

*Др Стефан Шокињов, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

*УДК: 343.533.6
DOI: 10.46793/XIXMajsko.977S*

ОДБИЈАЊЕ ПРУЖАЊА УСЛУГА*

Резиме

Одбијање пословања се може односити на: робу, услуге, интелектуалну својину и приступ инфраструктури. Предмет овог рада је ограничен на одбијање пословања које се односи на услуге. Пружање услуге може бити ускраћено или потрошачу који услугу наручује ради задовољавања личних или породичних потреба или привредном субјекту којем је неопходна ради обављања привредне делатности. У раду је размотрено одбијање пружања услуга другом предузећу. Одбијање пружања услуга испитано је у оквирима права конкуренције Европске уније. Да би се на поменути пословну праксу применила правила по којима се регулишу односи тржишног такмичења она мора да проиходи или из једностране одлуке тржишно доминантног предузећа или из картелног договора о групном бојкоту (concerted refusal to deal). Тема је обрађена у контексту злоупотребе доминантног тржишног положаја (унилатерално одбијање пружања услуга). Ради истраживања унилатералног одбијања пружања услуга, извршена је анализа три случаја из унитарне судске праксе: Telemarketing, Bronner и Clearstream.

Кључне речи: *антимонополско право, Европска унија, одбијање пословања, услуге, злоупотреба доминантног тржишног положаја*

1. Увод

Уговорно право се заснива на начелу аутономије воље односно на слободи пословно способног лица да одлучи да ли ће закључити уговор, и ако хоће с ким ће и под којим условима то учинити. Непостојање ове слободе у контексту уговора у привреди би, дугорочно гледано, негативно

* Рад је написан у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2023. годину који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

утицало на инвестиције и иновирање.¹ Чињеница што би се испуњење уговорене обавезе вршило уз плаћање накнаде ту ништа не би променила јер општа обавеза пословања остварује негативан утицај на динамичку конкуренцију. Због тога одбијање пословања, у принципу, није противправно. Међутим, изузетно, могу настати ситуације у којима би било оправдано обавезати предузеће на закључење уговора. То су ситуације у којима је процес тржишног такмичења нарушен на штету потрошача или друштва у целини или је конкретном тржишном учеснику нанета ненадокнадива штета,² односно ситуације у којима је штета од погоршања или спречавања побољшања тржишне структуре искључењем предузећа односно онемогућавањем уласка на тржиште већа од користи које предузеће од којег се захтева испорука робе, пружање услуге или уступање лиценце остварује од очувања динамичке ефикасности.³ Такве ситуације по правилу настају када пословање одбија предузеће које се налази у доминантном тржишном положају.⁴ Зато се у сваком правном поретку органима надлежним за заштиту конкуренције даје овлашћење на основу кога могу предузећа која су на релевантном тржишту доминантна обавезати на закључење уговора.⁵ То важи и за унитарни правни поредак у којем су правила у вези са одбијањем пословања настала и развијала се у пракси Суда Европске уније. Сматра се да је *Commercial Solvents*⁶ био први случај у којем се решавало да ли је унилатерално одбијање пословања злоупотреба доминантног тржишног положаја.⁷ *Commercial Solvents Corporation (CSC)* је био водећи светски произвођач нитропропана и аминокбутанола. Ова два једињења су се користила за производњу етамбутола, активног хемијског састојка у леку за лечење туберкулозе, који је производило италијанско фармацеутско предузеће *Zoja*. *Zoja* је сировине за производњу етамбутола куповала од италијанског Института за хемиотерапију (*ICI*). *ICI* је у потпуности био контролисан од стране *CSC*-а. Након што су преговори о спајању *ICI* и *Zoje* окончани без успеха, *ICI* је почео подизати цену

¹ *Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (OJ C 45/2009 of 24.02.2009), тач. 75.

² Dabbah, M., *EC and UK Competition Law, commentary, cases and materials*, Cambridge 2004, стр. 348.

³ Humpe, C., Ritter, C., *Refusal to Deal*, Global Competition Law Centre Research Paper, July 2005, стр. 15.

⁴ Tratnik, M., Ferčič, A., *EU Competition Law*, Maribor/Beograd 2008, стр. 146

⁵ Hou, L., *Refusal to Deal within EU Competition Law*, <http://ssrn.com/abstract=1623784>, приступљено јануара 2023. године, странице нису нумерисане.

