

Др Синиша Домазећ, доцент,
Универзитет EDUCONS, Сремска Каменица,
спољни сарадник Института економских наука у Београду

УГОВОРИ О ЕКСКЛУЗИВНОЈ ТРГОВИНИ КАО ОБЛИК ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

САЖЕТАК: Злоупотреба доминантног положаја забрањена је чл. 102. Уговора о функционисању ЕУ. Један од облика злоупотребе доминантног положаја представљају уговори о ексклузивној трговини. Пракса је показала да предузеће које је у доминантном положају на тржишту и веже купце, уз помоћ обавезе или обећања са њихове стране, да ће прибављати све или највећи део својих потроштина искључиво од датог предузећа, врши злоупотребу доминантног положаја. Ипак, ови уговори нису недопуштени *per se*. Аргумент против аутоматске забране уговора о ексклузивном пословању лежи у чињеници да ови уговори могу бити објективно оправдани с обзиром на њихове ефекте на тржишту у сваком појединачном случају. Објективно оправдање би могло бити могуће у ситуацијама у којима би антиконкурентски ефекти датог уговора о ексклузивном снабдевању били сведени на минимум нужан за постизање одређених економских предности, као што су сигурност снабдевања, ниже цене и друге погодности. Искуства Европске комисије биће од велике користи за Комисију за заштиту конкуренције Републике Србије, с обзиром на недостатак одговарајуће праксе у овој области.

Кључне речи: право, ЕУ, конкуренција, злоупотреба доминантног положаја, уговори о ексклузивној трговини

* Рад примљен 19. 2. 2014. године.

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 за период од 2011. до 2014. године.

1. УВОД

Злоупотреба доминантног положаја забрањена је чл. 102. Уговора о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ). Ипак, неће се сматрати недопуштеним да неко предузеће поседује доминантан положај на тржишту. Јака тржишна позиционираност предузећа може бити последица добре пословне политике предузећа, квалитетне понуде производа/услуга, већих инвестиција у истраживање и развој, доброг маркетинга и слично. Дакле, не може се санкционисати неко предузеће само због тога што је постигло боље пословне резултате у односу на своје конкуренте на тржишту. Тако би се пожељна борба на тржишту заснована на квалитету и пословној уместности претворила у своју супротност. То не значи да предузећа која имају доминантан положај на тржишту не поседују било какву одговорност. У том смислу, Европска комисија је у Упутству о приоритетима у примени чл. 82. Уговора о ЕЗ на злоупотребљавајуће понашање доминантних предузећа (у даљем тексту: Упутство о примени) заузела став да дато предузеће има специјалну одговорност да не допусти да његово понашање ослаби истинску неискривљену (*undistorted* – прев. аутора) конкуренцију на унутрашњем тржишту¹.

Злоупотребе доминантног положаја јављају се у многим облицима, од којих ће у овом раду бити детаљније обрађен један од њих – ексклузивно пословање. Разуме се, овај облик злоупотребе доминантног положаја боље ће се схватити уколико се у разматрање укључе и случајеви из богате праксе Европске комисије (у даљем тексту: Комисија).

2. КОНТРОЛА УГОВОРА О ЕКСКЛУЗИВНОЈ ТРГОВИНИ ОД СТРАНЕ ИНСТИТУЦИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Уговор о ексклузивној трговини представља споразум уз помоћ којег је потрошач обавезан да прибави све или највећи део својих потрепштина за релевантним производом од једног испоручиоца.² На основу наведене дефиниције, може се закључити да се овакви уговори већ унапред

¹ *Communication from the Commission-Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* [2009], OJ C45/7. С обзиром да је сада на снази Уговор о функционисању ЕУ, у даљем тексту биће коришћена нова нумерација, дакле чл. 102. Уговора о функционисању ЕУ.

² Lugard, P., *Eternal Sunshine on a Spotless Policy? Exclusive Dealing under Article 82 EC*, (2006) 2 *European Competition Journal*, 163, преузето из: Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law*, 2008, 475.

могу окарактерисати као недопуштени у складу са чл. 102. УФЕУ. Заиста, уговорна обавеза купца да неке производе прибавља искључиво од једног добављача на први поглед може деловати као недопуштено тржишно понашање. То посебно важи ако испоручилац поседује доминантан положај на тржишту. У том случају, он ће настојати да истисне конкуренте са релевантног тржишта, тако што ће их онемогућити да продају потрошачима своје производе, односно услуге. То може да се учини не само уговорима о ексклузивном пословању, већ и уз помоћ различитих облика попушта.³ Директна последица недозвољених уговора о ексклузивном пословању може бити искључивање конкурената са тржишта, што у крајњем исходу доводи до нарушавања конкуренције на унутрашњем тржишту и интереса потрошача уопште.

