

Др Стефан Шокињов, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
ORCID: 0000-0003-3738-6835

Прегледни научни рад
УДК: 347.776
DOI: 10.46793/XXMajsko2.549S

УСКРАЋИВАЊЕ ПРИСТУПА РЕСУРСИМА НЕОПХОДНИМ ЗА ПРУЖАЊЕ УСЛУГА*

Резиме

Ресурси који су неопходни за пружање услуга су само они ресурси који нису супститутабилни. Пошто се за њих не може изнаћи ни актуелна ни потенцијална алтернатива, ускраћивање приступа овим ресурсима представља непремостиву препреку за улазак на релевантно услужно тржиште и као такво се, у условима вертикалне интеграције тржишта, употребљава као ефикасан начин за коришћење тржишне моћи стечене на усходном тржишту ради постизања конкурентских предности на нисходном тржишту. Зато се ускраћивање приступа ресурсима неопходним за пружање услуга учињено од стране тржишно доминантног предузећа сматра противправним, осим ако ускраћивање приступа није објективно оправдано. Оправдани разлози могу бити како техничке, тако и комерцијалне природе.

Кључне речи: основна средства, антимонополско право, злоупотреба доминантног положаја, услуге.

1. Увод

Привредни субјекти, по правилу, сами прибављају средства која су им потребна за обављање привредне делатности. Зато се, барем на први поглед, може чинити нелогичним могућност да предузеће буде правно обавезано да другом предузећу, па чак и онда када је то друго предузеће конкурент, омогући приступ својим ресурсима или ресурсима који су му поверени на управљање, а који ресурси служе за обављање (углавном услужне) привредне делатности. Управо је овако нешто могуће у оквиру доктрине основних средстава (*essential*

* Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

facilities doctrine) из које је проистекао истоимени институт антимонополског права.

Истраживање доктрине основних средстава је изазован подухват. Сама помисао да је власник средстава за рад или онај ко је у јавном интересу овлашћен да их контролише дужан омогућити коришћење тог ресурса другом предузећу, па чак и поготово онда када је то друго предузеће конкурент било њему било с њим повезаном друштву, већ је довољно контроверзна. Али то није све. Својеврсни парадокс представљају тврдње да (иако се) већина познатих антимонополских случајева одбијања пословања може подвести под случајеве ускраћивања приступа основним средствима,¹ доктрина основних средстава је у антимонополском праву толико уско дефинисана да се с правом може поставити питање да ли она уопште постоји.² Наиме, Суд правде Европске уније који и поред тога што јесте одлучивао о приступу туђим средствима за рад „никада у својим пресудама није употребио израз основна средства“,³ створио је на тај начин ситуацију у којој се не усуђује да изговари назив правног института под који се случај подводи (*epithet that dares not speak its name*⁴). Врховни суд САД пак, одлучујући о истој, нити је потврдио нити изричито оповргао доктрину основних средстава.⁵ Зашто је то тако, да ли је иста пракса и на нивоу нижих судова и антимонополских комисија, како је настао овај правни институт, каква му је садржина и под којим условима се примењује, предочићемо у наставку овог рада.

2. Појам основних средстава

Доктрина основних средстава води порекло из америчке правне праксе.⁶ Зато је назив ове доктрине оригинерно формулисан на енглеском језику и гласи: *essential facility doctrine*. *Essential facility* се може превести као основно средство имајући у виду појам средстава за рад из Политичке економије јер *essential facilities* у суштини јесу средства за рад. И то не било која средства, већ

¹ Hylton, K., *Unilateral Refusals to Deal and the Antitrust Modernization Commission Report*, The Antitrust Bulletin, No. 3/2008, стр. 631.

² Meadows, M., *The Essential Facilities Doctrine in Information Economies: Illustrating Why the Antitrust Duty to Deal is Still Necessary in the New Economy*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, No 3/2015, стр. 798/799.

³ Liyang, H., *Refusal to deal within EU Competition Law*, <http://ssrn.com/abstract=1623784> (приступљено јануара 2023), странице нису нумерисане.

⁴ Anderman, S., *The Epithet That Dares not Speak Its Name: The Essential Facilities Concept in Article 82 EC and IPRs After the Microsoft Case*, наведено према: Jones, A., Sufrin, B., Dunne, N., *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford 2019, стр. 487.

⁵ Цукавац, М., *Одбијање пословања у антимонополском праву САД и Европске уније*, Ревизија за европско право, бр. 1/2010, стр. 47.

⁶ Поповић, Д., *Теорија неопходних средстава: последице по права интелектуалне својине*, Право и привреда, бр. 1-4/2008, стр. 127.

