

др Синиша ДОМАЗЕТ  
спољни сарадник Института економских наука, Београд

## ПОПУСТИ КАО ОБЛИК ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ\*

### Резиме

Попусти, у основи, представљају леђнији вид борбе на тржишту. Ипак, под одређеним условима одобравање поуста од стране доминантног предузећа представљаће злоупотребу доминантног положаја. Препоруке да одређени системи злоупотреба представљају злоупотребу *per se* не представљају пожељно средство приликом процене њихове доуштености. За процену доуштености система поуста неопходно је проценити његове стварне и потенцијалне ефекте на конкуренцију или проширочаче. Уколико би систем поуста довео до искључења конкуренције са релевантног тржишта, или би за последицу имао дискриминацију међу проширочачима доминантне компаније, представљао би злоупотребу доминантног положаја, у смислу члана 102 Уговора о функционисању ЕУ. У раду су коришћени позитивно правни метод који је намењен анализи позитивних правила у вези са злоупотребом доминантног положаја у ЕУ, као и правно-логички метод индукције и дедуције, који је примењен у решавању многих правних и логичких проблема у вези са системима поуста у ЕУ.

**Кључне речи:** ЕУ, право, конкуренција, попусти.

\* Овај рад је део истраживачког пројекта под шифром 47009 („Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ“), финансираног од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## I Увод

Попусти представљају уобичајено понашање у савременим трговинским односима и у основи легитимну пословну стратегију. Притом, одобравање попуста купцима не везује се само за велика предузећа, већ може потицати и од малих привредних субјеката. Мотиве за њихову доделу треба тражити у жељи да се привуку потрошачи и тако ослабе конкуренти на релевантном тржишту, у потреби да се награди верност купаца, у жељи да се подстакне куповина већих количина производа, у настојању да се ослободе вишкова робе и слично. Ипак, попусти носе са собом и одређене контроверзе. То иде чак дотле да се понекад сматра да попусти имају тенденцију да подигну, а не да спусте цене.<sup>1</sup>

Уколико се попусти посматрају из визуре права конкуренције, поставља се питање да ли ће они у датој ситуацији представљати дозвољено тржишно понашање. То нарочито важи у случају када су попусти одобрени од стране компаније која поседује доминантан положај на тржишту. Наравно, сама чињеница да је неко предузеће доминантно не значи нужно да ће бити и санкционисано због тога што је одобрило попуст на своју робу. Потребно је да је дати привредни субјект, уз помоћ система попуста, извршио *злоупотребу* доминантног положаја на релевантном тржишту. Стога, неопходно је разјаснити *под којим условима* ће попусти представљати злоупотребу доминантног положаја, нарочито с обзиром на правну неизвесност у овој области, али и генерално повећање нивоа казни због повреде члана 102 Уговора о функционосању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ).<sup>2</sup>

Ситуација је још сложенија уколико се узме у обзир да се системи попуста често сматрају злоупотребом *per se*, без било каквог претходног теоријско-практичног проверавања. Због тога, прети непосредна опасност да институције Уније пренебрегну позитивну, проконкурентску, улогу попуста и тако преурањено окарактеришу дати систем попуста као злоупотребу доминантног положаја (наравно, мисли се на одобравање попуста од стране доминантних предузећа). Стога се чини исправним став аутора који сматрају да је у оваквим случајевима неопходно применити приступ заснован на *ефектима* датих попуста на релевантном тржишту (*effects-based approach*).<sup>3</sup>

1 Hans Zenger, „Loyalty rebates and the competitive process“, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 8, No. 4/2012, стр. 717.

2 Види: Jorge Padilla, Donald Slater, *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC*, *GCLC Research papers on Article 82 EC*, 2005, стр. 84. Системи попуста представљају веома осетљиву област у којој су ставови заузети од стране институција Уније били широко критиковани. О томе види: Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, 2008, стр. 481.

3 J. Padilla, D. Slater, *нав. дело*, стр. 95.

У редовима који следе, биће разјашњени услови под којима додела попуста представља недопуштено понашање на тржишту, при чему ће бити коришћени случајеви из богате праксе институција Уније у овој области.