Ипак, уговори о ексклузивној трговини не морају увек бити недопуштени, са аспекта конкурентских норми. Тако, доминантно предузеће може компензовати, у целини или делимично, купце за евентуалне губитке у пословању које би могли претрпети као резултат закључивања уговора о ексклузивној трговини. С обзиром да поменути уговори настају као резултат сагласности воља обеју уговорних страна, купац ће сам проценити да ли му је интерес да закључује споразум који за њега предвиђа одређена ограничења у погледу извора снабдевања. Исто важи и за другу уговорну страну. Дакле, интереси купца нису ни на који начин угрожени уколико је он својевољно пристао да закључи дати уговор о ексклузивном пословању.

Имајући у виду наведено, поставља се питање под којим условима ће овакви споразуми бити окарактерисани као злоупотреба доминантног положаја, односно на који начин ће Комисија разграничити допуштене од недопуштених облика борбе на тржишту? Решавање ове дилеме је од великог значаја, будући да би погрешан одговор довео до значајних негативних последица не само по уговорне стране неког споразума, већ би нанео штету нормалном одвијању конкурентског процеса.

³ У погледу облика попушта, 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. О овоме видети: Домазет, С., *Појусићи као облик злоупотребе доминантног положаја у праву конкуренције ЕУ*, Право и привреда, 7–9/2013, 96–109; Ridyard, D., *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82-An Economic Analysis*, (2002) ECLR 286, 288–290, преузето из: Jones, A., Sufrin, B., *Ibidem*, 482–484.

Разматрајући ово питање, Комисија је заузела став да би било погрешно закључити по аутоматизму да су све обавезе ексклузивне куповине, узете заједно, од користи за све купце, укључујући и оне који тренутно не купују од доминантног предузећа, као и за крајње купце. Комисија ће обратити пажњу на оне случајеве где је вероватно да купци као целина неће имати користи. То ће посебно бити случај уколико постоји много купаца, а ексклузивне обавезе куповине од доминантног предузећа узете заједно, имају ефекат спречавања уласка на тржиште или експанзију конкурентских предузећа⁴.

Комисија ће применити чл. 102. УФЕУ уколико је, на основу уверљивих и убедљивих доказа, вероватно да ће наводно злоупотребљавајуће понашање довести до антиконкурентског искључења.⁵ Разуме се, Комисија ће приликом процене применити одговарајуће критеријуме. У складу са Упутством о примени, релевантни критеријуми су:⁶ а) положај доминантног предузећа; б) услови на релевантном тржишту; в) положај конкурената доминантног предузећа; г) положај купаца или испоручилаца инпута; д) домашај наводно злоупотребљавајућег понашања; њ) могући доказ конкретног искључивања; е) директан доказ било које искључујуће стратегије⁷, и слично.

Поред наведених општих фактора, анализа Комисије укључиваће и друге факторе од посебног значаја за одређивање да ли ће бити интервенције у погледу споразума о ексклузивној куповини. У том погледу, капацитет да би обавезе ексклузивне куповине резултирале у антиконкурентском искључивању настаје посебно у случају када су, без обавеза, важна конкурентска ограничења остварена од стране конкурената који или нису још присутни на тржишту у време када су обавезе закључене, или који нису у позицији да се такмиче за пуну испоруку од купаца. Конкуренти неће бити у стању да се такмиче за целокупну потражњу појединачних купаца, због тога што је доминантно предузеће незаобилазан трговински партнер најмање за део потражње на тржишту. С друге стране, уколико конкуренти могу да се такмиче под једнаким условима за потражњу сваког појединачног купца, обавезе ексклузивне куповине генерално неће спутавати ефективну конкуренцију, осим уколико је промена добављача од стране купаца

⁴ Упутство о примени, т. 34.

⁵ *Ibidem*, т. 20.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Примера ради, као доказ постојања искључујуће стратегије могу да послуже интерни документи који садрже директан доказ стратегије да се искључе конкуренти, као што су детаљан план за укључивање у извесне поступке у циљу да се искључи конкурент, спречи улазак или појављивање на тржишту, или доказ конкретних бојазни од поступака искључивања. О овоме видети: Упутство о примени, т. 20.