средства чије стварање „подразумева капитално улагање...уз знатне неповратне трошкове.“⁷ Зато смо *essential facilities* назвали основним (средствима) имајући у виду њихов значај за обављање привредне делатности. Најчешће се *essential facilities* односе на саобраћајну, водоводну, нафтоводну, гасну, електро, телекомуникациону и другу мрежну инфраструктуру, те инфраструктурне објекте попут лука и аеродрома. Због тога се *essential facility* може на српски језик преводити као: неопходна инфраструктура или инфраструктура неопходна за пружање услуга. Међутим, у појам *essential facilities* не спада само инфраструктура већ и друге ствари, које не морају бити искључиво непокретне, затим интелектуална својина, услуге, па чак и техничко-технолошки процес (нпр. емитовање ТВ програма). Из овога следи да је природа основних средстава разнородна, а не ограничена на ствари на шта првенствено упућује реч средство. Због тога би најисправнији превод израза *essential facilities* гласио: ресурси од капиталног значаја или ресурси неопходни за обављање услужних или других регистрованих делатности. Из тог разлога смо у наслову рада за *essential facilities* користили назив: ресурси неопходни за пружање услуга. Међутим, израз доктрина о ресурсима неопходним за пружање услуга се чини незграпним за коришћење приликом писања и чисто из лингвистичко-стилских разлога у тексту овог чланка користимо израз доктрина основних средстава, мислећи при том на инфраструктуру и друге ресурсе неопходне за пружање услуга.

Кроз објашњење терминологије у принципу смо објаснили и шта све може бити основно средство. Питање које се поставља јесте како се у конкретном спорном случају одређује који инфраструктурни и други ресурс за пружање услуга јесте есенцијални, а који није. Да ли је то чисто техничко питање или на одређивање есенцијалности неког ресурса утиче конгломерат техничких, економских, географских, правних и других критеријума. Почетни критеријум свакако јесте техничке природе односно почиње се од природе ствари. За услугу железничког превоза робе основни ресурс је железничка пруга. За услугу мобилне телефоније то је бежична телекомуникациона мрежа. За услугу дистрибуције електричне енергије основно средство је електромержни систем. Међутим, да ли ће приступ основном средству бити дозвољен зависи и од других, а не само техничких услова. Због тога појам основних средстава у оквиру доктрине основних средстава није само технички. Другим речима, ако појам основних средстава разматрамо као предмет доктрине основних средстава, а доктрину основних средстава дефинишемо као скуп услова који морају бити испуњени да би се захтев за приступ туђем ресурсу оценио као основан,⁸ онда се основним средством сматра оно средство за рад које се

⁷ *The Essential Facility Concept*, OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)113, Paris 1996, стр. 88.

⁸ *The Essential Facility Concept*, OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)113, Paris 1996, стр. 7.

сматра незаменљивим не само са техничког, већ и комерцијалног, просторно-временског и правног аспекта. Зато је и могуће пресудити, као у случају *Florida Fuels v. Belcher*,⁹ да резервоар и цевовод за мазут (*heavy fuel oil*) нису основно средство у смислу предметног антимонополскоправног института, иако у чисто техничком смислу представљају стандардну лучку инфраструктуру за допремање овог енергента до усидрених крузера.

Имајући у виду да је незаменљиво, основно средство се може дефинисати као ресурс без кога се услуга не може пружити. То не значи да се основним средством сматра било које средство које је у техничком смислу неопходно за пружање услуге, већ се, међу таквима, ради само о оном средству које предузеће мора користити како би могло ефективно конкурисати на релевантном тржишту.¹⁰ Уколико се, дакле, предузећу ускрати приступ овом ресурсу оно ће због немогућности да пружа услуге одустати од уласка на релевантно тржиште или ће морати да га напусти. Ова ситуација ће постојати онда када не постоји алтернативни ресурс, а дати ресурс је технички немогуће дуплицирати или је технички то могуће учинити, али би финансијски то било нерационално па би такво улагање било, због недовољне бројности муштерија или неког другог разлога, дугорочно неисплативо, а понекад штетно чак и по шире друштвене интересе због нерационалног трошења, еколошких или других разлога. Уколико подносилац захтева за коришћење туђег ресурса за пружање услуге може рентабилно користити други ресурс или у недостатку овога, сам или са другим предузећима, профитабилно инвестирати у изградњу потребне инфраструктуре, мреже или неког другог средства, тако да се у разумном року може појавити на релевантном тржишту, онда предметни ресурс није есенцијалан. Из тог разлога се атрибут есенцијално може придати не средству него приступу средству, па би есенцијално средство било било који привредни ресурс којем је приступ, ради ефективног тржишног такмичења, есенцијалан.¹¹ У том смислу се основним средством сматра онај ресурс у односу на који ускраћивање приступа представља непремостиву препреку за улазак на тржиште (или опстанак на њему, ако је приступ основном средству прекинут, тј. без оправданог разлога ускраћен предузећу које га је до ускраћивања приступа користило).