## II Системи попуста као облик злоупотребе доминантног положаја (*discount and rebate schemes*)

Пре него што се пређе на ближе разјашњење услова под којима се може говорити о постојању злоупотребе доминантног положаја, треба истаћи да су предузећа у својој пракси развила више различитих система попуста. Они се међусобно разликују по свом карактеру, циљевима и утицају на конкурентски процес. У погледу облика попуста, у пракси су присутни: попусти купцима чија куповина пређе одређени праг (*volume rebate schemes*); попусти који се примењују према купцима чије куповине у датој години пређу прошлогодишњи обим куповина (*sales target rebate schemes*); попусти који се одобравају у замену за ексклузивност (*discounts in return for exclusivity*); попусти усмерени ка одређеним групама потрошача, нарочито оним за које се процени да би се највероватније окренули ка конкурентским снабдевачима, на пример потрошачи у пограничним областима (*discounts or rebates „targeted“ against competing suppliers*), попусти „верности“ (*loyalty, fidelity rebates*), агрегатни попусти (*aggregate rebates*), и слично.<sup>4</sup>

Приликом процене да ли је дошло до злоупотребе доминантног положаја, Европска комисија (у даљем тексту: Комисија) ће морати да буде веома обазрива. Наиме, презумпције да одређени системи попуста представљају злоупотребу *per se* нису ни мало поуздане, будући да се може испоставити да они имају позитивне ефекте по конкуренцију. С друге стране, ослањање на овакав приступ значило би потребу за испитивањем ефеката датог система попуста у сваком појединачном случају, што отвара један други проблем, а то је проблем правне сигурности. Заиста, уколико би се у потпуности прихватило овакво резонување, могло би се у пракси догодити да истоветан систем попуста у једном случају буде сматран злоупотребом доминантног положаја, док би у неком другом случају представљао допуштено тржишно понашање. Стога, неопходно је применити „избалансиран“ приступ приликом решавања ове проблематике.

Типичан пример представљају такозвани попусти „верности“. Наиме, они се налазе на танкој нити између антиконкурентског понашања

4 О овим врстама попуста види шире: D. Ridyard, „Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – An Economic Analysis“, *ECLR*, 2002, стр. 286, 288–290, преузето из: А. Jones, В. Sufrin, *нав. дело*, стр. 482–484.

и легитимне конкуренције: с једне стране, таква пракса може имати искључујуће ефекте или иначе може нанети штету потрошачима, омекшавањем конкуренције између различитих робних марки. С друге стране, попусти „верности“ конституишу ефективну конкурентску алатку и могу решити координационе проблеме у производном ланцу, доводећи тако до ефикасности.<sup>5</sup>

Наравно, не треба унапред осудити доделу овог облика попушта потрошачима, с обзиром да лојалност потрошача може бити резултат квалитета производа/услуге, нижих цена и слично, а не неке антиконкурентске радње продавца. Проблем настаје када доминантно предузеће користи попусте „верности“, како би нанео штету конкурентским предузећима.

У том случају, Комисија и Суд су заузели став да ће додела попушта верности од стране доминантног предузећа представљати злоупотребу доминантног положаја, у складу са чланом 102 УФЕУ, на основу четири главна темеља. Прво, потребно је да дати попуст има ефекат подстицања лојалности, који може омести приступ или ширење конкурентских предузећа на релевантном тржишту. Друго, попусти морају имати дискриминаторски карактер. Треће, попусти верности морају бити неправедни. Најзад, четврто, попусти верности морају имати тенденцију да доведу до преграђивања унутрашњег тржишта.<sup>6</sup>

Наведене ставове изнедрила је богата пракса институција Уније.

Тако, у ранијем случају *European Sugar Cartel Case*,<sup>7</sup> Комисија је давање годишњих квантитативних попушта доминантне компаније купцима, који су своје потрепштине прибављали само од тог произвођача, означила као злоупотребу доминантног положаја. Овде су попусти представљали својеврсну награду за ексклузивну куповину од доминантног предузећа, тачније речено радило се о попустима верности. Таквим чином омогућава се искључивање конкурената, а такође долази и до дискриминације купаца који не купују искључиво код доминантног предузећа. Наравно, ово не треба схватити тако да су квантитативни попусти *per se* недопуштени. Они у основи представљају легитиман вид борбе на тржишту, уколико се дају искључиво у вези са количином куповине, уколико се примењују без дискриминације према свим купцима, као и уколико су објективно утврђени. Овај случај је значајан и по томе што је Комисија направила разлику између истинских квантитативних попушта и попушта верности.<sup>8</sup>

5 Gianluca Faella, „The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates“, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, No. 2/2008, стр. 377.