⁶ Cases 6-7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation v. Commission* [1974] ECR 223:1.

⁷ Goyder, D., *EC Competition Law*, Oxford 2003, стр. 296; Jones, A., Sufirin, B. & Dunne, N., *EU Competition Law, text, cases and materials*, Oxford 2019, стр. 485.

аминобутанола и смањивати испоруке да би у једном тренутку, одлучивши да и сам почне производњу лекова против туберкулозе, прекинуо снабдевање *Zoje* аминобутанолом. *Zoja* је једно краће време успевала да недостајуће количине аминобутанола купује од другог продавца, али је временом остала без добављача јер је и након истека патента *CSC* фактички задржао готово монополски положај због тога што је производна опрема била изузетно сложена и скупа па се конкурентима није исплатило улагање и улазак на тржиште. Оставши без сировина *Zoja* више није могла производити предметни лек и обратила се Европској Комисији. Комисија је утврдила постојање злоупотребе доминантног положаја, обавезала *CSC* и *ICI*, као јединствену економску целину, да обнове испоруке и изрекла новчану казну. Поступајући по тужби кажњених предузећа Европски суд правде (*ECJ*) потврдио је одлуку Комисије, сем у делу новчане казне коју је преполовио. *ECJ* је установио правило да прекид пословне сарадње на сировинском тржишту са купцем који послује на тржишту готовог производа које доминантно предузеће хоће да интегрише вертикално и што за последицу има да продавац сировина на тржишту готовог производа постаје конкурент купцу, и који се десио без адекватног комерцијалног разлога, а услед којег постоји ризик елиминисања конкуренције са тржишта готовог производа, представља злоупотребу доминантног тржишног положаја.

Тако је почело. Како се судска пракса у вези са одбијањем пословања, ограничено на унилатерално одбијање пружања услуга, даље развијала обрадићемо у наставку рада. Једино ћемо пре презентовања случајева из праксе Суда Европске уније кратко указати на изворе права који се примењују на одбијање пружања услуга од стране предузећа која су у доминантном тржишном положају.

2. Унитарни правни оквир за унилатерално одбијање пружања услуга

2.1. Уговор о функционисању Европске уније

У оквиру Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ) случајеви унилатералног одбијања пружања услуга подводе се под чл. 102 према којем је, под условом да може утицати на трговину између држава чланица, забрањена свака злоупотреба доминантног положаја која на унутрашњем тржишту или на његовом битном делу буде учињена од стране једног или више предузећа.⁸ У другом ставу овог члана набројани

⁸ УФЕУ, чл. 102, ст. 1. Одредница *више предузећа* односи се на случајеве повезаних предузећа која чине јединствену привредну целину (случајеви тзв. групне доминације). И у таквим случајевима се одбијање пружања услуга третира као унилатерално.

су типични случајеви злоупотребе доминантног тржишног положаја.⁹ Одбијање пружања услуга се не помиње изричито међу именованим случајевима злоупотребе доминантног тржишног положаја. То не значи да се одбијање пружања услуга не може окарактерисати као злоупотреба доминантног тржишног положаја јер су именовани случајеви злоупотребе доминантног тржишног положаја наведени само примера ради. Понекад се дешава да пружалац услуга не одбија пружање услуга експлицитно, него то чини на такав начин да предузеће које жели услугу буде доведено у ситуацију да одустане од пословања са пружаоцем услуге. Такво одбијање пословања се назива конструктивно. Дешава се да су радње конструктивног одбијања пословања оне радње које су набројане као именовани случајеви злоупотребе доминантног тржишног положаја. Нпр. пружалац услуге је спреман да пружи услугу, али по цени која је виша од цене по којој те исте услуге пружа другим предузећима. Или пружалац услуге условљава закључење уговора преузимањем додатних обавеза чије испуњење није у пословном интересу предузећа које је изразило интересовање за услугом и противно је трговачким обичајима који се примењују у предметним односима. Такви случајеви се не подводе под правила о одбијању пружања услуга, већ је за постојање злоупотребе доминантног тржишног положаја довољно утврдити да је предузеће дискриминисано или изложено недозвољеном облику везане трговине. Ово из разлога што је одбијање пружања услуга само изузетно недозвољено услед чега су критеријуми за утврђење злоупотребе доминантног тржишног положаја по основу одбијања пружања услуга строжи у односу на ситуације типичних случајева злоупотребе доминантног тржишног положаја¹⁰ па би примена правила о одбијању пружања услуга на типичне случајеве злоупотребе доминантног тржишног положаја могла резултирати заобилажењем антимонополског права.