отежана због трајања обавезе ексклузивне куповине. Што је дуже трајање обавезе, већа је и вероватноћа искључујућег ефекта. Међутим, уколико је доминантно предузеће незаобилазан трговински партнер за све или највећи део купаца, чак и обавеза ексклузивне куповине која је кратког трајања може довести до антиконкурентских ефеката.⁸

Када Комисија изврши анализу свих наведених чинилаца (општих и специфичних), анализираће и било које друге факторе које сматра оправданим.⁹ Овакво решење је оправдано, имајући у виду специфичност сваког случаја понаособ. Поменута анализа биће извршена тако што ће Комисија упоредити стварну или вероватну будућу ситуацију на релевантном тржишту (са понашањем доминантног предузећа у месту), са одговарајућом хипотетичком, као што је просто одсуство понашања у питању или са другим реалистичним алтернативним сценариом, имајући у виду установљене пословне праксе.¹⁰

Ипак, у неким случајевима Комисија неће морати да спроведе детаљну процену пре него што закључи да дато понашање може да доведе до повреде потрошача. С тим у вези, уколико изгледа да понашање може само да подигне препреке за конкуренцију и да то ствара неефикасности, може се закључити да постоји његов антиконкурентски ефекат. То ће бити случај уколико доминантно предузеће спречава његове купце да тестирају производе конкурената, или ако предвиђа финансијске подстицаје својим купцима под условом да они не тестирају такве производе. Исто важи и ако доминантно предузеће плаћа дистрибутеру или купцу да одложи увођење на тржиште конкурентских производа и слично.¹¹

У вези са уговорима о ексклузивној куповини налазе се и условни попусти. То су попусти који се дају купцима како би се наградили за посебан облик куповног понашања. Они се најчешће изражавају кроз доделу попуста купцу уколико његове куповине у оквиру унапред дефинисаног периода пређу одређени праг, преко попуста који се дају на све куповине (ретроактивни попусти) и слично. Условни попусти нису *per se* недопуштени, што значи да предузећа могу да их нуде у циљу привлачења веће потражње, односно стимулација потражње. Ипак, Комисија је заузела став да и такви попусти, када се дају од стране доминантног предузећа, такође могу имати потенцијалне искључујуће ефекте, сличне обавезама ексклузивне куповине.¹²

⁸ Упутство о примени, т. 36.

⁹ *Ibidem*, т. 21.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, т. 22.

¹² *Ibidem*, т. 37.

Да би проценила да ли је дати систем условних попушта у стању да резултира у антиконкурентском искључењу, Комисија ће применити детаљну анализу. У том погледу, примениће већ поменуте опште критеријуме из т. 20. Упутства о примени, али и одређене специфичне факторе.

Тако, вероватноћа антиконкурентског искључења биће већа уколико конкуренти нису у стању да се такмиче под једнаким условима за целокупну потражњу или сваког појединачног купца. У том погледу, условни попуст додељен од стране доминантног предузећа може му омогућити да користи вредност која би била купљена од стране муштерија од доминантног предузећа у сваком случају као полугу за смањење цене која би била плаћена за износ који би купац могао поднети и бити у стању да пронађе замену.¹³

Кад је реч о ретроактивним попустима, њихов потенцијални искључујући ефекат је у основи најјачи на последњој купљеној јединици производа пре него што је праг пређен. Ипак, за оцену ефекта подстицања на лојалност датог попушта биће релевантан искључујући ефекат система попушта на стварне или потенцијалне конкуренте доминантног снабдевача. У том смислу, што је већи попуст као проценат укупне цене и већи праг, већи је подстицај испод прага и, због тога, већа је вероватноћа искључења стварних или потенцијалних конкурената.¹⁴

Комисија ће такође истражити да ли је дати систем попушта у стању да омета експанзију или улазак на тржиште чак и од конкурената који су једнако ефикасни, отежавајући им да испоруче део поруџбина појединих купаца. Истовремено, Комисија ће проценити коју цену би конкурент могао да понуди у циљу да компензује купца за губитак условног попушта уколико би потоњи пренео део своје потражње од доминантног предузећа. Ефективна цена са којом би конкурент морао да се такмичи није просечна цена доминантног предузећа, већ нормална цена умањена за попуст који купац губи преношењем, рачуната у односу на релевантни опсег продаја и у релевантном временском периоду.¹⁵

Даље, релевантан опсег у односу на који ће се рачунати ефективна цена у појединачном случају зависиће од чињеница сваког случаја понаособ, као и у зависности од облика попушта. Тако, ако се ради о такозваним попустима пораста (*incremental rebates* – прев. аутора), релевантан опсег су нарасле куповине које су биле размотрене. С друге стране, ретроактивни попусти ће се разматрати имајући у виду у коликој мери куповни захтеви купаца могу реално бити пренети на конкурента. С тим у вези, уколико је

¹³ *Ibidem*, т. 39.

