвраћање потенцијалних конкурената од уласка у грану. Чак шта више, уколико у одређеној грани постоји учесник на тржишту који има репутацију предатора, то само по себи може да спречи нове уласке у грану, па чак и да буде баријера уласку.¹¹ Насупрот томе, конкуренти који су мање ефикасни могу бити искључени са тржишта деловањем нормалне тржишне утакмице,¹² будући да конкуренција на тржишту има селективну функцију. У сваком случају, предатор ће поступати на овај начин када је извесно да његови конкуренти немају довољно финансијских средстава да започну рат ценама. У супротном, предаторско понашање може да га ослаби дугорочно јер може да изостане фаза опоравка. Фаза жртвовања је добра за потрошаче јер им се одређена роба или услуге на тржишту нуде по повољнијим ценама. Ова фаза предације траје онолико дуго колико предатор може да сноси губитке.

Друга фаза је „фаза опоравка“ (енг. *recoupment phase*) и траје дуже од прве фазе. Управо ова фаза је разлог предаторског формирања цена. За доминантног учесника на тржишту било би потпуно ирационално да поступа предаторски, ако у неком каснијем тренутку неће бити у прилици да надокнади претрпљене губитке. Поред тога, ако фаза опоравка изостане, не може се говорити о злоупотреби доминантног положаја јер су ниске цене роба или услуга, и поред тога што воде алокативној неефикасности, корисне за потрошаче.¹³

У фази опоравка конкуренција је у значајној мери ослабљена или дисциплинована и предатор подиже цене одређеног производа или услуга. Те, нове цене су, по правилу, веће од оних које су постојале на тржишту пре предаторског понашања. На тај начин доминантни учесник на тржишту надокнађује губитке које је трпео у првој фази, а потом остварује већи профит. Ова фаза је за потрошаче изразито неповољна јер за одређену робу или

¹¹ Вид. више Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, 8th edition, Oxford 2015, 782.

¹² Вид. одлуку у предмету *C 209/10 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 22. У теорији вид. Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013, 218.

¹³ Вид. J. Faull, A. Nikpay, 409.

услуге морају да плате више него што би платили да у грани постоји конкуренција. Став је Европске комисије да је вероватно да ће потрошачи трпети штету ако доминантни учесник на тржишту може да очекује да ће његова тржишна моћ бити већа у односу на ону која је постојала пре предаторског понашања, односно ако је вероватно да ће доминантни учесник на тржишту бити у позицији да извлачи користи из претходног жртвовања.¹⁴

Предаторско понашање ће за предатора имати смисла само ако има изгледе да ће у другој фази заиста успети да се опорави. По правилу, опоравак ће бити могућ уколико се испуне две претпоставке. Прва да се ради о тржишту на коме постоје баријере уласку (енг. *barriers to entry*). Уколико баријере уласку не постоје, када доминантни учесник на тржишту подигне цене, у грану ће ући нови конкуренти са нижим ценама и на тај начин онемогућити опоравак предатора. Друга претпоставка је да такву стратегију спроводи учесник на тржишту који има значајну тржишну снагу. Уколико, међутим, на тржишту постоји више већих конкурената наведена стратегија има мало шансе за успех.

У теорији постоје ставови у којима је изражена сумња да ли уопште предатор може да има користи од предаторског понашања, односно да ли би се разуман учесник на тржишту понашао предаторски.¹⁵ Неки од аргумената су да је такво понашање за предатора веома скупо. Поред тога, у доктрини се истиче да од предаторског снижавања цена до стицања монополског профита треба да прође значајно време.¹⁶ У сваком случају ради се о схватањима која имају мали број присталица, у односу на доминантан став у теорији да предаторско понашање представља врсту злоупотребе доминантног положаја.

3. ПРЕДАТОРСКЕ ЦЕНЕ У ПРАКСИ СУДОВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

3.1. Врсте трошкова

За анализу одлука судова у ЕУ потребно је указати који трошкови су релевантни за утврђивање постојања предаторских цена.¹⁷ Притом, при утврђивању предаторског понашања разликују се ставови Европске коми-

¹⁴ Вид. пара. 70 Смерница.

¹⁵ Вид. више Paul Craig, Grainne De Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 5th edition, Oxford 2011, 1039; Alison Jones, Brenda Suffrin, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 6th edition, Oxford 2016, 385, 386.