Понекад је доминантни тржишни положај последица правног монопола. У тим ситуацијама, када је предузеће које одбија да пружи услугу јавно предузеће или предузеће којем је држава чланица доделила посебна или искључива права, примењује се и чл. 106 УФЕУ.

⁹ (а) непосредно или посредно наметање непоштене куповне или продајне цене или других непоштених услова трговине;

(б) ограничавање производње, тржишта или техничког развоја на штету потрошача;

(ц) примена различитих услова на једнаке послове са другим уговорним странама, чиме се они доводе у неповољан положај у односу на конкуренцију;

(д) условљавање закључивања уговора прихватањем додатних обавеза других страна које по својој природи и трговачким обичајима нису ни у каквој вези са предметом тих уговора.

¹⁰ Colomo, P. I., *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018, стр. 211.

2.2. Водич за примену чл. 82 Уговора о Европској Заједници на искључујућу злоупотребу доминантног тржишног положаја

Да не буде забуне, Водич се односи на примену чл. 102 УФЕУ. Одбијање пружања услуга регулисано је у одељку Д.¹¹ Водич се примењује само на оне примере одбијања пружања услуга када су предузећа која су на тржишту предметне услуге уговорне стране истовремено стварни или потенцијални конкуренти на нисходном, усходном или споредном тржишту на којем обављају делатност која је у вези са услугом чије пружање се ускраћује.¹² На тржишту предметне услуге ова предузећа могу, али и не морају бити конкуренти.¹³ Такође, предузеће којем се ускраћује пружање услуге може да буде предузеће које је са доминантним предузећем у текућем пословном односу, као и предузеће које са доминантним предузећем није до тада пословало.¹⁴

У тачки 81. Водича набрајају се услови који морају бити кумулативно испуњени да би се доминантно предузеће могло одлуком Комисије обавезати на пружање услуге. То су: 1. услуга је предузећу којем је ускраћена објективно неопходна за обављање делатности, 2. ускраћивање пружања услуге узроковаће елиминацију ефективне конкуренције и 3. потрошачи ће услед ускраћивања пружања услуге претрпети штету.¹⁵ Објективна неопходност не значи да без пружања услуге предузеће не може ући на тржиште или на њему опстати, већ је довољно утврдити да не постоји актуелна или потенцијална замена за ускраћену услугу у коју би се предузеће могло поуздати.¹⁶ У Водичу се не прецизира шта се подразумева под ефективном конкуренцијом, а што се тиче штете за потрошаче, само се примера ради наводи да се то може односити на спречавање појаве нове или побољшане услуге¹⁷ или могућност извлачења

¹¹ Одбијање пословања и умањење марже.

¹² Тач. 76. Случајеви тзв. „преливања“ тржишне моћи на нисходно, усходно или споредно тржиште су много опаснији по функционисање конкуренције него случајеви када се ефекти рестриктивне пословне праксе задржавају у границама тржишта предметне услуге.

¹³ Начелно, предузеће није дужно олакшати конкуренту да конкурише (Humpe, C., Ritter, C., *нав. дело*, стр. 9), па је одбијање снабдевања конкурента недозвољено само у „ограниченим и уско дефинисаним околностима“ (*исто*, стр. 5).

¹⁴ Тач. 78. „Суд правде Европске уније примењује блажи тест у случајевима прекида постојеће него у случајевима неостваривања нове пословне сарадње“ (Humpe, C., Ritter, C., *нав. дело*, стр. 8, Исто тако и: Водич, тач. 84).

¹⁵ Испуњење другог и трећег услова је довољно доказати на нивоу вероватноће.

¹⁶ Тач. 83.

¹⁷ Тач. 87.