6 *Ibid.*, стр. 384.

7 *Cases 40/73, Suiker Unie v. Commission* [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295.

8 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 486.

Даље, у случају *Hoffmann-La Roche*, Суд<sup>9</sup> је утврдио да је поменута компанија злоупотребила доминантан положај на тржишту витамина, давањем попушта верности већем броју великих купаца. Такав став образложен је чињеницом да доминантно предузеће које веже купце, чак и ако то чини на њихов захтев, уз помоћ обавезе или обећања са њихове стране да прибављају све, или највише својих потрепштина, искључиво од поменутог предузећа, злоупотребава доминантан положај, у смислу тада важећег члана 82 Уговора о ЕЗ.<sup>10</sup> Ово важи како у случају када је обавеза у питању уговорена без даље квалификације, тако и у ситуацији у којој је то предузето с обзиром на давање попушта. Исто се примењује и уколико поменуто предузеће, без везивања купаца формалном обавезом примени, под условима уговора договореним са овим купцима или једнострано, систем попушта верности, односно попушта условљених купчевим прибављањем свих или највише његових потрепштина од предузећа у доминантном положају. На негативан став не утиче ни то да ли се ради о мањем или већем квантитету куповина.<sup>11</sup>

Из наведене одлуке се може закључити да ће понашање доминантног предузећа бити окарактерисано као недопуштено у случају када је подстицај за купце, проузрокован одобравањем попушта верности, тако велики да ће имати идентичан ефекат, као и уговорна одредба о ексклузивној куповини од доминантног предузећа.<sup>12</sup>

Дакле, Суд је третирао попусте верности доминантне компаније злоупотребом *per se*, без оцене могућих (тренутних или потенцијалних) ефеката таквих попушта на тржиште и потрошаче. Штавише, пошло се од тога да је *Hoffmann-La Roche* давао попусте не толико због куповине витамина од њега, већ зато да би стимулативно деловао на потрошаче да не купују код његових конкурената. Такво понашање свакако је било у супротности са тадашњим чланом 82 Уговора о ЕЗ и не би се могло окарактерисати као конкуренција по квалитету, која делује проконкурентски, већ се овде радило о штетном тржишном понашању.

Овај случај је значајан и по томе што је Суд додатно разјаснио разлике између попушта верности и квантитативних попушта. У том смислу, заузет је став да је обавеза куповине искључиво од доминантног предузећа недопуштена, с обзиром да није заснована на економској трансакцији која оправдава тај терет или корист, већ је створена да

9 Раније Европски суд правде (European Court of Justice). У складу са споразумом из Лисабона и ради лакшег сналажења, користимо термин „Суд“ као заједничку ознаку за некадашњи Европски суд правде и садашњи Суд правде ЕУ.

10 Сада члана 102 УФЕУ. У складу са временом доношења одлуке, примењујемо стару „нумерацију“.

11 *Case Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, т. 89.

12 Richard Whish, *Competition Law*, 2009, стр. 720.

онемогући или ограничи купцу могући избор извора снабдевања и да не допусти осталим произвођачима приступ тржишту. За разлику од квантитативних попушта који су искључиво повезани са количином куповина од датог произвођача, попусти верности се изражавају у виду давања финансијске предности ради спречавања купаца да прибављају њихове потрештине од конкурентских произвођача. Ефекат попушта верности је примена неједнаких услова на еквивалентне трансакције са другим трговинским странама. То значи да два купца плаћају различиту цену за исти квалитет истог производа, у зависности од тога да ли прибављају своје потрештине искључиво од доминантног предузећа, или имају неколико извора снабдевања.<sup>13</sup>