¹⁶ Вид. више R. Whish, D. Bailey, 782.

¹⁷ Утврђивање економских параметара који указују на то када је цена предаторска је тешко, а у пракси су постојала одређена неслагања у вези са тим. У Сједињеним Америчким Државама је примењиван Арета-Тарнер тест (енг. *the Areeda-Turner test*) који предвиђа да су цене предаторске ако су ниже од разумно очекиваних просечних варијабилних трошкова учесника на тржишту. Вид. А. Jones, B. Suffrin, 387; Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, München 2014, 470-471.

сије и судова ЕУ у погледу тога који трошкови су меродавни. С обзиром да је предмет анализе у раду судска пракса у вези са предаторским ценама, у тексту који следи биће објашњене само оне врсте трошкова које судови ЕУ користе приликом утврђивања постојања предаторског понашања.

Фиксни трошкови су такви трошкови који су независни од обима производње (нпр. порез на имовину, закупнина,...), док су варијабилни трошкови зависни од обима производње (трошкови сировина и енергије које се користе у производњи одређеног производа, трошкови рада потребног за израду одређеног производа, поправке и одржавање, накнаде које се плаћају по јединици производа за лиценце).¹⁸ Укупан просечни трошак (енг. *average total cost*, АТС) се израчунава тако што се укупни варијабилни и фиксни трошкови поделе са укупном производњом. Просечни варијабилни трошак (енг. *average variable cost*, АВС) је просек трошкова који зависи директно од обима производње учесника на тржишту. Суд правде је просечне варијабилне трошкове дефинисао као трошкове који се разликују у зависности од произведене количине.¹⁹ Другим речима, просечни варијабилни трошак добија се када се укупни варијабилни трошкови поделе са бројем произведених јединица. По правилу, укупан просечни трошак је виши од просечног варијабилног трошка.²⁰ Просечни трошак који се могао избећи (енг. *average avoidable cost*, ААС) је просек трошкова које је учесник на тржишту могао да избегне да није произвео додатну количину одређеног производа. Најчешће се ради о количини која је потребна за извршење злоупотребе доминантног положаја.²¹

3.2. AKZO тест

Најзначајнији и водећи предмет је *AKZO Chemie BV v Commission* (даље: *AKZO*) у коме је Суд правде Европске уније (даље: Суд правде) одредио јасне критеријуме за утврђивање постојања предаторског понашања.²² *AKZO* је компанија која је снабдевала органским пероксидом (*organic peroxide*) купце у бројним индустријама. Њен конкурент, *ECS*, који је органским пероксидом снабдевао млинаре, одлучио је да своје производе понуди и немачком произвођачу *BASF*. Као одговор, *AKZO* је понудио редовним купцима *ECS* органски пероксид по цени нижој од оне по којој је исти производ продавао својим купцима. У својој одлуци у предмету *ECS/AKZO*²³ Европска комисија

¹⁸ Вид. више Phillip Areeda, Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, 88/1975, 700.

¹⁹ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 71.

²⁰ R. Whish, D. Bailey, 759.

²¹ Вид. пара. 64 Расправне књиге.

²² С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286.

²³ IV/30.698 – *ECS/AKZO* OJ [1985] L 374/1.

је казнила AKZO са 10 милиона екија (ЕКУ) због предаторског снижавања цена и наложила му да прекине са злоупотребом.²⁴ Интересантно је да је Европска комисија применила економску анализу трошкова, али и указала да је релевантно да ли је доминантна компанија усвојила стратегију за елиминацију конкурената, који је вероватан исход таквог поступка и која реакција конкурената на такво понашање је вероватна.²⁵ Одлучујући о захтеву за поништај одлуке Европске комисије, Суд правде је истакао да не може свако такмичење у ценама да се сматра легитимним²⁶ и утврдио два стандарда за оцену постојања предаторских цена. Прво, цене испод просечних варијабилних трошкова морају се увек сматрати злоупотребом.²⁷ Друго, цене ниже од укупних просечних трошкова али више од просечних варијабилних трошкова сматраће се злоупотребом само ако може да се докаже постојање намере да се елиминишу конкуренти.²⁸ У две касније одлуке, *Tetra Pak v Commission* (даље: *Tetra Pak II*) and *France Télécom v Commission* (даље: *France Télécom*), судови су потврдили наведене критеријуме за утврђивање постојања предаторских цена.²⁹