већег профита него што би то био случај да услед одбијања пружања услуге конкурент није био принуђен да напусти тржиште.¹⁸

3. Случај *Telemarketing (CBEM)*¹⁹

Пресуда је донешена по захтеву Трговачког суда у Бриселу за решавање по претходном питању. *CLT* је привредно друштво регистровано за делатност теледифузије. Емитовање телевизијског програма врши путем телевизијске станице *RTL*. Почетком 80-тих година рекламе се не могу емитовати на јавном медијском сервису Краљевине Белгије тако да је *RTL* једини телевизијски програм на којем се у Белгији емитују рекламе за становништво које говори француским језиком. *CLT/RTL* монопол на комерцијално јавно оглашавање путем телевизије уживају на основу закона, а реализују га преко *IPB*-а. *IPB* је зависно привредно друштво *CLT*-а за тв маркетинг. Тужилац у овом спору је рекламна агенција која је на датом географском тржишту један од пионира телемаркетинга односно продаје преко ТВ-а што је у Србији познато као *TV shop*, *Top shop* или *Teleshop*. Тужилац се телемаркетингом бавио преко *RTL*-а на основу временски орочених уговора који су се по истеку обнављали. Међутим десило се да након истека времена на које је уговор био закључен *IPB* није хтео обновити уговор о уступању термина за рекламирање на *RTL*-у уколико *CBEM* не пристане да уместо својих телефонских бројева на рекламама приказује *IPB*-ове телефонске бројеве. Како год да је у вези с тим условом поступио, *CBEM* би био истиснут са релевантног географског тржишта телемаркетинга.²⁰ Да ли је *CLT* путем *IPB*-а на тај начин извршио злоупотребу доминантног тржишног положаја? Европски суд правде је одговорио да је злоупотреба доминантног тржишног положаја учињена онда када, без било какве објективне нужности, предузеће у доминантном тржишном положају резервише за себе или за предузеће које припада истој групи обављање помоћне делатности којом се може бавити и друго предузеће као делом своје делатности на суседном, али одвојеном тржишту, уколико је на тај начин могуће у потпуности елиминисати конкурентски притисак тог предузећа.

Разматрање могућности постојања злоупотребе доминантног тржишног положаја Европски суд правде започео је питањем да ли је уступање телевизијског термина за комерцијално оглашавање нужно неопходно (*indispensable*) за обављање делатности телемаркетинга. Другим речима, прво питање је да ли се тужилац може бавити телемаркетингом на релевантном географском тржишту ако му тужени не изнајме телевизијске термине за

¹⁸ Тач. 88. Ово у случају да је на предметном тржишту услуге висина цене административно ограничена.

¹⁹ *Case 311/84 Centre belge d'etudes de marche – Telemarketing (CBEM) v. SA Compagnie luxembourgeoise de telediffusion (CLT) and Information publicite Benelux (IPB)* [1985] ECR 3261.

²⁰ *Case 311/84, Opinion of Mr Advocate General Lenz of 11th July 1985, стр. 3268.*

комерцијално оглашавање? Имајући у виду да су тужени на релевантном тржишту у монополском положају, одговор је одричан. Пошто без телевизијских термина не може обављати делатност телемаркетинга, тужилац мора напустити релевантно географско тржиште телемаркетинга. Напуштањем релевантног географског тржишта телемаркетинга *СВЕМ* престаје бити конкурент туженима који монополску позицију на новом тржишту, тржишту телемаркетинга, стичу одбијањем пружања услуге. То што су тужени монополисти на тржишту комерцијалног оглашавања на телевизији не значи да им није дозвољено ући на тржиште телемаркетинга. Наравно да се *IPB* може бавити телемаркетингом, али при том не сме користити монополски положај на тржишту телевизијског рекламног времена како би елиминисао конкуренцију на тржишту телемаркетинга.²¹ Осим ако тако нешто није објективно оправдано. Наиме, европски суд правде је у тачки 26 пресуде навео да се одбијање пружања услуга може оправдати техничким или комерцијалним разлозима и у том случају се одбијање пословања не сматра злоупотребом доминантног тржишног положаја. Тужени су тврдили да се у свести гледалаца ствара утисак да се телемаркетингом бави *RTL* и да је следствено томе телемаркетинг неопходно ставити под апсолутну контролу *IPB*-а ради заштите репутације *RTL*-а.²²

