

Doc. dr. sc. Klemen Podobnik, Pravna fakulteta v Ljubljani

ODBIJANJE POSLOVANJA – ODLAZAK (NE)KONCEPTA?

Prije početka

- Privatna provedba
 - Visina štete:
 - Speculation has its place in estimating damages and doubts should be resolved against the wrongdoer (Posner)
 - O učinkovitosti:
 - Privatna provedba je učinkovita samo u uvjetima iznimno učinkovitih sudova
 - U slučaju neučinkovitih sudova (false positives, false negatives) → privatna provedba postaje instrument strategije neučinkovitih konkurenata...

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Nekoliko karakteristika povrede odbijanja poslovanja
- Uporedba pristupa EU/SAD
- Postojanje povrede odbijanja poslovanja SAMO UZ POSTOJANJE preduvjeta kontrole osnovnih uređaja?
- Postojanje povrede odbijanja poslovanja BEZ kontrole EF – protutržišna namjera?
- Kraj koncepta samostalne povrede refusal to deal?

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- EU perspektiva:
 - Čl. 102 UFEU
 - Svaka zloraba vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu zabranjena je kao nespojiva s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj bi mogla utjecati na trgovinu među državama članicama.
 - Takva se zloraba može osobito sastojati od:
 - (a) neposrednog ili posrednog nametanja nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uvjeta;
 - (b) ograničivanja proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača;
 - (c) primjene nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;
 - (d) uvjetovanja sklapanja ugovora preuzimanjem dodatnih obveza od strane drugih stranaka koje, po svojoj naravi ili prema trgovačkoj praksi, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Nepostojanje samostalne povrede “Odbijanje poslovanja” u čl. 102 UFEU
 - Komisija i Sud po prvi put “izmisle” taj oblik povrede u slučaju Commercial Solvents (Cases 6 and 7/73, Commercial Solvents [1974] ECR 223)
 - Povredu je moguće umjestiti u 102/(b), tj. ograničavanje proizvodnje na štetu potrošača?
 - Odgovor = najvjerojatnije DA
 - NUŽNOST identifikacije štete potrošača (consumer harm)!
- Odbijanje poslovanje dakle predstavlja tzv. First-line (isključujuću) diskriminaciju

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ
 - Polazište je Komisije da, općenito govoreći, **svaki poduzetnik, bio on u vladajućem položaju ili ne, treba imati pravo birati svoje poslovne partnere i slobodno raspolagati svojom imovinom.** Stoga je stav Komisije da intervencija na temelju prava tržišnog natjecanja uvjetuje pomno ispitivanje kada bi primjena članka 82. za posljedicu imala nametanje obveze opskrbe poduzetniku u vladajućem položaju. **Postojanje takve obveze – čak i uz poštenu naknadu – može umanjiti poticaje poduzetnika u vladajućem položaju za ulaganjem i inovacijama, i tako imati moguće negativne učinke u smislu štete za potrošače.**

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Stajalište Komisije glede prioriteta na području gonjenja radnji odbijanja poslovanja
- Elementi analize
 - Objektivna neophodnost inputa - proizvodnog faktora (HOR/VER)
 - POTPUNO uništenje učinkovite konkurencije
 - Šteta za potrošače
 - Potencijalne učinkovitosti (pozitivni učinci)
 - Protutržišna namjera?
 - Kao kvalifikatorni element – samo uz postojanje direktnih dokaza (dokumenti...)

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Zaključci na temelju Upute Komisije??
 - Prioriteti Komisije usmjereni su u spriječavanje odbijanja *dostupa do osnovnih uređaja*
 - *ALI* →
 - Komisija generalno ne odbacuje koncepciju *stand-alone* oblika povrede odbijanja poslovanja.
 - Još uvijek je prisutan kvalifikatorni element *protutržišne isključujuće namjere*
 - Dakle → samostalna povreda odbijanja poslovanja (na žalost) očito još postoji...
 - Nota bene → Komisija I Sudovi (na žalost) otišli su još dalje I dublje na području tzv. Margin squeeze (Deutsche Telekom, Telia Sonera...)

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- EU?