Оваквим дефинисањем појам основног средства је сужен. Сужење појма основног средства, а које је извршено тако што су техничком додата и нетехничка битна обележја, сматрамо оправданим из разлога што се

⁹ Случај наведен према: Nagy, C. I., *Refusal to deal and the doctrine of essential facilities in US and EC competition law: a comparative perspective and a proposal for a workable analytical framework*, European Law Review, No October 2007, стр. 671.

¹⁰ *Opinion of Advocate General Jacobs in Case 7/97 Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungs*, delivered on 28 May 1998, тач. 47.

¹¹ *The Essential Facility Concept*, OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)113, Paris 1996, стр. 94.

екстензивним тумачењем доктрине може на дуги рок негативно утицати на функционисање конкуренције, пре свега, дестимулисањем инвестирања у одржавање и унапређење инфраструктуре, мреже и других ресурса неопходних за обављање услужних, али у појединим случајевима и производних послова.

Што се тиче тржишта којем се приступ ускрађује ускрађивањем приступа основном средству,¹² то је, по правилу, нисходно, суседно односно друго тржиште у односу на тржиште основних средстава. Нпр. услуге опремања ваздухоплова горивом и другим потроштинама, контроле техничке исправности ваздухоплова и друге аеродромске услуге врше се на усходном тржишту у односу на тржиште на којем се пружа услуга ваздушног превоза робе и путника. Ономогућавање приступа аеродрому и аеродромским услугама ономогућиће ваздушног превозиоца да конкурише на тржишту ваздушног превоза робе или путника на линијама од и до предметног аеродрома. Иако је за примену предметне доктрине постојање усходног и нисходног тржишта правило, то не значи да се противправно ускрађивање приступа основном средству не може негативно испољити у односу на функционисање конкуренције на истом тржишту.

3. Настанак и развој доктрине основних средстава

3.1. Сједињене Америчке Државе

Израз *essential facilities* први пут је у америчкој судској пракси употребљен 1983. године у пресуди Апелационог суда за седмо правосудно подручје у случају *MCI Communications*.¹³ Пресуда је изузетно значајна због тога што су у њој набројани услови који морају бити кумулативно испуњени да би суд могао обавезати туженог да се уздржи од ускрађивања приступа основним средствима. Реч је о четири услова и то:

- а) основно средство контролише монополиста;¹⁴
- б) дупликација основног средства је или практично немогућа или је могућа али не би била разумна;¹⁵
- в) захтев за приступ основном средству је одбијен;¹⁶

¹² „Одређивање релевантног тржишта је круцијалан део процене да ли је предметно средство есенцијално“ (Dabbah, M., *EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials*, Cambridge 2004, стр. 409).

¹³ *MCI Communications v. AT&T Corp.*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983).

¹⁴ Први услов је двоструки јер је неопходно утврдити да ли је предметни ресурс есенцијални и да ли је предузеће којем ресурс припада или га по неком другом основу контролише монополиста.

¹⁵ Не тражи се апсолутна немогућност дупликације ресурса, али то што је тешка и захтевна не значи да трошкови дупликације не би били разумни ако се узме у обзир висина профита који би пружањем услуге могао бити остварен.

г) приступање основном средству заинтересованог предузећа је изводљиво.¹⁷

Врховни суд САД никад изричито није засновао пресуду на доктрини основних средстава. Чак је одбио да потврди њено постојање.¹⁸ Ипак, поједине пресуде Врховног суда конзистентне су принципима доктрине основних средстава па их у теорији издвајају као одлуке којима се имплицитно установљава одговорност за ускраћивање приступа основним средствима. Уз ограду да не постоји општа сагласност које би то пресуде биле, сматра се да је прва таква пресуда донета 1912. године у случају *Terminal Railroad Association*.¹⁹ Радило се о удружењу железничких предузећа која су у Сент Луису стекла контролу над свим железничким мостовима преко реке Мисисипи и железничким терминалима у граду. Нема сумње да су предметни мостови и терминали представљали ресурсе који су железничким превозиоцима били неопходни за пружање услуга железничког превоза робе на линијама ка и од Сент Луиса. Врховни суд је потврдио наредбу којом се од удружења захтева да без дискриминације врши учлањење и других заинтересованих железничких превозилаца (што је аутоматски значило право коришћења мостова и терминала) или да другим железничким превозиоцима дозволи коришћење мостова и терминала под једнаким условима за све. Друга пресуда је донета 1945. године у случају *Associated Press*.²⁰ Опет се радило о пословном удружењу које је овог пута чинило 1200 новинских издавача. Чланови нису смели уступати вести новинским издавачима изван Удружења, а сваки члан је могао, на основу статута предвиђеног права вета, спречити учлањење другог новинског издавача у Удружење. Без вести новински издавачи изван Удружења нису могли пружати услугу јавног информисања на задовољавајући начин, па је Врховни суд наложио Удружењу да промени политику учлањења и приступа вестима тако да конкуренти више не буду дискриминисани.