Кад је реч о случају Телемаркетинга, није спорно да се тржишно понашање *CLT*-а и *IPB*-а може окарактерисати као злоупотреба (групног) доминантног положаја на тржишту јер је *СВЕМ* елиминисан са тржишта пошто му је на конструктиван начин ускраћена услуга без које не може да се бави делатношћу путем које се гледаоцима омогућава да „купују из фотеле“.²³ Спорно је по ком правном основу је то требало утврдити. Ако имамо у виду да је *СВЕМ* пионир у послу телемаркетинга; да се *CLT* и *IPB* нису бавили телемаркетингом, те да су практично од *СВЕМ*-а видели како се ефектно и профитабилно обавља предметни посао и да су ради елиминације *СВЕМ*-а са тржишта овом поставили услов који би обнову уговора чинио беспредметном, Телемаркетинг се могао подвести под први именовани случај злоупотребе доминантног тржишног положаја из чл. 102 ст. 2 тач. (а) УФЕУ. Да је Суд тако учинио, да постоји злоупотреба доминантног тржишног положаја, било је довољно

²¹ Fredriksson, S., *When the refusal to deal becomes an abuse of a dominant position. A study of how article 82 EC Treaty limits the freedom of action for undertakings in a dominant position*, Master thesis, Lund University Faculty of Law 2001, стр. 42.

²² Европски суд правде се није експлицитно изјаснио о основаности оправдања тужених, јер је то ипак чињенично питање, тако да у вези с тим елементом одговорности можемо закључити да је процена препуштена суду који је претходно питање поставио.

²³ Промена обрасца пословања сматра се неоправданом када је извршена с намером да се карактер тржишта битно промени на штету пословног партнера (Цукавац, М., *Одбијање пословања у антимонополском праву САД и Европске уније*, Ревизија за европско право, бр. 1/2010, стр. 41).

утврдити да је конкуренција на секундарном тржишту нарушена јер је услов пословања који су тужени наметнули тужиоцу (неоправдано) – непоштен. Уместо тога, Суд се позвао на *Commercial Solvents* и резултат је Телемаркетинг као први пресуђени случај унилатералног одбијања пружања услуге. Следио му је случај *Bronner*.

4. Случај *Bronner*²⁴

Ову пресуду је као и у случају телемаркетинга Европски суд правде донео по захтеву за решавање претходног питања који је поднео Виши регионални суд у Бечу поступајући као првостепени антимонополски суд. Странке су конкуренти на тржишту дневне штампе, али са изразито великом разликом у тржишном уделу. *Bronner* издаје дневни лист *Der Standard* чији тираж износи 3,6% укупног тиража дневних новина у Аустрији, при чему остварује 6% од укупних прихода од оглашавања. *Mediaprint Zeitungs* издаје двоје дневних новина: *Neue Kronen Zeitung* и *Kurier* с којима заузима 46,8% тржишта и у приходима од оглашавања учествује са 42%. *Mediaprint Zeitungs* се осим значајном тржишном снагом може похвалити још једном услугом којом остварује конкурентску предност над осталим издавачима дневних новина, а то је: достава дневне штампе на кућну адресу. То је у време спора једини систем доставе дневне штампе на кућну адресу у Аустрији. Спор је настао када је *Mediaprint Zeitungs* одбио захтев *Bronner*-а да, уз одговарајућу уговорну накнаду, на кућне адресе читалаца почне да доставља и *Der Standard*. *Bronner* је поднео тужбу тврдећи да је одбијањем да му пружи услугу доставе дневног листа на кућну адресу *Mediaprint Zeitungs* злоупотребио доминантни тржишни положај. Основаност тужбеног захтева тужилац образлаже са више аргумената. Тако тужилац наводи да је тужени једини привредни субјект који управља службом за доставу дневне штампе на кућну адресу с националном покривеношћу. Тужилац може користити поштанску доставу, али је она неодговарајућа јер штампа читаоцима у том случају стиже у касно пре подне. Тираж дневних новина тужиоца, с друге стране, није довољан да би организовање сопствене службе за доставу на кућну адресу било профитабилно. Из тих разлога тужилац због одбијања пружања услуге од стране туженог није у могућности да обавља делатност доставе дневне штампе на кућну адресу. Поред свега тога, тужилац сматра да је дискриминисан јер тужени осим својих издања на кућну адресу доставља и дневни лист другог издавача (*Wirtschaftsblatt*). Тужени је у одговору навео да без обзира што се налази у доминантном тржишном положају није дужан да конкурентима пружа услугу која представља његову конкурентску предност, при чему установљење и управљање службом за доставу дневне штампе на кућну адресу изискује значајна финансијска и административна улагања. Тужени је нарочито истакао

²⁴ C-7/97 *Oscar Bronner vs. Mediaprint* [1998] ECR I-7791.