Најзад, Суд није прихватио ни такозвану „енглеску клаузулу“ (*English clause*), као основ да се поступак доминантног предузећа не окарактерише као злоупотреба. Наиме, поменута клаузула даје могућност купцима да се снабдевају код конкурената, не губећи притом повластице код доминантне компаније као одмазду за „вероломство“, уколико они нуде повољније цене или повољније услове, у односу на доминантно предузеће. Суд је заузео став да ова клаузула, иако на први поглед омогућава купцу да се снабде и на другом месту, представља прикривени облик злоупотребе и да је чак и погоршава, јер се тако омогућава предузећу *Hoffmann-La Roche* да добије информације о понуди конкурентата и тако припреми терен за борбу против њих.<sup>14</sup>

Пракса попушта верности била је уочљива и у случају *BPB Industries*.<sup>15</sup> Ту је Комисија утврдила да су *British Gypsum Ltd* и компанија „мајка“ *BPB* злоупотребили доминантан положај, нуђењем попушта верности трговцима у Великој Британији који су трговали гипсаним плочама (*plasterboard*). Попусту верности су одобравани искључиво трговцима који су искључиво куповали робу од доминантног предузећа. Заузет је исправан став да такво понашање наноси штете конкурентима, односно другим увозницима, без обзира што су ове компаније тврдиле да су исплате трговцима за промотивне и рекламне трошкове предствљале нормалну комерцијалну праксу, насталу као одговор на растућу моћ купаца. Комисија није прихватила ове наводе и због тога што је сматрала

13 *Case Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, т. 90.

14 *Ibid.*, т. 107–108. О овоме видети и: *Guidelines on Vertical Restraints* [2010], OJ C 130/01, т. 129; иста забрана била је присутна и у ранијим Смерницама о вертикалним ограничењима (*Guidelines on Vertical Restraints* [2000], OJ C 291/1), т. 152. Видети такође и: *DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005, т. 150.

15 *Case BPB Industries* [1989] OJ L 10/50, [1990] 4 CMLR 464; *Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum v Commission* [1993] ECR II-389, [1993] 5 CMLR и *Case C-310/93 P* [1995] ECR I-865, [1997] 4 CMLR 238.

да ће на тај начин бити постигнути ефекти попушта верности, што је такође забрањено понашање. Одлука Комисије је потврђена од стране тадашњег Суда прве инстанце<sup>16</sup> и Европског суда правде.

Слично је било и у случајевима *Soda-ash* и *Soda-ash/Solvay*,<sup>17</sup> где је Комисија такође осудила дискриминаторске (искључујуће) попусте верности које су одобравале поменуте компаније, као и такозване „*top-slice*“ попусте, које су добијали купци који би купили додатне количине сода-праха (изнад унапред утврђене „тонаже“, различите за сваког појединачног купца). На тај начин, доминантно предузеће је резервисало купце за себе и тако злоупотребило доминантан положај, доводећи остале учеснике у неповољну конкурентску позицију.

Попусти верности били су сматрани злоупотребом и у случају *Compagnie Maritime Belge v. Commission*,<sup>18</sup> где је било речи о злоупотреби колективне доминације од стране чланова конференције бродова линијске пловидбе (*liner conference*), као и у случају *Deutsche Post*.<sup>19</sup> У потоњем случају је Комисија такође направила дистинкцију између квантитативних попушта и попушта верности. Притом, заузела је став да попуст повезан са квантитетом, обрачунат на основу процењеног капацитета апсорпције потрошача, може бити означен као попуст верности. Оправдање за такав став је нађено у чињеници да поменути облик попушта изазива негативне ефекте на тржишну структуру, тако што доводи до искључења конкурената са тржишта.<sup>20</sup>

У пракси су уочени и други облици попушта који су окарактерисани као злоупотреба доминантног положаја.

Тако, у случају *Michelin I*,<sup>21</sup> Комисија је сматрала да је компанија Мишелин злоупотребила доминантан положај на холандском тржишту замењивих гума. Овај случај је занимљив и услед тога што је овде радило о такозваним *циљним њојусџима* (*target discounts*). Ови попусти су одобравани дилерима који би остварили циљеве постављене од стране поменутог предузећа и премашили њихове куповине у протеклој години. Циљеви су били постављени различито у односу на сваког појединачног дилера, а референтни период је износио годину дана. Уколико не би остварили циљеве постављене од стране Мишелина на крају пословне године, губили би попусте. Све ово је додатно отежа-

16 Према споразуму из Лисабона, то је сада Општи суд (*General Court*).