Следећи пример је пресуда донета 1973. године у случају *Otter Tail*.²¹ *Otter Tail* се бавио дистрибуцијом електричне енергије. Желећи да са тржишта (веле)продаје искључи градске дистрибутере престао им је продавати електричну енергију, а када су они електричну енергију купили од других

¹⁶ Мисли се на одбијање да се приступ ресурсу дозволи по тржишним условима, без обзира како је то учињено.

¹⁷ Другим речима не постоји оправдан разлог техничког карактера за одбијање приступа. Не постоји препрека, међутим, да се изводљивост и шире тумачи као одсуство легитимног оправдања пословног карактера.

¹⁸ *The Essential Facility Concept*, OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)113, Paris 1996, стр. 87.

¹⁹ *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383, 56 L. Ed. 810, 32 S. Ct 507 (1912).

²⁰ *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 89 L. Ed. 2013, 65 S. Ct. 1416 (1945).

²¹ *Otter Tail Power & Co v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).

снабдевача, није дозволио пренос те струје путем својих електровода. Врховни суд је закључио да је *Otter Tail* користио свој монополски положај у односу на електромрежу како би онемогућио конкуренцију у снабдевању крајњих потрошача електричном енергијом.

Четврти случај који ћемо размотрити је случај *Aspen* из 1985. године.²² *Aspen* је чувени зимски центар у Колораду са четири скијалишта од којих су три у власништву *Aspen Skiing*, а једно у власништву *Aspen Highlands Skiing*. Годинама уназад предузећа су сарађивала продајући заједничку карту која је важила за сва скијалишта. Спор је настао када је *Aspen Skiing* одлучио да без оправданог разлога прекине сарадњу и започне са продајом карата које би важиле само за његова скијалишта. Како би сарадња ипак била настављена, *Aspen Highlands Skiing* је, знајући да без заједничке карте неће моћи да опстане на тржишту, понудио да купује карте за преостала три скијалишта по малопродајној цени. *Aspen Skiing* је тај предлог одбио, што је Врховни суд оценио као недозвољени акт монополизације, али без позивања на доктрину основних средстава, иако су нижи судови своје одлуке у овом случају заснивали баш на тој доктрини сматрајући да је заједничка карта за вишедневни ски пас који важи за сва скијалишта *essential facility*.

Коначно је Врховни суд искористио прилику да се 2004. године у одлуци донетој у случају *Trinko*²³ изјасни о доктрини основних средстава. *Verizon Communications* је противно обавези прописаној Законом о телекомуникацијама из 1996. године одбио конкурентима изнајмити део своје мреже. Секторска регулаторна тела су санкционисала такво тржишно понашање, а конкуренти и њихови потрошачи су поднели колективну тужбу (тзв. *class action*) како би издејствовали исплату казнене одштете због тога што је тужени противно чл. 2 Шермановог закона ускратио приступ телекомуникационој мрежи неопходној за пружање услуга. Врховни суд је тужбу одбацио навевши да је обавеза пословања изузетак од слободе избора пословних партнера и да се тај изузетак никад није заснивао на доктрини основних средстава, коју су иначе измајсторисали (*crafted*) нижи судови, а која се доктрина, чак и да је призната, не може применити на овај случај јер се она примењује када је ускраћен приступ основним средствима, а што овде није случај јер је обавеза приступа прописана (тзв. секторским) законом.

Оно што засигурно можемо приметити у вези са одлуком у случају *Trinko* то је да се тај случај разликује од других раније споменутих случајева у којима је судио Врховни суд. Од случајева *Terminal Railroad Association u Associated Press* разликује се по томе што су ови пример колективних аката пословне праксе. То додуше не би требало бити непремостива препрека у примени доктрине основних средстава, јер би ускраћивање приступа ресурсима

²² *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

²³ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540, U.S. 398, 124 S. Ct 872 (2004).

неопходним за пружање услуге требало бити противправно без обзира да ли је последица једностране или картелне одлуке. Кључна разлика је у томе што је у поменутиим случајевима санкционисан неједнак, дискриминаторски однос према конкурентима, што је само по себи противно антимонополском праву, док у случају *Trinko, Verizon Communications* није дозвољавао приступ својој телекомуникационој мрежи ниједном конкуренту ни под каквим условима. У односу на случај *Aspen* разлика је у томе што је *Aspen Skiing* без оправданог разлога прекинуо постојећи пословни однос, док у случају *Trinko, Verizon Communications* никада до тада није пословао са конкурентима. Осим тога у случају *Aspen* не постоје два тржишта, па би се могао окарактерисати као класични случај одбијања пословања. За разлику од случаја *Aspen* у случају *Otter Tail* постоје два тржишта и ради се о унилатералном акту рестриктивне пословне праксе, али за разлику од случаја *Trinko, Otter Tail Power* је пре ускраћивања приступа нисконапонској мрежи сарађивао са јавним градским дистрибутерима. Према томе, чињенични опис случаја *Trinko* се заиста не подудара у потпуности ни са једним описаним случајем одбијања пословања у којем је решавао Врховни суд. Такође, оно што је након одлуке у случају *Trinko* неспорно, то је да у случају законске обавезе да се дозволи приступ инфраструктури или другом ресурсу за пружање услуге, изостаје ускраћивање приступа као услова без кога се не може применити доктрина основних средстава. Видећемо да је приступ таквим ситуацијама у Европској унији сасвим другачији.