¹⁴ *Ibidem*, т. 40.

¹⁵ *Ibidem*, т. 41.

вероватно да би купци били вољни и у стању да релативно брзо пренесу велике вредности потражње на потенцијалне конкуренте, релевантан опсег ће вероватно бити релативно велики. С друге стране, уколико је вероватно да би купци били само вољни и у стању да пренесу мале вредности пораста постепено (*incrementally* – прев. аутора), тада ће релевантан опсег бити релативно мали. За постојеће конкуренте њихов капацитет да прошире продају купцима, као и флукуације у овим продајама током времена могу обезбедити индикацију релевантног опсега. За потенцијалне конкуренте, процена лествице на којој би нови учесник могао реално бити у стању да уђе може бити предузета у случају када је то могуће. Могуће је употребити и историјски образац раста нових учесника на истим или сличним тржиштима, као индикацију реалног тржишног удела новог учесника.¹⁶

Што је нижа процењена ефективна цена у релевантном опсегу, у поређењу са просечном ценом доминантног снабдевача, већи је ефекат повећања лојалности. Ипак, све док ефективна цена остаје доследно изнад дугорочних просечних трошкова додатне понуде (*long-run average incremental cost* – прев. аутора) доминантног предузећа, то би нормално омогућило једнако ефикасном конкуренту да се такмичи профитабилно упркос попусту. У оваквим околностима попуст обично није у стању да искључује на неконкурентан начин.¹⁷

Уколико је ефективна цена испод просечног отклоњивог трошка (*average avoidable cost* – прев. аутора), као опште правило шема попушта је у стању да искључује чак и једнако ефикасне конкуренте. У случају да је ефективна цена између просечног отклоњивог трошка и дугорочног просечног трошка додатне понуде, Комисија ће истражити да ли други фактори наводе на закључак да ли ће улазак или експанзија чак и од једнако ефикасних конкурената вероватно бити повређени. У том погледу, Комисија ће такође истражити да ли и до ког домаћаја конкуренти имају реалне и ефективне контрастратегije на располагању. Уколико их немају, Комисија ће сматрати да је шема попушта у стању да искључи једнако ефикасне конкуренте.¹⁸

Наведене анализе представљаће део генералне процене, узимајући у обзир друге релевантне квантитативне или квалитативне доказе. Важно је размотрити да ли је систем попушта примењен са индивидуализованим или стандардизованим прагом. Индивидуализовани праг се заснива или на проценту укупних поруцбина купца или на индивидуализованој циљаној количини. На тај начин, дозвољава се доминантном снабдевачу да постави

¹⁶ *Ibidem*, т. 42.

¹⁷ *Ibidem*, т. 43.

¹⁸ *Ibidem*, т. 44.

праг на таквом нивоу да отежа купцима да промене снабдевача, при чему ствара максималан ефекат подстицања на лојалност. Супротно, стандардизовани количински праг, при чему је праг идентичан за све или за групе купаца, може бити превисок за неке мање групе купаца и/или сувише низак за веће купце да би имао ефекат подстицања на лојалност. Ако, међутим, може бити установљено да стандардизовани количински праг апроксимира поруцбине знатног дела купаца, Комисија ће евентуално сматрати да такав стандардизован систем попушта може произвести антиконкурентске искључујуће ефекте.¹⁹

Такође, Комисија може разматрати и наводе доминантног предузећа да системи попушта постижу цене или друге предности које се преносе на купце. У том погледу, предности које се односе на трансакционе трошкове вероватније је да ће се постићи са стандардизованим количинским циљевима, него са индивидуализованим. Слично као у претходној ситуацији, шеме са растућим попустима, генерално гледајући, вероватније дају препродајцима подстицај да производе или препродају веће количине, него што је то случај са ретроактивним шемама попушта. Под истим условима, Комисија ће размотрити доказе који показују да аранжмани ексклузивног пословања резултирају у предностима за посебне купце уколико су ови аранжмани нужни да би доминантно предузеће извршило извесне инвестиције у односе са купцима, како би било способно да снабдева те купце.²⁰