- GENERALNO → poduzetnik nije dužan surađivati s konkurentima (a ni s klientima)
 - PRVA POTENCIALNA IZNIMKA → identifikacija protuzakonitog ponašanja samo uz paralelnu detekciju isključujuće namjere (exclusionary intent)
 - DRUGA POTENCIALNA IZNIMKA → identifikacija protuzakonitog ponašanja uz postojanje vertikalno integriranog poduzetnika koji kontrolira essential facility (osnovne uređaje) na upstream tržištu

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Pristup u SAD:
 - S. Ct.:
 - "...the Sherman Act 'does not restrict the long recognized right of [a] trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise [its] own independent discretion as to parties with whom [it] will deal.", United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919)
 - "...as a general matter, the antitrust laws impose no duty upon a firm to deal with rivals...", Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- **DOJ (Antitrust Division), 2008:**

- Antitrust law generally does not restrict a firm's right to choose those with which it will deal.
- Antitrust laws protect the competitive process for the benefit of consumers, not the fortunes of any particular competitor.
- Although compelling a firm to deal with a rival can increase short-term static competition, it can also diminish or eliminate incentives for firms (both the monopolist and other firms) to innovate in the future.
- Judges and juries (and antitrust enforcers) are ill-equipped to act as industry regulators deciding the terms on which a firm should be required to sell its products or services.
- The Department believes that there is a significant risk of long-run harm to consumers from antitrust intervention against unilateral, unconditional refusals to deal with rivals, particularly considering the effects of economy-wide disincentives and remedial difficulties. The Department thus concludes that antitrust liability for unilateral, unconditional refusals to deal with rivals should not play a meaningful part in section 2 enforcement.

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Odjel smatra da intervencija protiv jednostranog, bezuvjetnog odbijanja poslovanja sa konkurentima predstavlja značajan rizik dugoročne štete za potrošače, pogotovo s obzirom na destimulirajuće učinke na cjelokupno gospodarstvo.
- Odjel stoga zaključuje da odgovornost za jednostrano, bezuvjetno odbijanje poslovanja sa rivalima ne bi trebala igrati značajnu ulogu u provedbi 2. poglavlja Sherman Act-a.

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Teorija (i praksa 😊) O DUŽNOSTI SUDJELOVANJA
 - Posner (1986, Olympia Leasing Equipment):
 - “Today it is clear that a firm with lawful monopoly power has no general duty to help its competitors, whether by holding a price umbrella over their heads or by otherwise pulling its competitive punches.”
 - “So if a firm went to a monopolist and said, “Please--for the sake of competition--give me a loan so I can compete with you and make this a competitive market,” and it was turned down, it could not invoke the Sherman Act. A monopolist has no duty to reduce its prices in order to help consumers, and no duty to extend a helping hand to new entrants.”

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Teorija (i praksa 😊) O PROTUTRŽIŠNOJ ISKLJUČUJUĆOJ NAMJERI:
 - Areeda (1989, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles)
 - “...of course, the reason any business declines to share the fruits of its labor with competitors is because it wants to win in the marketplace...”
 - Posner (1986)
 - “Most businessmen don't like their competitors, or for that matter competition. They want to make as much money as possible and getting a monopoly is one way of making a lot of money.”

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Posner:
 - If firm A through lower prices or a better or more dependable product succeeds in driving competitor B out of business, society is better off, unlike the case where A and B are individuals and A kills B for B's money.
 - In both cases the "aggressor" seeks to transfer his victim's wealth to himself, but in the first case we applaud the result because society as a whole benefits from the competitive process.

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Odsustvo dužnosti suradnje – razlozi protiv:
 - Sloboda uređivanja obveznih odnosa (autonomija strana)
 - Forsiranje sudjelovanja može rezultirati u protupravnoj koluziji
 - Dužnost poslovanja (duty to supply) može prouzročiti kratkotrajnu statičnu učinkovitost
 - Ulazak novom konkurentu je olakšan / omogućen, pada koncentriranost tržišne strukture
 - ALI → Dužnost poslovanja (duty to supply) može prouzročiti dinamičnu neučinkovitost na dugi rok
 - Pad / potpuno odsustvo poticaja za investicije, inovacije etc. subjekata sa vladajućim tržišnim položajem
 - Free riding novih tržišnih aktera

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Koliko je značajna protutržišna namjera → da li takva namjera proizlazi iz samog ponašanja monopolista?
 - NAMJERA je u tržišnom ponašanju uvijek prisutna – ta namjera je *biti bolji od tržišnih rivala*
 - Takva namjera ipso facto NIJE negativna, jer intenzivira tržišno natjecanje
 - NAMJERA dakle ne bi trebala imati pa skoro nikakvog značenja u postupku analize potencijalne protupravnosti tržišnog ponašanja

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- Odbijanje poslovanja →
 - Nejasna kategorija
 - Velika razlike između percepcije u EU i SAD
 - Odbijanje uporabe elemenata ekonomske teorije u EU
 - Intenziviranje dinamičnih ekonomskih neučinkovitosti
 - Ustrajanje na “metafizičkom” konceptu protutržišne namjere
 - EU na području odbijanja poslovanja još uvijek štiti konkurente umjesto tržišnog natjecanja (competitors, not competition)

Odbijanje poslovanja – otvorena pitanja

- PITANJA I KOMENTARI