3.2. Европска унија

Комисија је први пут израз *essential facility* употребила у *B&I v. Sealink* одлуци од 11. јуна 1992. године.²⁴ Случај је специфичан по томе што приступ неопходној инфраструктури није био ускраћен већ је власник луке *Holyhead – Sealink Harbours Limited* отежавао њено коришћење ирском превозиоцу *B&I Line Plc*. Наиме, луку *Holyhead* је на линији *Holyhead – Dublin* осим *B&I Line Plc* користио и *Sealink Stena Line Limited*.²⁵ Трајекти ова два превозиоца нису имали исто сидриште. *Sealink* трајекти (*Stena Cambria* и *Stena Hibernia*) пристајали су на сидришту унутар луке, а трајект *B&I Line Plc (Leinster)* користио је сидриште на улазу у луку. Пошто је улазни канал био и плитак и узак, приликом проласка *Sealink*-ових бродова укрцавање на *Leinster* и искрцавање са њега путника и возила (пошто је то био тзв. *ro-ro* трајект) морало је да се прекине јер се услед турбуленција распонски мост није могао користити. Кап је прелила чашу кад је *Sealink Harbours* најавио промену возног

²⁴ *B&I/Sealink Harbours and Stena Sealink* [1992] 5 CMLR 255.

²⁵ *Sealink Stena Line Limited* и *Sealink Harbours Limited* су припадали истој пословној групи (*Stena Group*), па их је Комисија третирао као јединствену економску целину и заједнички означавала именом *Sealink*.

реда по основу којег би број пролазака *Sealink*-ових бродова док се *Leinster* налази у луци био удвостручен, што би значило да би се прекидање укрцавања/искрцавања дуплирало. *B&I Line Plc* се обратио Комисији која је издала привремену меру изричито се позивајући на доктрину основних средстава: "Предузеће у доминантном положају које истовремено и поседује и користи основно средство тј. средство или инфраструктуру без чијег коришћења конкуренти не могу пружити услугу својим муштеријама и које ускраћује својим конкурентима приступ основном средству или га дозвољава али под условима мање повољним но што су они под којим оно пружа те исте услуге, стављајући на тај начин конкуренте у неповољан конкурентски положај, врши повреду чл. 86, ако су и остали услови за примену тог члана испуњени...Власник основног средства који користи своју тржишну моћ стечену на једном тржишту како би ојачао своју позицију на са њим повезаном тржишту...врши повреду чл. 86 када је конкурента довео у неповољан конкурентски положај без објективног оправдања."²⁶

Овом случају су следила још три тзв. „лучка“ случаја и то: *Sea Containers v. Stena Sealink* [1994] OJ L 15/8, *Stena Sealink v. Danish State Railways* [1994] OJ L 55/52 и *Irish Continental Group v. CCI Morlaix* [1995] 5 CMLR 177.²⁷

Поставља се питање, да ли је пре *B&I/Sealink* неки случај решен применом доктрине основних средстава, а без изричитог спомињања те доктрине и позивања на њу. Поједини аутори као кандидате издвајају два „ваздухопловна“ случаја: *London European – Sabena* и *British Midland – Aer Lingus*.²⁸

Одлуку у првом случају Комисија је донела 4. новембра 1988. године.²⁹ Радило се о томе да белгијски авиопревозник *Sabena* није хтео британској приватној авио компанији (*London European Airways PLC*) дозволити приступ белгијском компјутеризованом систему резервације путних карата (*Saphir*) све док *London European* не пристане да повери *Sabeni* пружање аеродромских услуга. С великом извесношћу бисмо могли да закључимо да *Saphir* јесте основно средство. Ово упркос чињеници да су се путне карте могле резервисати и телефоном, јер тенденције убрзаног техничко-технолошког развоја у смислу да ће компјутерски системи резервације путних карата врло брзо постати доминантни, ако не и једини системи коришћени у те сврхе, не могу се занемарити. Међутим, овде имамо очигледан случај везане трговине. Приступ систему је био условљен услугама тзв. *ground handling*-а које по трговачким обичајима нису у вези са предметом основног посла. Осим тога, *Sabena* је другим авиокомпанијама омогућавала приступ *Saphir*-у на бази

²⁶ *B&I/Sealink Harbours and Stena Sealink* [1992] 5 CMLR 255, тач. 41.