3.2.1. *Цене испод просечних варијабилних трошкова*

Када су цене испод AVC сматра се да постоји *per se* злоупотреба јер код тако ниских цена није могуће надокнадити фиксне трошкове, па ни све варијабилне трошкове. Сходно томе, Суд правде је навео да за такво поступање није могуће наћи економско оправдање.³⁰ Другим речима, не постоји друга убедљива (замислива) економска сврха осим елиминације конкурента, пошто сваки произведени и продати артикал представља губитак за доминантног учесника на тржишту. У наведеном случају, уколико учесник на тржишту послује са толиким губицима, рационално понашање би било да се прекине производња. Настављање таквог поступања упркос губицима указује на постојање стратегије за искључивање конкурената са тржишта.³¹ Иако се у овом случају не захтева постојање намере да се елиминише конкуренција, управо одсуство економског циља указује на постојање те намере. У предмету *France Télécom* Суд правде је објаснио да се цене испод просечних

²⁴ Вид. чл. 2 Одлуке у предмету IV/30.698 – *ECS/AKZO*, L 374/27.

²⁵ Вид. IV/30.698 – *ECS/AKZO*, пара. 72-87.

²⁶ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 70.

²⁷ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 71.

²⁸ Вид. одлуку у предмету С 333/94P *Tetra Pak v Commission* ECLI:EU:C:1996:436, пара. 41; Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 217. Вид. такође С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 71, 72.

²⁹ Вид. пресуду у предмету С 333/94 P *Tetra Pak v Commission*, ECLI:EU:C:1996:436, пара. 40-42. Предмет Т 340/03 *France Télécom v Commission* ECLI:EU:T:2007:22, пара. 195.

³⁰ Вид. више А. Jones, В. Suffrin, 389; V. Butorac Malnar, J. Pecotic Kaufman, S. Petrović, 221.

³¹ Вид. више J. Faull, А. Nikpay, 401.

варијабилних трошкова морају сматрати *prima facie* злоупотребом, јер се претпоставља да доминантни учесник на тржишту који примењује такве цене нема други економски циљ, осим оног да елиминише конкуренцију.³²

3.2.2. *Цене изнад просечних варијабилних трошкова, а испод укупних просечних трошкова*

Уколико су цене испод укупних просечних трошкова, али изнад просечних варијабилних трошкова може се радити о предацији само ако се докаже намера искључивања конкурената са тржишта. Када су цене изнад просечних варијабилних трошкова, а испод укупних просечних трошкова учесник на тржишту надокнађује варијабилне трошкове и барем део фиксних трошкова за сваку продату јединицу производа. Такве цене могу да доведу до изласка са тржишта учесника који су можда једнако ефикасни као и доминантни учесник, али који због мањих финансијских ресурса, не могу да издрже конкуренцију.³³

Увођење намере као субјективног елемента у објективни појам злоупотребе доминантног положаја било је потребно јер је могуће да снижавање цена испод укупних просечних трошкова у одређеним случајевима представља рационалну пословну стратегију, а не предацију (нпр. краткотрајна промоција одређеног производа³⁴). Другим речима, наведено правило потврђује да у одређеним ситуацијама доминантни учесник на тржишту може имати рационално оправдање за цене испод укупних просечних трошкова, а изнад просечних варијабилних трошкова.

Треба нагласити да не постоји претпоставка постојања намере учесника на тржишту да елиминише конкуренцију, него намера мора да се утврди у сваком конкретном случају на основу чврстих и конзистентних доказа,³⁵ који могу бити директни и индиректни.³⁶ У неким случајевима биће могуће да се искористе директни докази које чине документи доминантног учесника на тржишту који јасно показују предаторску стратегију, као што је детаљан план жртвовања да би се искључио конкурент, да би се спречио улазак на тржиште или да би се присвојило тржиште, или доказ конкретних претњи предаторским деловањем.³⁷ Поред тога, судови могу да користе и индиректне доказе који указују да је одређено понашање подобно да доведе до искључивања или дисциплиновања конкурената.

³² С 202/07 Р *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:C:2009:214, пара. 109.

³³ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 72.

³⁴ Вид. пара. 95 Расправне књиге.