17 *Case Soda-ash/Solvay* [1991] *OJ L* 152/21 and *Soda-ash/ICI* [1991] *OJ L* 152/40.

18 *Cases C-395/96 P etc* [2000] *ECR I*-1365, [2000] 4 *CMLR* 1076.

19 *Case Deutsche Post* [2001] *OJ L* 125/27, [2001] 5 *CMLR* 99.

20 *Ibid.*, т. 33.

21 *Case 322/81, Nederlandse Banden-Industrie Michelin v. Commission* [1983] *ECR* 3461, [1985] 1 *CMLR* 282.

но чињеницом да су купци (дилери) морали купити више него претходне године, што их је везивало за Мишелин и затварало тржиште за конкуренте. На овај начин је обезбеђена лојалност купаца према доминантној компанији и тако онемогућен приступ конкурентима. Одлука Комисије била је потврђена од стране Суда, при чему је истакнуто да релативно дуг референтни период може имати негативан утицај на купце, јер крајем тог периода се повећава притисак да се достигне постављени лимит, у циљу стицања попушта. Ипак, тешко је одредити критично трајање референтног периода, посебно ако се узме у обзир прилично контрадикторна пракса институција Уније по овом питању.<sup>22</sup> Такође, показало се да недостатак транспарентности у систему попушта представља погоршавајући чинилац, који налажење злоупотребе доминантног положаја чини вероватнијим.<sup>23</sup>

Циљни попусти били су осуђени од стране Комисије и у случају *Irish Sugar*.<sup>24</sup> Ту се такође радило о попустима условљеним куповином која би премашила ону из прошле године. Као и у случају *Michelin I*, показало се да се лојалност може постићи и заобилазним путем, без изричитог везивања попушта за лојалност према доминантном предузећу. Таква пракса доминантног предузећа је окарактерисана као злоупотреба, будући да су купци вештачки везани за испоручиоца, што би у крајњем случају довело до искључења конкурената са релевантног тржишта.

Одлуку Комисије потврдио је тадашњи Суд прве инстанце, исправно зауевши становиште да је неопходно проценити све околности, нарочито критеријуме и детаљна правила за одобравање попушта. Циљ је одредити да ли постоји тенденција да се уклони или ограничи избор купца у погледу његовог извора снабдевања, да се блокира приступ конкурената тржишту, да се примене неједнаки услови на еквивалентне трансакције са другим трговинским странама, или да се ојача доминантан положај нарушавањем конкуренције.<sup>25</sup> Из ове одлуке се може закључити да је довољно да постоји и *тенденција*, односно *намера* доминантног учесника на тржишту да ограничи избор извора снабдевања купцу, па да се такво понашање окарактерише као злоупотреба доминантног положаја. Стога, није потребно да је дошло и до њене ефективне реализације. Поред тога, утврђено је и да је референтни период, коришћен за израчунавање циљног попушта, отпочео пре него што су лансиране нове робне марке шећера од стране конкурената. То је значи-

22 G. Faella, *нав. чланак*, стр. 386.

23 R. Whish, *нав. дело*, стр. 723.

24 *Case T-228/97, Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ECR II-2969, [1999] 5 CMLR 1300.

25 [1999] ECR II-2969, [1999] 5 CMLR 1300, т. 197.



ло да су попусти рачунати на основу процене капацитета апсорпције потрошача, што је представљало прикривени облик попушта верности.<sup>26</sup>

У случају *Michelin II*<sup>27</sup> радило се о читавом систему попушта који су нуђени од стране поменутог предузећа на тржишту замењивих гума за тешка возила у Француској. Поред индивидуализованих циљних попушта, систем је обухватао и квантитативне попусте, затим такозване сервисне бонусе, као и попусте на основу чланства у Мишелиновом клубу пријатеља. Специфичност система попушта предузећа Мишелин изражавала се кроз постојање стандардизованих шема, за разлику од случаја *Michelin I*, где се радило о индивидуализованим шемама попушта. Комисија је имала примедбе на различите попусте у оквиру овог система.