²⁷ Приказ набројаних случајева видети у: Goyder, D., *EC Competition Law*, Oxford 2003, стр. 318-319.

²⁸ Jones, A., Sufirin, B., Dunne, N., *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford 2019, стр. 488.

²⁹ *London European/Sabena* [1988] OJ L 317/47 of 24th November 1988.

реципроцитета, а авиокомпанијама које у том моменту нису имале своје компјутеризоване системе резервације путних карата приступ је одобран уз плаћање уговорене накнаде. Дакле у овом случају имамо и примену неједнаких услова на исте послове са различитим партнерима стављајући их на тај начин у лошији конкурентски положај. Имајући у виду наведено сматрамо да *London European – Sabena* није типичан случај примене доктрине основних средстава.

Други случај³⁰ тиче се авио линије Даблин – Лондон на којој је *Aer Lingus* био доминантан. Када је *British Midland* добио административно одобрење да обавља летове на предметној линији, *Aer Lingus* је раскинуо споразум који се односио на међулинијску интерконекију (тзв. *interlining*). *Interlining* је стандардна пословна пракса, одобрена од стране *IATA*-е, а на основу које путници који на дату дестинацију допунују авионом једног авиопревозника могу по основу заједничке путне карте да се врате авионом другог авиопревозника. Комисија је обавезала *Aer Lingus* на двогодишњи *interlining* са *British Midland*-ом како би се на тој линији одржала конкуренција. Иако није добро које се уобичајено перцепира као средство, међулинијска интерконекија се може сматрати неопходним ресурсом јер без ње *British Midland* не би могао успешно започети пружање услуге ваздушног превоза путника на датој линији пошто би се због много учесталијих полазака путници чешће опредељивали за *Aer Lingus*. Сматрамо да је услов неопходности испуњен. Исто важи и за непостојање никаквог, па самим тим ни објективног, оправдања за прекид споразума о међулинијској интерконекији. Последица би била повлачење *British Midland*-а са те линије што би резултирало елиминацијом конкурента и погоршањем тржишне структуре. Међутим, *Aer Lingus* није раскинуо споразум о међулинијској интерконекији са другим британским авиопревозником који је пружао услуге ваздушног превоза путника на истој линији: *British Airways*-ом. Тиме је извршио злоупотребу доминантног тржишног положаја дискриминишући *British Midland*, тако да ни у овом случају није било потребе испитивати испуњеност услова за примену доктрине основних средстава.

Иако Суд правде Европске уније никад није употребио израз *essential facility*,³¹ доктрина основних средстава се у праву Европске уније учестало примењује у вези са приступом физичкој инфраструктури и мрежама у либерализованим привредним секторима у којима ресурсе неопходне за пружање услуга на нисходним тржиштима и даље држе јавна предузећа или предузећа којима су државе чланице у односу на управљање и контролу над предметним ресурсима доделиле посебна или искључива права. Као што ћемо видети у следећем поглављу, у праву Европске уније секторски прописи не да не искључују примену права конкуренције, него је олакшавају.

³⁰ *British Midland Airways/Aer Lingus* [1992] OJ L 96/34 of 10th April 1992.

³¹ Jones, A., Sufrin, B., Dunne, N., *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2019, стр. 487.

4. Примена доктрине основних средстава

Да би случај био решен применом доктрине основних средстава морају кумулативно бити испуњена два комплексна услова:

1. Предузеће које је власник или које управља ресурсом неопходним за пружање услуге налази се у доминантном тржишном положају и

2. Приступ ресурсу неопходном за пружање услуге ускраћен је без објективног оправдања;

Два основна елемента првог услова су: а. доминантан тржишни положај и б. основно средство. Доминантан тржишни положај је битан за примену доктрине основних средстава онда када је ускраћивање приступа ресурсу неопходном за пружање услуге унилатерално. При томе је небитно да ли је доминација индивидуална или колективна. Но оно што јесте битно то је да је предузеће које врши ускраћивање приступа ресурсу неопходном за пружање услуге доминантно на усходном тржишту.

Битно обележје појма основног средства представља својство неопходности тог средства за пружање услуге, а која се неопходност испољава у виду непостојања ни актуелног ни потенцијалног супститута који би се могао користити ради пружања услуге на нисходном тржишту. Потенцијални супститут не постоји када дати ресурс није могуће репродуковати из техничких, просторних, еколошких, културно-историјских, безбедносних, правних или неких других разлога или је пак то могуће урадити али, пре свега из финансијско-комерцијалних разлога, тако нешто не би било разумно. Питање које се поставља јесте за кога то не би било разумно. У праву Европске уније одговор на то питање произлази из пресуде Европског суда правде донете у случају *Bronner*.³² Према поменутој пресуди „суд изгледа сугерише да би трошкови обезбеђења алтернативног ресурса требали бити одмерени према конкуренту који је већ достигао ниво минималне ефикасности потребан за улазак на релевантно тржиште.“³³ Дакле, неопходност датог ресурса за пружање услуге не просуђује се према економској снази предузећа које захтева приступ, него према економској снази предузећа које би у оптималном року могло успешно конкурисати на нисходном тржишту, па ако би за такво предузеће инвестиција у дуплирање предметног ресурса била финансијски-комерцијално неразборита одлука, онда је услов неопходности испуњен. Испуњеност услова неопходности значи да приступ таквом ресурсу представља (уски) пролаз (*bottleneck*) ка нисходном тржишту, па би