да служба за достављање дневне штампе на кућну адресу нема капацитет да позитивно одговори на захтев сваког издавача дневне штампе у Аустрији, а на што би тужени био приморан ако би тужбени захтев био усвојен. На крају је оспорена и тврдња о дискриминацији јер *Wirtschaftsblatt* и *Der Standard* нису упоредиви пошто тужени за издавача *Wirtschaftsblatt*-а обавља услуге штампања и достављања киосцима за продају дневне и периодичне штампе, па је достављање на кућну адресу само део укупног пакета пословног аранжмана са издавачем *Wirtschaftsblatt*-а, с којим и није у односу конкуренције јер је садржај ових листова различит с обзиром да се тужени не бави пословним темама, а опет *Wirtschaftsblatt* не садржи рубрике као што су спорт, вести из културе, ТВ програм и сл.

Суд је прво навео да се одбијање пружања услуга сматра злоупотребом доминантног тржишног положаја не само када постоји вероватноћа да би одбијање пословања у целисти онемогућило да предузеће које је захтевало пружање услуге да конкурише предузећу које је одбило пружити тражену услугу, већ и онда када се одбијање пружања услуга не може објективно оправдати, као и када је услуга нужно неопходна за обављање привредне делатности оног предузећа које је тражило пружање услуге јер не постоји ни актуелна ни потенцијална замена.²⁵ Сматрајући да трећи тј. услов нужне неопходности није испуњен, Суд је утврдио да не постоје било какви технички, правни, па чак ни економски разлози који чине не само немогућим, него ни разумно тешким за било којег издавача дневне штампе да оснује, сам или у кооперацији с другима, другу националну службу за достављање дневне штампе на кућну адресу.²⁶ Овоме је следио закључак да одбијање услуге достављања дневне штампе на кућну адресу у датим околностима не представља злоупотребу доминантног тржишног положаја. У том смислу, као образложење овакве одлуке, крајње су прихватљиви аргументи генералног правобраниоца Џејкобса према којем би захтев тужиоца био основан само онда када би установљење сопствене службе за доставу дневне штампе на кућну адресу било „немогуће или екстремно тешко,²⁷ а то би био случај када би за свако разборито (*prudent*) предузеће трошкови дуплирања службе за доставу дневне штампе на кућну адресу представљали непремостиву препреку за улазак на тржиште,²⁸ а што у овом предмету, и поред високих почетних трошкова улагања, није случај.²⁹

²⁵ C-7/97 *Oscar Bronner vs. Mediaprint* [1998] ECR I-7791, тач. 41.

²⁶ Исто, тач. 44.

²⁷ C-7/97 *Oscar Bronner vs. Mediaprint*, *Opinion of Advocate General Jacobs of 28th May 1998*, тач. 65.

²⁸ Исто, тач. 66.

²⁹ Исто, тач. 68. Осим тога, у тачки 67 Мишљења се истиче да тужилац и чак и да самостално није у могућности да дуплицира службу за достављање дневне штампе на кућну адресу има на располагању бројне алтернативе, додуше мање атрактивне.

Не постоји општа обавеза предузећа у доминантном положају да позитивно одговори на сваки захтев за пружање услуга. То важи и за *Mediaprint Zeitungs*. Међутим, у овом случају имамо покушај тужиоца да попут паразита (*free ride* на енг.) користи улагања туженог ради тржишног такмичења са туженим. То се наравно не може подржати. Специфичност овог случаја у односу на *Commercial Solvents* и *Telemarketing* је и у томе што достава дневне штампе на кућну адресу није услуга у којој се исцрпљује делатност тужиоца. Није чак ни главна, већ више споредна услуга у односу на издавање и уобичајену дистрибуцију дневне штампе путем киоска који служе за ту намену, тако да је Суд у овом случају правилно пресудио оценивши да тужени одбијањем пружања услуге не злоупотребљава доминантни односно монополски тржишни положај.