3. ПРАКСА КОМИСИЈЕ И СУДА

У пракси институција Уније се показало да поменути уговори о ексклузивној трговини, односно уговори којим се купац (потрошач) обавезује да прибавља све или највећи део својих потрепштина (релевантног производа) од једног испоручиоца (снабдевача), могу представљати злоупотребу у смислу чл. 102. УФЕУ. Дакле, клаузуле о ексклузивном снабдевању могу да утичу на постојећу тржишну структуру, будући да на овај начин доминантна компанија додатно ојачава свој положај, истовремено слабећи већ ионако слабу конкуренцију на тржишту, што на крају може довести и до њеног потпуног нестајања.

Тако, у познатом случају *Hoffmann-La Roche*, Суд²¹ је заузео став да су уговори о ексклузивној трговини недозвољени, односно представљају зло-

¹⁹ *Ibidem*, т. 45.

²⁰ *Ibidem*, т. 46.

²¹ У складу са споразумом из Лисабона, у циљу лакшег сналажења користимо термин „Суд“ као заједничку ознаку за Европски суд правде и Суд правде ЕУ.

употребу уколико се ради о испоручиоцу који заузима доминантан положај на релевантном тржишту.²² Слично је било и у случају *Soda-Ash-ICI*²³, где је Комисија заузела идентичан став као и Суд у случају *Hoffmann-La Roche*, сматрајући повредом тадашњег чл. 82. Уговора о ЕУ (сада чл. 102. УФЕУ) обавезивање (обећање) купца да ће све или највећи део својих потреба подмиривати искључиво од доминантног предузећа. Ствар је у томе што се на овакав начин искључују конкурентски снабдевачи са тржишта, јер би одсуство ексклузивности снабдевања омогућило истим да се активно укључе у тржишну утакмицу са доминантним учесником.

Јасно је да се оваквим поступцима наноси штета крајњим купцима (потрошачима), с обзиром да одсуство конкуренције доводи до већих цена, слабијег квалитета услуге и томе слично.

Пракса је показала да се ексклузивност, односно „везивање” купаца за доминантног испоручиоца може обезбедити на више начина. Пре свега, ексклузивност је могуће обезбедити уговорним путем, односно уношењем у уговор између доминантног испоручиоца и купца одредбе којом се потоњи обавезује да ће искључиво или највећим делом куповати од доминантног предузећа. Друго, доминантни испоручиоци су у пракси ексклузивност снабдевања обезбеђивали и путем такозваних попушта верности (*loyalty rebates*). Овде је попуст представљен као својеврсна награда купцима који купују само код доминантне компаније, а не и код њених конкурената. Другим речима, купци бивају награђени за своју „верност” одређеним попустима, при чему су они усмерени на одвраћање купаца од куповине код конкурената. Наравно, давање попушта није само по себи недопустиво, већ је овде реч о награди купцима за некуповање код конкурената, чиме се потоњи доводе у неповољан конкурентски положај, а управо то је у супротности са чл. 102. УФЕУ. И на овај начин доминантна компанија ојачава свој положај на тржишту и додатно слаби ионако слабу конкуренцију. Важно је истаћи да попусте верности које даје доминантна компанија треба разликовати од попушта на основу квантитета, јер се потоњи не сматрају опасним и штетним по конкуренцију. Ипак, они ће такође бити санкционисани уколико се не примењују једнако према свим купцима у складу са унапред дефинисаним критеријумима.

Слично је и са такозваном „енглеском клаузулом” (*English clause*) која 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 друге услове од доминантног предузећа. Међутим, ова клаузула, иако на први поглед омогућава купцу да се снабде и

²² Види: А. Jones, В. Sufrin, *op. cit.*, 476.

²³ Case *Soda-Ash-ICI*, [2003] OJ L10/33, пар. 142.