³⁵ Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 197.

³⁶ А. Jones, В. Suffrin, 391.

³⁷ Пара. 66 Смерница. Вид. такође пара. 113-114 Расправне књиге.

У предмету *AKZO* намера да се елиминишу конкуренти са тржишта је утврђена на основу директних претњи и снижавања цена од стране доминантног учесника на тржишту.³⁸ Надаље, суд је утврдио да је *AKZO* одређене радње предузео са циљем да оштети *ECS* и његову одрживост.³⁹ У једној од каснијих одлука Општи суд је навео да је према правилу установљеном у *AKZO* потребно да се утврди стратегија доминантног учесника на тржишту.⁴⁰

У *Tetra Pak II* Суд правде је утврдио да је *Tetra Pak* злоупотребио доминантни положај тако што је једну врсту картона (*non-aseptic carton*) продавао са губицима у седам држава чланица ЕУ, а тако створене губитке надокнађивао је из профита на тржишту друге врсте картона (*aseptic carton*), на којем није имао конкуренцију.⁴¹ Суд је користио индиректне доказе и узео у обзир трајање фазе у којој је *Tetra Pak* пословао са губицима, обим тих губитака, као и тактику увоза производа у Италију да би тамо били продавани са губицима.⁴² Као што видимо, постојање намере је у конкретним случајевима утврђивано на основу докумената, као и на основу оцене да ли је у конкретном случају понашање доминантног учесника на тржишту било подобно да доведе до дисциплиновања или искључивања конкурената са тржишта.

У *France Télécom* Европска комисија је казнила *France Télécom* због предаторског формирања цена. Општи суд и Суд правде су својим пресудама потврдили налазе и оцене Комисије. Наиме, утврђено је постојање предаторског понашања јер је *France Télécom* наплаћивао услуге интернета значајно испод просечних варијабилних трошкова. У пресуди је Општи суд најпре навео да доминантни учесник на тржишту, у принципу, има право да предузме разумне кораке у циљу заштите својих интереса. Међутим, такво понашање не може да се оправда ако је његова стварна сврха јачање доминантног положаја и његова злоупотреба.⁴³ Надаље, суд је упутио на постојање плана елиминације конкурента⁴⁴ и истакао да у циљу утврђивања намере мора да се докаже постојање плана за елиминисање конкуренције.⁴⁵

³⁸ Вид. С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 76-82. Вид. више А. Jones, В. Suffrin, 389.

³⁹ Вид. пресуду у предмету С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 103.

⁴⁰ Вид. Т 83/91 *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:1994:246, пара. 187.

⁴¹ С 333/94 Р *Tetra Pak v Commission*, ECLI:EU:C:1996:436.

⁴² А. Jones, В. Suffrin, 391.

⁴³ Предмет Т 340/03 *France Télécom v Commission* ECLI:EU:T:2007:22, пара. 185.

⁴⁴ Т 340/03 *France Télécom SA v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 130.

⁴⁵ Т 340/03 *France Télécom SA v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 197.

3.2.3. Недостигаји АКЗО шестиа

У теорији се износе одређени приговори на критеријуме постављене у предмету АКЗО. Прво, у пракси често настају проблеми у вези са утврђивањем одређених категорија трошкова, односно није увек лако утврдити да ли је трошак фиксни или варијабилни. Друго, могуће је да доминантни учесник на тржишту робу продаје по цени нижој од AVC из рационалних разлога. У одређеним случајевима за доминантног учесника на тржишту може бити рационално да послује са губицима да би повратио део уложених средстава (нпр. пражњење лагера и залиха одређене робе). Поред тога, приликом увођења новог производа на тржиште оправдано је да он буде привремено понуђен по нижој цени у циљу привлачења купаца. У теорији се износе ставови да би у наведеним ситуацијама требало допустити доминантном учеснику на тржишту да доказује разлоге за продају робе по ценама нижим од трошкова.⁴⁶ Треће, када је цена робе између AVC и ATC утврђивање намере за истискивањем конкурената може бити проблематично.⁴⁷