5. Случај *Clearstream*³⁰

Случај Clearstream је из домена финансијских услуга у вези са хартијама од вредности и није га лако представити правнички образованом читаоцу. *Clearstream* је међународна финансијска група која се бави пословима клиринга, салдинга и кастоди услуга. Чине је матично друштво *Clearstream International (CI)* и два зависна друштва *Clearstream Banking* са седиштем у Франкфурту (*CBF*) и *Clearstream Banking* са седиштем у Луксембургу (*CBL*). Тужиоци су *CI* и *CBE*, а тужба је поднета против одлуке Комисије којом су тужиоци кажњени због злоупотребе доминантног тржишног положаја која је извршена одбијањем да се финансијској организацији са седиштем у Бриселу - *Euroclear Bank (EB)* пружи услуга примарног клиринга. Наиме, клиринг може да буде примарни и секундарни. Примарни клиринг се врши од стране банке која пружа кастоди услуге. У овом случају, с обзиром да се клиринг односио на хартије од вредности (ХоВ) издате у Немачкој, услуге примарног клиринга је могла да изврши само *CBF* која је у Немачкој једина имала статус централног депозитара ХоВ (*CSD*). Секундарни клиринг врше посредници. Посредници су све оне финансијске институције које у односу на предметне ХоВ нису кастоди банка. То у овом случају могу бити банке, сви *CSD*-и осим немачког и *ICSDs*³¹. Ако се којим случајем трансакција не обавља између клијената истог посредника (тзв. интерни клиринг), секундарни клиринг не може да се реализује ако се претходно не обави примарни, а то значи да посредник мора

³⁰ T-301/04 *Clearstream vs Commission*, ECLI:EU:T:2009:317.

³¹ Међународни централни депозитари хартија од вредности (*ICSDs*) су финансијске институције које врше клиринг ХоВ када се правни посао промета ХоВ одликује елементом иностраности (или су уговорне стране из различитих држава или су из исте државе, али се тргује страним ХоВ). У време пресуђења статус међународног централног депозитара ХоВ у ЕУ су имали само *CBL* и *EB*.

бити повезан са *CSD* која је депозитар предметних ХоВ.³² Како би омогућила повезивање са посредницима, *CBF* је развила два система *Cascade* и *Cascade RS*³³. Оспореном одлуком Комисије утврђено је да је *CBF*, без објективног оправдања, скоро две године одуговлачила са издавањем инструкција за директно повезивање *EB* на *Cascade RS*. Имајући у виду да је *CBF* била једини *CSD* у Немачкој, то значи да је имала доминантни односно *de facto* монополски положај на тржишту примарног клиринга ХоВ издатих у Немачкој и да посредници нису имали алтернативу за услуге примарног клиринга. То даље значи да је ускраћивање услуга примарног клиринга онемогућавало посреднике да својим клијентима пруже услугу секундарног клиринга.³⁴ Иначе разлог за такво понашање према *EB* је била одмазда јер је захтев тужилаца за приступ *Euroclear France* систему за трговину ХоВ издатим у Француској био одбијен. Савршено је јасно да такво оправдање поступајући суд није могао да прихвати,³⁵ па је тужбени захтев одбио у целости, а побијану одлуку Комисије потврдио.

6. Закључак

Одбијање пружања услуга обухвата хетерогено тржишно понашање. Тако одбијање пружања услуга може бити отворено, експлицитно, нескривено као у случају *Bronner* и конструктивно као у случајевима Телемаркетинг и *Clearstream*. Доминантно предузеће пружање услуге може ускратити предузећу с којим на тржишту предметних услуга није у конкурентском односу као у случају Телемаркетинг³⁶ или пак конкуренту као у случају *Bronner*. Пружање услуга се може ускратити предузећу којем те услуге никад раније нису биле пружене као у случајевима *Bronner* и *Clearstream* или пословном партнеру као у случају Телемаркетинг. У свакој од ових варијаната, међутим, одбијање пружања услуга ће бити недозвољено ако пружање услуге ускраћује предузеће које се налази у доминантном тржишном положају и ако је последица одбијања пружања услуге елиминација конкуренције на другом, нисходном, суседном,

³² T-301/04 *Clearstream vs Commission*, ECLI:EU:T:2009:317, тач. 15.