Пре свега, заузела је став да сервисни бонуси по којима су дилери стицали додатне бодове за минимални проценат куповина Мишелинових производа, као и по основу обавезе систематског повраћаја гума ради њихове обнове, представљају неправедно тржишно понашање, које подстиче на верност произвођачу и веже купце за куповину производа доминантног предузећа. Такође, споран је био и клуб пријатеља Мишелина. Обавеза дилера према овом клубу се састојала у прибављању довољно робе ради моменталног задовољавања потреба купаца, али и у виду достављања различитих података о промету, статистичких података и продајних прогноза, као и будућих стратегија Мишелину. И у овом случају Комисија је заузела негативан став и утврдила постојање злоупотребе доминантног положаја. Најзад, Комисија је негативно реаговала и у погледу квантитативних попушта, сматрајући да таква пракса није у складу са нормалном конкуренцијом заснованом на ценама, као и с обзиром на чињеницу да је референтни период прелазео три месеца (износио је годину дана).

Мишелин се жалио тадашњем Суду прве инстанце, који је потврдио одлуку Комисије.

Пре свега, Суд је сматрао да систем квантитативних попушта, везан искључиво за количину куповина од доминантног предузећа, генерално неће кршити тадашњи члан 82 Уговора о ЕЗ (сада члан 102 УФЕУ). Међутим, то неће бити случај уколико систем није заснован на економски оправданој компензацији предности, већ настоји да спречи купце да прибављају њихове потрошнице од конкурената. Да би био компатибилан са чланом 82 Уговора о ЕЗ, потребно је да је погодност поверена дилерима оправдана обимом пословања који доносе, или економијама обима које дозвољавају испоручиоцу да чини попусте. Другим речима,

26 *Ibid.*, т. 213.

27 *Case Michelin II* [2002] *OJ* L143/1, [2002] 5 *CMLR* 388.

уколико повећање квантитета испоруке резултира нижим трошковима за испоручиоца, потоњи је овлашћен да пренесе то смањење на купца у облику повољније тарифе. У том погледу, Суд је сматрао да Мишелин није показао да је његов систем квантитативних попушта био заснован на објективним економским разлозима. Осим тога, изведен је и закључак да поменути систем попушта ограничава дилерима избор испоручиоца, али и отежава приступ тржишту конкурентима. Стога, Суд је потврдио став Комисије да систем квантитативних попушта доводи до кршења члана 82 Уговора о ЕЗ, због тога што је неправедан, зато што подстиче верност, али и доводи до преграђивања заједничког тржишта,<sup>28</sup> јер се ограничава само на тржиште једне државе чланице, Француске. На преграђивање тржишта институције Уније у пракси оштро реагују, имајући у виду да је то противно основним темељима на којима је заснована Унија. Дакле, Суд је закључио да систем квантитативних попушта у којем постоји значајна варијација у износима попушта између нижих и виших корака, која има референтни период од једне године и у којем је попуст фиксиран на основу укупног промета постигнутог током референтног периода, има карактеристике система попушта који подстиче на верност.

Такође, сматрао да је успостављање обавеза дилерима да саопште детаљне информације о промету, статистикама и продајним прогнозама, као и о будућим стратегијама и развоју тржишних удела Мишелина, искључиво имало за циљ прикупљање података о тржишту који нису јавни, а од значаја су за спровођење властите маркетиншке стратегије. Имајући у виду наведено, као и чињеницу да је на тај начин додатно повећана зависност дилера од Мишелиновог клуба пријатеља, да су дилери додатно везани за Мишелин, као и да то доводи до елиминације конкуренције од стране других произвођача, Суд је подржао став Комисије о забрањености таквог понашања.<sup>29</sup>

На основу реченог, извлачи се закључак да попусти дати од стране доминантног предузећа могу да се сврстају у две категорије. У прву би спадали економски оправдани квантитативни попусти, док би се у другу групу сврстали попусти који подстичу верност (*loyalty-inducing discounts*). За квантитативне попусте за које није доказано да су економски оправдани, сматраће се да подстичу верност. Такви попусти ће бити *per se* забрањени. Да би се могло говорити о ометању одржања степена конкуренције који још постоји на тржишту, није потребно да постоји

28 Сада је то унутрашње тржиште (*internal market*), у складу са одредбама Споразума из Лисабона.

29 О овом случају видети и: Denis Waelbroeck, „Michelin II: a per se rule against rebates by dominant companies“, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1, No. 1/2005, стр. 149-171.