3.3. Post Danmark тест

У предмету *Post Danmark v A/S v Konkurrencerådet v Commission (Post Danmark I)*,⁴⁸ који се односио на дистрибуцију поште у Данској, Суд правде је требало да одлучи о претходном питању данског суда да ли цене које је примењивао доминантни учесник на тржишту према једном од купаца и које су биле изнад просечних инкременталних трошкова, али испод укупних просечних трошкова представљају злоупотребу доминантног положаја.⁴⁹ Овај предмет је занимљив и значајан из следећих разлога. Прво, положај *Post Danmark* на тржишту је био специфичан, јер се радило о тржишту које је недавно отворено за конкуренцију, те је *Post Danmark* био у привилегованом положају у односу на нове конкуренте. Тај његов положај је додатно био ојачан структуралним предностима.⁵⁰ Друго, у предмету није било доказа који би указивали да су ниске цене последица намере доминантног учесника на тржишту да искључи своје конкуренте.⁵¹ И последње, постојао је доказ да је *Post*

⁴⁶ Вид. А. Jones, B. Suffrin, 390.

⁴⁷ Вид. више R. Whish, D. Bailey, 787, 788; A. Jones, B. Suffrin, 389-391.

⁴⁸ Предмет C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172.

⁴⁹ Предмет C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 18.

⁵⁰ Вид. *Opinion of Advocate General Mengozzi* у предмету C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2011:342, пара. 19.

⁵¹ Предмет C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 18.

Danmark, барем у односу на једног од својих клијената, примењивао цене испод укупних просечних трошкова.⁵²

Суд правде је утврдио да само због тога што је цена коју доминантни учесник на тржишту наплаћује једном од купаца нижа од укупних просечних трошкова одређене активности, али виша од просечних инкременталних трошкова који се односе на ту активност не представља злоупотребу, чак и у случају када је примењена селективно на великог купца свог конкурента. Да би се утврдило постојање негативних ефеката на конкуренцију (енг. *anti-competitive effects*) нужно је размотрити да ли та политика цена, без објективног оправдања, има стварно или потенцијално искључујуће дејство, којим се наноси штета конкуренцији и тиме, интересима потрошача.⁵³ Суд је закључио да пракса Post Danmark није у супротности са чл. 102 УФЕУ, јер су цене доминантног учесника на тржишту биле одређене на нивоу који покрива значајан обим трошкова који се могу приписати снабдевању робом или услугама, и да би зато било могуће за конкурента који је једнако ефикасан као тај учесник на тржишту да се такмичи са тим ценама без да трпи губитке који су дугорочно неодрживи.⁵⁴ Применом теста једнако ефикасног конкурента⁵⁵ Суд је учинио јасним да конкуренти који су мање ефикасни од доминантног учесника на тржишту, односно они конкуренти који имају више трошкове, не уживају заштиту у складу са чл. 102 УФЕУ. Другим речима, потврђено је да задатак права конкуренције није да се штите конкуренти него конкуренција на релевантном тржишту.

Суд правде је у *Post Danmark I* применио *AKZO* тест, али је тај тест допунио још једним критеријумом.⁵⁶ Наиме, чак и у случају када су цене испод укупних просечних трошкова, а изнад просечних варијабилних трошкова

⁵² Вид. више Pablo Ibanez Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018, 186.

⁵³ Предмет C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 44.

⁵⁴ Вид. одлуку у предмету C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 38.

⁵⁵ Тест једнако ефикасног конкурента (енг. *the test of equally efficient competitor*) је тест на основу којег се оцењује да ли је вероватно да би једнако ефикасан конкурент био искључен са тржишта услед понашања доминантног учесника на тржишту. Искључивање једнако ефикасног конкурента могуће је, у принципу, једино ако доминантна компанија одреди цене испод својих трошкова. Тест једнако ефикасног конкурента примењује Европска комисија приликом утврђивања постојања злоупотребе доминантног положаја. Поред тога, тест је изричито прихваћен од стране Суда правде и био је примењиван у случајевима који су се односили на праксу ниских цена у облику селективних цена или предаторских цена и стискања марже. Вид. пресуду у предмету C 23/14 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651, пара. 53 и 55.

⁵⁶ Исто тако Ekaterina Rousseva, Mel Marquis, “Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, Vol. 4, No. 1, 33.