³² С-7/97 [1998] ECR I- 7791. О томе више: Шокињов, С., *Одбијање пружања услуга*, Зборник радова: Правна регулатива услуга у националним законодавствима и праву Европске уније, Крагујевац 2023, стр. 984-986.

³³ Castaldo, A, Nicita, A., *Essential Facility Access in US and EU: Drawing a Test for Antitrust Policy*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877135 (приступљено јануара 2023), стр. 10. У обзир се узимају и висина трошкова и време.

ускраћивање приступа резултирало елиминацијом могућности да се на том тржишту појави, одржи или ојача конкуренција.

Ресурс неопходан за пружање услуге може бити како у јавном, тако и у приватном власништву. Када је дати ресурс у приватном власништву и изграђен је средствима из приватних извора, а власник није уживао статус државног монопола, тада се услов неопходности ресурса строже тумачи како би се спречило паразитско тржишно понашање. Ситуација је другачија када је дати ресурс у јавном власништву или је у приватном власништву, али је изградња ресурса финансирана из јавних прихода, укључујући и државну помоћ. Неретко у таквим случајевима, а поготово када се ради о саобраћајној или енергетској инфраструктури, постоји законска обавеза омогућавања приступа без дискриминације. Ако у таквим случајевима јавно предузеће или предузеће којем је држава доделила искључива или посебна овлашћења противно законској обавези ускрати приступ инфраструктури којом управља, сматраће се да нема потребе утврђивати да ли је услов неопходности испуњен. Наиме, доктрина основних средстава заснива се на нужности обезбеђења баланса између права својине и подстицаја за инвестирање у инфраструктурне објекте, мреже и друге ресурсе с једне и функционисања конкуренције на нисходном тржишту с друге стране. Комисија сматра да када је прописивање обавезе омогућавања приступа капиталној инфраструктури извршено секторском правном регулативом онда је то учињено на основу процене да извршењем такве обавезе поменути баланс супротстављених интереса неће бити нарушен.³⁴

Други услов за примену доктрине основних средстава је такође сложен и чине га следећи елементи: а. ускраћивање приступа ресурсима неопходним за пружање услуга и б. непостојање објективног оправдања. Акт ускраћивања приступа основном средству може бити отворен или конструктиван. Конструктивно ускраћивање приступа основном средству постоји када захтев да се дозволи приступ основном средству није одбијен, али су за приступање основном средству постављени такви услови да фактички онемогућавају коришћење датог ресурса. Да ли се у таквом случају неопходан ресурс не може користити ни на који начин или се може користити, али не рентабилно, није правно релевантно.

Доминантни тржишни положај није злоупотребљен уколико је ускраћивање приступа основном средству објективно оправдано. Оправдање може да буде како техничког тако и комерцијалног карактера. Типично оправдање техничке природе је недостатак капацитета. У вези са тим је врло битно напоменути да су предузећа која капиталном инфраструктуром управљају у јавном интересу у обавези да улажу у очување и модернизацију

³⁴ *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 of 24.02.2009, тач. 82.

њених капацитета, али нису у обавези да улажу у проширење капацитета само зато да би предузећу које захтева приступ тако нешто омогућили. У вези са овим оправдањем може настати спорна ситуација ако капацитети неопходне инфраструктуре нису искоришћени у целости, али на нисходном тржишту конкуренција задовољавајуће функционише и уз све то не постоји законска обавеза обезбеђења приступа неопходној инфраструктури. Да ли би у том случају ускраћивање приступа било оправдано? Телеолошки гледано са аспекта доктрине основних средстава, у таквом случају заиста не постоји разлог због којег би требало дозволити приступ датом ресурсу. Међутим, ако је приступ неопходној инфраструктури већ дозвољен другим предузећима, онда би одбијање приступа у овој ситуацији било произвољно и резултирало би дискриминацијом предузећа које захтева приступ предметном ресурсу што би представљало именовани случај злоупотребе доминантног тржишног положаја.

Што се комерцијалних разлога за ускраћивање приступа неопходним ресурсима тиче, важно је напоменути да се приступ таквој инфраструктури, чак и кад постоји законска обавеза, не одобрава бесплатно. Уколико је предузећу које захтева приступ основном средству блокиран рачун или из других разлога није у стању да измирује своје финансијске обавезе, ускраћивање приступа основним добрима сматраће се објективно оправданим.