на другом месту, представља прикривену злоупотребу, јер се тако омогућава доминантној компанији да сазна цене и друге пословне информације својих конкурената и тако припреми терен за борбу против њих.²⁴

Понекад се ексклузивност може обезбедити и уз помоћ приоритетних испорука у време несташица, као што је било у случају *BPB Industries*²⁵ где је Комисија осудила овакву праксу. Такав став Комисије подржао је и тадашњи Суд прве инстанце, сматрајући да пракса компаније *BG*, која је правила разлику између купаца који пласирају на тржишту гипсане плоче (*plasterboard*) увезене и произведене од конкурената и оних купаца који прибављају залихе од *BG* представља злоупотребу доминантног положаја у складу са тадашњим чл. 82. Уговора о ЕЗ. Такав критеријум, који резултира у обезбеђењу једнаких услуга под неједнаким условима, је по себи антикомпетитиван услед дискриминаторске сврхе и искључујућих ефеката који могу резултирати из таквог поступања.²⁶

За још боље разумевање ове проблематике важно је позабавити се и случајем *Van den Bergh Foods HB Ice Cream Ltd*²⁷. У овом случају компанија *Van den Bergh Foods* склопила је уговор о дистрибуцији сладоледа са продавцима на мало у Ирској. Поменути уговор је предвиђао да се расхладне витрине уступе продавцима на мало у циљу складиштења и излагања сладоледа поменуте компаније, при чему су се у њих могли „одлагати” само сладоледи поменуте компаније, а не и конкурентски. Такав поступак је, према мишљењу Комисије, представљао злоупотребу доминантног положаја у смислу тада важећег чл. 82. Уговора о ЕЗ, будући да је поменута компанија имала удео на релевантном тржишту од 75 %, а истовремено је био прекршен и тадашњи чл. 81. Уговора о ЕЗ (сада чл. 101. УФЕУ). Став Комисије је подржао и тадашњи Суд прве инстанце, заузевши став да је клаузула којом је омогућена ексклузивност спречавала продавце на мало да продају друге робне марке сладоледа, чак и уколико постоји потражња за њима, а сем тога, спречавала је конкурентске произвођаче да остваре приступ релевантном тржишту.²⁸

Овај случај је био посебно интересантан због тога што је показао да је могуће обезбедити ексклузивност и без њеног изричитог уговарања или уз помоћ попушта верности – штавише, овде она фактички постоји и делује. С друге стране, појавило се и питање заштите права својине. Наиме,

²⁴ О „енглеској клаузули” види и: *DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005., т. 150.

²⁵ Case T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum Ltd v. Commission* [1993] ECR II-389, [1993] 5 CMLR 32.

²⁶ *Ibidem*, CFI, т. 94.

²⁷ [1998] OJ L246/1, [1998] 5 CMLR 530.

²⁸ *Ibidem*, CFI, т. 160.

доминантна компанија је као контрааргумент тврдила да би став Комисије омогућио да сладолед конкурентских произвођача буде „одлаган” у њеним расхладним витринама, које је она или бесплатно изнајмљивала или давала у закуп продавцима на мало за износ који није био наплаћиван. Комисија је сматрала да недодирљивост права својине може бити занемарена до неопходног степена уколико је то у јавном интересу. Поменута компанија се жалила тадашњем Суду прве инстанце, али без успеха, будући да је Суд заузео идентичан став као и Комисија. Притом је утврдио да је 40 % радњи на релевантном тржишту било везано клаузулом ексклузивитета, као и да је она имала ефекат спречавања приступа тржишту конкурентима, односно продаваца на мало да продају конкурентске марке сладоледа.²⁹ Дакле, институције Уније су занимали ефекти таквих клаузула по конкуренцију (тзв. *effects-based analysis*). Слично је прошла и жалба упућена тадашњем Европском суду правде (сада Суду правде ЕУ).

На крају, треба поменути и случај нешто новијег датума, *DeBeers/Alrosa* (2006)³⁰, где је Комисија окарактерисала као злоупотребу доминантног положаја уговор којим се компанија *DeBeers*, доминантна на светском тржишту испоруке необрађених дијаманата и водећа светска рударска компанија за производњу дијаманата, обавезала да купује одређене количине необрађених дијаманата од руске компаније *Alrosa*, доминантне на руском тржишту, у периоду од пет година. Такав став Комисија је правдала чињеницом да би овај уговор могао водити ка фактичкој ексклузивној дистрибуцији (дакле, поново без изричитог уговарања), јер би *Alrosa* овим уговором изгубила могућност да делује као независан испоручилац ван Русије. Ипак, тадашњи Суд прве инстанце је поништио одлуку Комисије.