и ако не постоји доказ постојања намере искључивања конкурената са тржишта, могуће је да се утврди постојање злоупотребе доминантног положаја ако постоји доказ да такво понашање има за последицу искључење једнако ефикасног конкурента са тржишта, на штету потрошача.⁵⁷ Суд је у предмету *Post Danmark I* спровео економску анализу и размотрио ефекте снижавања цена (енг. *effects based approach*). Другим речима, суд је процењивао стварне или потенцијалне искључујуће ефекте које наведена пракса има на конкуренцију на релевантном тржишту.

Суд је у одлуци у предмету *Post Danmark I*, уместо формалистичког приступа, анализирао ефекте одређеног понашања на конкуренцију на тржишту и на потрошаче, користећи економске параметре и тест једнако ефикасног конкурента. Управо због наведеног, у теорији се истиче да ће одлука имати далекосежне последице не само на утврђивање постојања предаторског понашања, него и на оцену других ексклузивних злоупотреба доминантног положаја.⁵⁸ Овакав став Суда правде је у складу са Смерницама Европске комисије, као и њеним приступом при оцени постојања предаторског понашања, што води већој правној сигурности.

3.4. Значај и улога фазе опоравка

Видели смо да предаторско понашање претпоставља постојање фазе опоравка, односно да се краткорочни губици надокнађују у дужем року када доминантни учесник на тржишту буде могао да подигне цене. Међутим, став је судова у ЕУ да за постојање предације у складу са чл. 102 УФЕУ не мора да постоји фаза опоравка. У теорији је овакав приступ критикован, јер се наводи да Суд правде на тај начин изоставља саставни и веома значајан аспект предације.⁵⁹ У предмету *AKZO*, Суд правде је потврдио да доминантни учесник на тржишту има интерес да наплаћује цене мање од просечних варијабилних трошкова само ако ће на тај начин елиминисати конкуренте и касније бити у могућности да, због свог монополског положаја, подигне цене.⁶⁰ У каснијем предмету *Tetra Pak II* суд је изричито утврдио да за потврду постојања предаторских цена није од значаја да ли предатор има разумну могућност да надокнади претрпљене губитке. Суд је нагласио да мора бити могуће да се казни предатор увек када постоји ризик елиминације конкурената.⁶¹ С једне стране, наведени став може да се брани као оправдан јер је

⁵⁷ Тако J. Faull, A. Nikpay, 409; Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5th edition, Oxford 2016, 237.

⁵⁸ Вид. више E. Rousseva, M. Marquis, 32.

⁵⁹ Вид. више J. Faull, A. Nikpay, 409.

⁶⁰ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 71.

⁶¹ Предмет С 333/94 Р *Tetra Pak v Commission*, ECLI:EU:C:1996:436, пара. 44.

сврха права конкуренције да се штити конкуренција и није неопходно да она буде нарушена да би се деловало. С друге стране, може да се постави питање, ако доминантни учесник на тржишту нема користи од снижавања цена, зашто се такво поступање квалификује као злоупотреба доминантног положаја.

Наведени став је потврђен и у предмету *France Télécom*. Општи суд је истакао да злоупотреба доминантног положаја постоји и када доминантни учесник на тржишту поступа са циљем истискивања конкурената са тржишта, без обзира на резултат таквих поступака.⁶² Надаље, Суд је објаснио због чега је одлучио на наведени начин. Чињеница да је доминантни учесник на тржишту предаторски формирао цене довела је до тога да он додатно ојача свој положај на тржишту, као и да неки од његових конкурената напусте тржиште. На тај начин је конкуренција на релевантном тржишту, која је иначе ослабљена услед постојања доминантног учесника на тржишту, додатно смањена, а потрошачи трпе губитке услед тога што им је ограничен избор.⁶³

3.5. Могућа одбрана доминантног учесника на тржишту

Одбрана доминантног учесника на тржишту против кога је покренут поступак због предаторских цена могла би да буде да је такво понашање било неопходно да би учесник на тржишту био конкурентан. Доминантни учесник на тржишту у предмету *France Télécom* је оправдање за предаторско снижавања цена нашао у потреби да буде конкурентан на тржишту, наводећи да је имао апсолутно право да „поравна“ своје цене са ценама конкурената. Општи суд је закључио да, иако је тачно да доминантном учеснику на тржишту није забрањено да поравна своје цене са ценама својих конкурената, оваква могућност не постоји када би то имало за последицу да доминантни учесник на тржишту не може да надокнади трошкове за услугу коју пружа.⁶⁴ Позивајући се на судску праксу, суд је надаље истакао да доминантни учесник на тржишту не може бити лишен права да штити своје комерцијалне интересе када су они угрожени и да се таквом учеснику на тржишту мора дати право да предузме разумне кораке које сматра одговарајућим да би заштитио те интересе, али да такво понашање не може да се толерише ако је његова стварна сврха да се ојача и злоупотреби доминантни положај.⁶⁵ Коначно, Општи суд је заузео став да предаторско понашање не може да се оправда позивањем на остваривање економије обима, јер управо предаторско