5. Закључак

Ресурсе неопходне за пружање услуге чине инфраструктура и друге покретне и непокретне ствари, телекомуникационе и друге мреже, добра интелектуалне својине и друга добра и услуге без чијег коришћења предузеће не може конкурисати на релевантном тржишту јер не постоји могућност њихове замене. Зато се ускраћивање приступа ресурсима неопходним за пружање услуга сматра непремостивом препреком за улазак на тржиште (или опстанак на њему, ако је ускраћивањем приступа прекинута пословна сарадња). И поред тога, ако се изузме законска регулатива у вези са либерализацијом пружања услуга у јавном сектору привреде, не постоји општа обавеза омогућавања и одобравања приступа ресурсима неопходним за пружање услуга јер је ускраћивање приступа ресурсима неопходним за обављање услужних послова посебан вид одбијања пружања услуга, па се, у недостатку посебних правила, подводи под правила о одбијању пословања. Зато се (унилатерално) ускраћивање приступа ресурсима неопходним за пружање услуга сматра противправним само ако се тиме врши злоупотреба доминантног тржишног положаја, а злоупотреба доминантног тржишног положаја ће постојати онда када заинтересовано предузеће није могло приступити релевантном тржишту због тога што му, без објективног оправдања није одобрен приступ ресурсима неопходним за пружање услуга од стране предузећа које је у погледу управљања предметним ресурсима (без обзира на

правни основ по којем то чини) у позицији тржишне доминације (и то углавном монопола).

У случају када је именовани случај злоупотребе доминантног тржишног положаја учињен у вези са ресурсима неопходним за пружање услуга на нисходном тржишту, није потребно утврђивати да ли су испуњени услови за примену доктрине основних средстава.

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

DENIAL OF ACCESS TO RESOURCES INDISPENSABLE FOR PROVISION OF SERVICES

Summary

Resources indispensable for provision of services are facilities or infrastructure without access to which undertaking which already reached the minimal level of efficiency to enter the relevant downstream market cannot provide services to their customers. Because alternative resources can not be neither practically nor reasonably duplicated, resources indispensable for provision of services represent an insuperable barrier for entrance to relevant downstream market and in such a way obtain importance of and refer to a known US antitrust law concept of essential facilities.

Denial to access to an essential facility is a subset of refusal to deal cases. It means that save cases where legal regulation in liberalised sectors imposes an obligation to provide for access, compulsory access to infrastructure and other resources indispensable for provision of services will be exceptionally enjoined in situations where otherwise a serious detriment to competition would be occurred.

Key words: *essential facilities, antitrust law, abuse of dominant position, services.*

Литература

- Castaldo, A, Nicita, A., *Essential Facility Access in US and EU: Drawing a Test for Antitrust Policy*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877135 (приступљено јануара 2023).
- 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 of 24.02.2009.
- Цукавац, М., *Одбијање пословања у антимонополском праву САД и Европске уније*, Ревизија за европско право, бр. 1/2010.
- Dabbah, M., *EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials*, Cambridge 2004.
- Hylton, K., *Unilateral Refusals to Deal and the Antitrust Modernization Commission Report*, The Antitrust Bulletin No. 3/2008.
- Jones, A., Sufrin, B., Dunne, N., *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford 2019.
- Liyang, H., *Refusal to deal within EU Competition Law*, <http://ssrn.com/abstract=1623784> (приступљено јануара 2023).
- Meadows, M., *The Essential Facilities Doctrine in Information Economies: Illustrating Why the Antitrust Duty to Deal is Still Necessary in the New Economy*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal No 3/2015.
- Nagy, C. I., *Refusal to deal and the doctrine of essential facilities in US and EC competition law: a comparative perspective and a proposal for a workable analytical framework*, European Law Review No October 2007.
- Opinion of Advocate General Jacobs in Case 7/97 Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungs, delivered on 28 May 1998.*
- Поповић, Д., *Теорија неопходних средстава: последице по права интелектуалне својине*, Право и привреда бр. 1-4/2008.
- The Essential Facility Concept*, OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)113, Paris 1996.

Правна пракса

- MCI Communications v. AT&T Corp.*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983).
- United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383, 56 L. Ed. 810, 32 S. Ct 507 (1912).
- Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 89 L. Ed.2013, 65 S. Ct. 1416 (1945).
- Otter Tail Power & Co v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).
- Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).
- Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540, U.S. 398, 124 S. Ct 872 (2004).
- B&I/Sealink Harbours and Stena Sealink* [1992] 5 CMLR 255.
- London -European/Sabena* [1988] OJ L 317/47 of 24th November 1988.
- British Midland Airways/ Aer Lingus* [1992] OJ L 96/34 of 10th April 1992.