4. ЗАКЉУЧАК

На основу реченог, може се закључити да уговори о ексклузивној трговини у великој мери могу да наруше конкуренцију на унутрашњем тржишту Уније, па стога потпадају под забрану садржану у чл. 102. Уговора о функционисању ЕУ. То не треба да чуди, с обзиром да прибављање целокупног или највећег дела поруцбина од једног (доминантног) снабдевача може да истисне друге конкуренте са тржишта. Пракса Суда је показала да предузеће које је у доминантном положају на тржишту и веже купце, уз помоћ обавезе или обећања са њихове стране да ће прибављати

²⁹ *Ibidem*. О овоме види и: *DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005., т. 149.

³⁰ COMP/B-2/38.381, 22. 02. 2006.

све или највећи део својих потрепштина искључиво од датог предузећа, врши злоупотребу доминантног положаја. Ексклузивност, односно „везивање” купаца за доминантног испоручиоца може се обезбедити уговорним путем, односно уношењем у уговор између доминантног испоручиоца и купца одредбе којом се потоњи обавезује да ће искључиво или највећим делом куповати од доминантног предузећа, уз помоћ такозваних попушта верности, са такозваном „енглеском клаузулом”, приоритетним испорукама у време несташица, као и на друге начине.

Ипак, без обзира што ови уговори могу представљати опасност по конкурентски процес, не могу се окарактерисати као злоупотреба *per se*, без претходног теоријско-практичног проверавања. У том погледу, Комисија ће морати да спроведе детаљну анализу у сваком појединачном случају, како би извршила адекватну процену допуштености ових уговора. Такође, аргумент против аутоматске забране уговора о ексклузивном пословању са ослонцем на злоупотребу доминантног положаја налази се у чињеници да ови уговори могу бити оправдани с обзиром на њихове ефекте на тржишту у сваком појединачном случају. У том случају, Комисија мора да испита да ли они наносе штету интересима потрошача. Уколико би одговор на ово питање био позитиван, уговори би били забрањени у складу са чл. 102. УФЕУ, и обрнуто. Објективно оправдање би могло бити могуће у ситуацијама у којима би антиконкурентски ефекти датог уговора о ексклузивном снабдевању били сведени на минимум нужан за постизање одређених економских предности, као што су сигурност снабдевања, ниже цене и слично.

Све у свему, уговори о ексклузивној трговини могу бити веома опасни по конкурентски процес, али не могу се занемарити ни њихови позитивни, проконкурентски ефекти. Они се манифестују кроз обезбеђење сигурности за купце, повећање квалитета производа, ниже цене, као и друге повољности по купце. Занемаривање позитивних страна уговора о ексклузивној трговини демотивисало би предузећа (не само она у доминантном положају) да се активније укључе у борбу за што већи удео на тржишту. Стога, институције Уније морају веома пажљиво одмерити да ли предметни уговор спада у легитимно пословно понашање на тржишту, или, пак, излази из тих оквира, потпадајући тако под чл. 102. УФЕУ.

На крају, искуства Комисије и пракса Суда биће од велике користи и за Комисију за заштиту конкуренције Републике Србије, нарочито с обзиром на чињеницу да, према подацима аутора, у досадашњој пракси није било случајева у којима се одлучивало о усклађености ових уговора са домаћим легислативним оквиром.

**EXCLUSIVE DEALING CONTRACTS
AS A FORM OF ABUSE OF DOMINANT POSITION
IN EU COMPETITION LAW**

Sinisa Domazet, Ph. D.

*Assistant Professor, University EDUCONS, Sremska Kamenica
Associate member of the Institute of economic sciences in Belgrade*

S u m m a r y

Abuse of a dominant position is prohibited by Article 102 of the Treaty on the Functioning of the EU. One form of abuse of dominant position is the exclusive dealing contracts. Practice has shown that an undertaking which is in a dominant position on the market, and ties purchasers by an obligation or promise on their part to obtain all or most of its supplies exclusively from the said company, abuses its dominant position. However, these contracts are not inadmissible per se. The argument against the automatic ban on exclusive contracts business lies in the fact that these contracts can be objectively justified in view of their effects on the market in each case. Objective justification might be possible in situations where the anti-competitive effects of the exclusive dealing contracts were reduced to the minimum necessary to achieve certain economic advantages, such as security of supply, lower prices, and other advantages. Experience of the European Commission will be of great benefit to the Commission for protection of competition of the Republic of Serbia, due to the lack of proper practice in this area

Keywords: law, EU, competition, abuse of dominant position, exclusive dealing contracts