⁶² Предмет Т 340/03 *France Télécom v Commission* ECLI:EU:T:2007:22, пара. 196, 197. Предмет Т-228/97 *Irish Sugar v Commission* ECLI:EU:T:1999:246, пара. 191.

⁶³ Вид. С 202/07 Р *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:C:2009:214, пара. 112.

⁶⁴ Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 176.

⁶⁵ Вид. Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 185.

понашање може да буде узрок остваривања економије обима.⁶⁶ Суд правде је одлучујући по жалби утврдио да доминантни учесник на тржишту не може да се ослони на било које апсолутно право да изједначи своје цене са ценама својих конкурената да би оправдао своје понашање када такво понашање представља злоупотребу доминантног положаја.⁶⁷

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

О предаторском формирању цена можемо говорити када доминантни учесник на тржишту, у циљу елиминације или дисциплиновања стварних или потенцијалних конкурената, свој производ нуди по ценама нижим од трошкова производње и тиме прихвата да у одређеном, ограниченом времену сноси губитке. Када је циљ остварен предатор подиже цене на виши ниво у односу на цене које би могао да наплаћује да на тржишту постоји конкуренција и тиме остварује значајно већи профит.

Суд правде је у предмету *AKZO* успоставио критеријуме за утврђивање постојања предаторских цена. Прво, цене испод просечних варијабилних трошкова морају се увек сматрати злоупотребом. Друго, цене испод укупних просечних трошкова али изнад просечних варијабилних трошкова сматраће се злоупотребом само ако може да се докаже постојање намере да се елиминишу конкуренти.

У новијем предмету *Post Danmark I* Суд правде је *AKZO* тест допунио још једним критеријумом. Чак и у случају када су цене испод укупних просечних трошкова, а изнад просечних варијабилних трошкова и ако не постоји доказ постојања намере искључивања конкурената са тржишта, могуће је да се утврди постојање злоупотребе доминантног положаја ако постоји доказ да такво понашање има за последицу искључење једнако ефикасног конкурента са тржишта, на штету потрошача. Овом одлуком је Суд правде у први план истакао економске ефекте предаторског снижавања цена, односно утврдио је да су за постојање злоупотребе релевантни економски ефекти које одређена пракса има на конкуренцију на тржишту.

⁶⁶ Вид. Т 340/03 *France Télécom v Commission* ECLI:EU:T:2007:22, пара. 217.

⁶⁷ Предмет С 202/07 Р *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:C:2009:214, пара. 47.

*Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

Predatory Pricing as a Type of Exclusionary Abuse of Dominant Position in Case Law of Courts of European Union

***Abstract:** It is quite difficult to delineate competition on merits and predatory pricing. A dominant undertaking engages in predatory conduct by deliberately incurring losses or foregoing profits in the short term in order to foreclose or be likely to foreclose one or more of its actual or potential competitors with a view to strengthen or maintain its market power. This represents an exclusionary abuse and pricing practice intended to eliminate actual or potential competitors. The abuse is exercised on the market in which the undertaking holds a dominant position.*

Predatory strategy comprises of two phases. In the first phase, referred to as sacrifice, the dominant undertaking reduces prices of its products to the loss-making level. This conduct may be aimed at forcing competitors to lower their prices, incur losses and consequently, leave the market or at disciplining actual competitors or at defending from new entries of potential competitors. In the second, recoupment phase, when the goal of predation is achieved, the predator raises its prices and thereby, accumulates higher profits.

This paper analyzes abuse of dominant position through predatory pricing. The author addresses views expressed in doctrine and in case law of the EU courts regarding predatory pricing.

Keywords: *dominant position, abuse of dominant position, predatory prices, costs.*

Датум пријема рада: 09.11.2018.