³³ *Cascade of Registered Shares (RS)* је у ствари подсистем у оквиру *Cascade* система за клиринг и салдирање.

³⁴ T-301/04 *Clearstream vs Commission*, ECLI:EU:T:2009:317, тач. 65. Поред тога, случај обухвата и дискриминацију пошто је *CBL* за идентичан приступ инструкције добила у року од четири месеца. Дискриминација је извршена и ценама услуга. Наиме, према тачки 164 Пресуде режијски трошкови услуга су за *EB* били шест пута виши него за остале *CSDs* и 1,7 пута виши у односу на *CI*.

³⁵ T-301/04 *Clearstream vs Commission*, ECLI:EU:T:2009:317, тач. 131. Мени лично није јасно како су тужиоци могли бити толико несмотрени да тако нешто уопште саопште.

³⁶ У случају *Clearstream* ситуација је нешто сложенија јер *EB* није био у директном конкурентском односу са кажњеним предузећем већ са *CBL* - сестринском компанијом *CBF*-а унутар *Clearstream* групе.

али у сваком случају посебном тржишту. Елиминација конкуренције и одбијање пружања услуге морају бити у узрочно-последичној вези. Ова веза постоји онда када је пружање услуге на усходном тржишту нужно или барем ефективно неопходно за обављање комерцијалне делатности на нисходном односно суседном тржишту. Међутим, чак и кад је могуће доказати испуњеност свих ових услова, сматраће се да доминантни тржишни положај није злоупотребљен ако за одбијање пружања услуге постоји објективно оправдање, тј. ако се одбијање пружања услуге може оправдати техничким или комерцијалним разлозима.

*Stefan Šokinjov, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

REFUSAL TO PROVIDE SERVICES

Summary

Refusal to provide services to another undertaking can be deemed as an abuse of dominant market position in exceptional circumstances only considering that undertakings are free to choose its trading partners. It means that refusal of services provision is unlawfully abusive if it is likely to lead to the elimination of effective if not all competition on a downstream market. It will be a case if refusal relates to a service that is objectively necessary for refused undertaking to do business effectively and if that refusal is not justified by technical or commercial reasons.

Key words: *Antitrust law, European Union, refusal to deal, services, abuse of dominant market position.*

Литература

- Goyder, D., *EC Competition Law*, Oxford 2003.
Dabbah, M., *EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials*, Cambridge 2004.
Jones, A., Sufrin, B. & Dunne, N., *EU Competition Law, text, cases and materials*, Oxford 2019.
Colomo, P. I., *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018.
Tratnik, M., Ferčič, A., *EU Competition Law*, Maribor/Beograd 2008.

- Fredriksson, S., *When the refusal to deal becomes an abuse of a dominant position, A study of how article 82 EC Treaty limits the freedom of action for undertakings in a dominant position*, Master thesis, Lund University Faculty of Law 2001.
- Hou, L., *Refusal to Deal within EU Competition Law*, <http://ssrn.com/abstract=1623784>, приступљено јануара 2023. године, странице нису нумерисане.
- Humpe, C., Ritter, C., *Refusal to Deal*, Global Competition Law Centre Research Paper, July 2005.
- Цукавац, М., *Одбијање пословања у антимонополском праву САД и Европске уније*, Ревивија за европско право, бр. 1/2010.

Судска пракса

- Cases 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation v. Commission* [1974] ECR 223.
- Case 311/84 Centre belge d'etudes de marche – Telemarketing (CBEM) v. SA Compagnie luxembourgeoise de telediffusion and Information publicite Benelux* [1985] ECR 3261.
- Case 311/84, Opinion of Advocate General Lenz of 11th July 1985.*
- C-7/97 Oscar Bronner vs. Mediaprint* [1998] ECR I-7791.
- C-7/97, Opinion of Advocate General Jacobs of 28th May 1998.*
- T-301/04 Clearstream vs Commission*, ECLI:EU:T:2009:317.