стваран ефекат, већ је довољно показати да понашање доминантног предузећа *може да доведе* до такве ситуације. На крају, Суд је извукао исправан закључак да антиконкурентски циљ и антиконкурентски ефекат представљају једно те исто, кад је у питању примена члана 82 Уговора о ЕЗ (сада 102 УФЕУ).<sup>30</sup>

У пракси институција Уније нарочито значајан је и случај *Virgin/British Airways*,<sup>31</sup> где је Комисија окарактерисала као злоупотребу примену система попушта примењиваних од стране предузећа *British Airways* (BA). Систем се састојао у давању попушта, односно стимулација, путничким агентима у области ваздушног саобраћаја, како би они „преферирали“ карте BA, а не карте конкурентских превозника. Овај систем је подразумевао додатне исплате, уколико путнички агенти премаше прошлогодишњу продају карата BA. Притом, провизија коју су остваривали путнички агенти је била повећана не само на бази вишка продатих карата (који би прелазео прошлогодишњи праг), већ на свим картама које би путнички агент продао у одређеном временском периоду, укључујући и продати вишак. Такав систем попушта имао је, према Комисији, негативне ефекте по тржишну структуру, зато што се тако „градила верност“ путничких агената и на тај начин извитоперила конкуренција међу њима. Истовремено, Комисија је сматрала да је овим системом попушта верности вршена дискриминација између путничких агената, што је било у директној супротности са тадашњим чланом 82 Уговора о ЕЗ. Овај случај је значајан по томе што је ово било први пут да се Комисија суочила са системом попушта верности у области услуга, а где је купац био доминантан (у овом случају BA). Сем тога, показало се да Комисија има на располагању два начина за поступање у оваквим случајевима: може да поступи као у случају *Hoffmann-La Roche*, или на основу тадашњег члана 82(2)(ц) Уговора о ЕЗ, уколико се први начин покаже неадекватним.<sup>32</sup> Одлука Комисије потврђена је и од стране тадашњег Суда прве инстанце и Европског суда правде.

Пракса попушта верности осуђена је и у случају *Prokent-Tomra*,<sup>33</sup> где се радило о склапању ексклузивних споразума и шема попушта који подстичу на верност на тржишту испоруке половних машина за прикупљање коришћених стаклених и пластичних боца или конзерви (*Reverse Vending Machines*), у замену за депозит. Шема попушта је омогућавала муштеријама да остваре ретроактивне попусте или бонусе. Услов за то је био да ли су достигли одређени индивидуализовани куповни циљ на крају референтног периода. Уколико би се то остварило,

30 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 501.

31 *Case Virgin/British Airways* [2000] OJ L 30/1, [2000] 4 CMLR 999.

32 Види: Richard Whish, *Competition Law*, 2003, стр. 698.

33 *Case T-155/06 Tomra Systems and others v Commission*.

бонуси су исплаћивани на крају референтног периода, у облику новчаног повраћаја, бесплатним машинама и слично. Овај случај је значајан по томе што је Комисија утврдила да је пракса поменутог предузећа имала негативан ефекат по конкуренцију, али и што је показао како систем од неколико облика злоупотребе може имати јак *кумулятивни ефекат* на тржишту.<sup>34</sup>

Иако је из горе наведених примера видљиво да су одређени системи попушта у пракси оцењени као недопуштени, то не анулира раније изнети став да они у одређеним приликама представљају *легитимну пословну стратегију*. На пример, квантитативни попусти могу бити допуштени уколико су искључиво повезани са количином куповина, одређени објективно и примењиви на све потрошаче. Слично је и са попустима датим у случају промптог плаћања, као и са исплатама учињеним купцима услед учешћа у промоцији производа, или обезбеђењу простора на полицама у супермаркету; у случају *Virgin/British Airways* попусти који се односе на постизање економске ефикасности такође су сматрани допуштеним,<sup>35</sup> и слично. Ипак, у пракси су се искристалисале ситуације у којима ће се сматрати да поступци доминантних предузећа неће бити оправдани, као што су: потреба планирања производних активности, ограничавања увоза који су угрозили регуларност и поузданост испорука дестабилизацијом националних тржишта, стимулација промотивних напора дистрибутера, као и потреба награђивања потрошача за издавање гаранције.<sup>36</sup> Поједини аутори исправно сматрају да је, ради очувања правне сигурности, потребно креирати такозване „сигурне луке“ (*safe harbours*), наводећи, између осталог, да би системи попушта који захтевају од муштерија да обезбеђују највише 50% својих потреба за неким производом од доминантне компаније, у периоду од „три месеца или мање“, требали бити сматрани допуштеним.<sup>37</sup>

34 О овоме видети више: Frank Maier-Rigaud, Dovile Vaigauskaite, „Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect competition“, *Competition Policy Newsletter*, No. 2/2006, стр. 19–24; G. Faella, *нав. чланак*, стр. 394–396.

35 R. Whish, *нав. дело*, стр. 701; J. Padilla, D. Slater, *нав. дело*, стр. 98–100, 102–103.

36 G. Faella, *нав. чланак*, стр. 391.

37 Види: J. Padilla, D. Slater, *нав. дело*, стр. 104. Суштина овог схватања је у томе што би, у случају да се системом попушта обухвати максималан опсег од 50%, преосталих 50% потражње било отворено за конкуренцију. То не значи да „резервисаних“ 50% потражње може бити обухваћено ексклузивношћу. Могућ је само подстицај на ексклузивност, па уколико је то довољно потрошачима они ће вршити куповину од доминантног предузећа. У супротном, снабдеће се код конкурентских произвођача. Више о овим „сигурним лукама“ види на стр. 100–101. Ипак, не би се могло у потпуности бранити становиште у погледу трајања система попушта у трајању од три месеца. У одређеним областима, као што су информационе технологије, где је иновативност присутна на дневном нивоу, чак и овако кратак период може да представља злоупотребу.

### III Закључак

Дакле, имајући у виду проблематику попушта, потребу разјашњења под којим условима ће они представљати злоупотребу, а нарочито правну несигурност услед примене принципа „*злоупотреба per se*“, било је неопходно изнаћи одређена решења. Несумњиво је да претпоставке да одређени системи злоупотреба представљају злоупотребу *per se* не представљају пожељно средство приликом процене допуштености одређеног система попушта. Даље, чини се сасвим оправданим приступ по којем је за процену допуштености система попушта неопходно проценити његове *ефекте* (како стварне, тако и потенцијалне) на конкуренцију или потрошаче (односно *effects-based approach*). Другачије речено, треба испитати да ли би систем попушта довео до искључења конкурената са релевантног тржишта, или би за последицу имао дискриминацију међу потрошачима доминантне компаније. Уколико би дати систем попушта имао наведене последице, кумулативно или алтернативно, представљао би злоупотребу доминантног положаја, у смислу члана 102 УФЕУ. Наравно, приступ од случаја до случаја угрозио би правну сигурност компанија, будући да би се идентичан систем попушта у различитим случајевима могао различито третирати. Стога, треба прихватити мишљења појединих аутора да је, ради очувања правне сигурности, потребно креирати такозване „сигурне луке“ (*safe harbours*), што би свакако унело одређену дозу правне извесности. На крају, проблем ће представљати и претерана дискреција Комисије, приликом одлучивања о допуштености попушта, што може створити бројне практичне проблеме.

**Siniša DOMAZET, PhD**

**Associate Member at the Institute of Economic Sciences**

## DISCOUNTS AS A FORM OF ABUSE OF DOMINANT POSITION IN EU COMPETITION LAW

### Summary

*Discounts, basically, represent a legitimate form of struggle in the market. However, under certain conditions, granting discounts by dominant companies constitute an abuse of a dominant position. Assumption that certain systems of abuse constitute abuse per se is not a desirable tool in assessing the compatibility*

*of a system of discounts. To assess the compatibility of the system of discounts, it is necessary to estimate its actual and potential effects on competition or consumers. If the system of discounts is led to the exclusion of competitors from the relevant market, or would result in discrimination among consumers dominant companies, it would be an abuse of a dominant position, within the meaning of Article 102 Treaty on the Functioning of the European Union. The paper used positive-legal method that is designed for the analysis of the rules related to the abuse of a dominant position in the EU, as well as the legal and logical method of induction and deduction, which has been applied to solve many legal and logical problems in conjunction with the systems of discounts in EU.*

**Key words:** EU, law, competition, discounts.