

ODBIJANJE POSLOVANJA U ANTIMONOPOLSKOM PRAVU SAD I EVROPSKE UNIJE

Rezime

Premda svako ima slobodu da posluje s kim želi postoje okolnosti pod kojima odbijanje da se vrši snabdevanje robom ili uslugama ili odobri pristup takozvanoj "neophodnoj infrastrukturi" od strane dominantnog preduzeća može predstavljati zloupotrebu dominantnog položaja.

U Sjedinjenim Državama odbijanje poslovanje je bazirano na tri testa: test antikonkurencijske namere koja se najčešće ispoljava kroz promenu postojeće poslovne prakse praćene posebnom namerom da se nanese šteta konkurentima, doktrinu osnovnih sredstava i teoriju širenja monopola.

Odbijanje poslovanja sjedinjeno sa doktrinom osnovnih sredstava primenjivano je u Evropskoj Uniji u proteklih godina od strane Evropske Komisije, Prvostepenog suda i Evropskog suda pravde. Takođe, nedavno izdati Vodič Evropske Komisije o zloupotrebama dominantnog položaja podržava ovu doktrinu i istančano opisuje njenu primenu i ograničenja. Koncept odbijanja poslovanja se odnosi na široki dijapazon različitih praksi kao što je na primer odbijanje snabdevanja proizvodima postojećih ili budućih kupaca, odbijanje da se licencira pravo intelektualne svojine ili odbijanje da se dozvoli pristup neophodnoj infrastrukturi ili mreži. Sve ove

* Sekretar Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednj komori Srbije u Beogradu.

prakse mogu predstavljati zloupotrebu dominantnog položaja pod uslovom da postoje sledeće okolnosti: proizvod ili infrastruktura treba objektivno da budu neophodni, odbijanje će verovatno naneti štetu potrošačima, ono treba da bude neopravdano i da dovodi do ograničenja konkurencije na sekundarnom tržištu.

Ključne reči: odbijanje poslovanja, neophodna infrastruktura, dominantni položaj, antimonopolsko pravo, širenje monopola

Uvod

Pravo konkurencije zabranjuje zloupotrebu dominantnog ili monopolskog položaja jer zloupotreba monopola može da utiče na ograničenje autputa i povećanje cena, smanjenje inicijative za inovacije i manje alternativa za isporučioce i kupce.¹ Ekonomske analize pokazuju da monopolisti upotrebljavaju svoju moć da ograniče proizvodnju i podignu cene te će tržište posednuto od strane monopolista proizvoditi manje i prodavati po višim cenama nego tržište sa zdravom konkurencijom. Stoga član 2. američkog Šermanovog zakona (15 U.S.C. § 2) zabranjuje ne samo sporazume između privrednih subjekata kojima se stiče ili zloupotrebljava monopolski položaj nego i za razliku od člana 1. istog zakona i svako jednostrano ponašanje koje dovodi do ili zloupotrebljava monopolski položaj. Takođe i član 82. Ugovora o udruživanju u EU zabranjuje aktivnosti koje predstavljaju zloupotrebu ekonomske moći firmi koje imaju dominantan položaj na zajedničkom tržištu ili na njegovom značajnom delu ukoliko mogu imati štetan uticaj na trgovinu između zemalja-članica.

Iako na prvi pogled izgleda da pravo SAD i EU zabranjuje svaku monopolizaciju, samo po sebi posedovanje dominantnog položaja ili monopolne moći na tržištu ne predstavlja povredu prava konkurencije. Jedna firma može steći monopolnu moć i kroz unapređenje proizvodnje, marketinga ili prodaje nekog proizvoda što znači kroz vrlo kompetitivno ponašanje koje pravo konkurencije upravo stimuliše. Dominacija sama po sebi nije dovoljna jer ni ona kao ni monopol nisu sami po sebi zabranjeni nego samo njihova zloupotreba, odnosno njihovo sticanje ili održavanje putem ponašanja za koje ne postoji opravdan legitimni poslovni interes koji bi

¹ Philip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Fundamental of Antitrust Law*, (3d edition 2008) Aspen Publishers, ¶631, str. 71

proisticao iz normalnog rasta ili razvoja kao posledice dobrog poslovanja, kvalitetnog proizvoda ili prilika na tržištu.²

Pored pukog posedovanja monopolske moći ili dominantnog položaja firma mora biti angažovana i u nekoj vrsti predatorskog ponašanja čije definisanje spada u jedno od najtežih pitanja prava konkurencije. Član 82. Ugovora o udruživanju u EU ne definiše koncept zloupotrebe nego samo daje listu tipičnih primera koja nije isključiva. Ipak, određene kategorije zloupotreba mogle su biti izvedene na osnovu slučajeva koji su se postavili pred sudom.³ Ni pravo Sjedinjenih Država takođe ne nabroja listu zabranjenih ponašanja. No iako se američka sudska praksa još nije složila o tome šta čini takvo ponašanje te postoji stalna debata o standardima koje treba primeniti pri određivanju da li je jedno ponašanje sankcionisano kao akt monopolizacije u praksi je široki spektar unilateralnih akata bio istican kao povreda člana 2. Šermanovog zakona.⁴

Iako ne postoji neka lista ponašanja koje bi se smatrao ekskluzivnim, predatorskim, ograničavajućim ili antikompetitivnim, niti se ona mogu nabrojati i predvideti,⁵ teorija i praksa su ipak formulisale izvesne teorije o odgovornosti na koje se stranke najčešće pozivaju kao osnovu za slučajeve zloupotrebe dominantnog položaja odnosno monopolizacije. Odbijanje da se posluje sa konkurentskom firmom je jedno od opštepriznatog oblika monopolizacije koje poznaju praktično sva prava onih zemalja koje su donele antimonopolske zakone. U daljem toku izlaganja ovaj institut će se obraditi s obzirom na pravo EU i Sjedinjenih Država gde i pored sličnosti postoje i značajne razlike u njegovoj primeni.

² Vrhovni sud Sjedinjenih Država u *United States v. Grinell Corp*, 384 U.S.,563, 570-71 (1966).

³ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, 4th Ed., Oxford University Press, New York 2004, 282.

⁴ Vid. K. L. Grimm, *General Standards for Exclusionary Conduct* (Fed. Trade Comm'n Staff Working Paper, 2008) dostupno na: <http://www.ftc.gov/os/section2hearings/index.shtml>.

⁵ U *Caribbean Broadcasting System, Ltd. v. Cable & Wireless P.L.C.*, 148 F.3d 1080, 1087 (D. C. Cir. 1998) District of Columbia apelacioni sud je istakao da "ponašanje koje se može smatrati ograničavajućim i antikompetitivnim zavisi od konteksta slučaja i može se pojaviti u toliko različitih pojavnih formi i oblika da sudovi ili teorije ne bi mogli nikada da ih sve nabroje i predvide."

1. SJEDINJENE DRŽAVE

Odgovor na pitanje kada firma koja ima monopolistički položaj može zakonito odbiti da posluje sa konkurentom(ima) spada u jedno od najproblematičnijih pitanja američkog antimonopolnog prava. Osnovni princip ugovornog prava je da svaka firma, pa i u slučaju da je monopolista, ima pravo da posluje s kim hoće, pod uslovom da to radi nezavisno.⁶ Međutim, ovo pravilo nije bez izuzetaka kada su u pitanju firme koje uživaju monopolistički status te pod određenim okolnostima monopolisti mogu biti odgovorni ukoliko odbiju da posluju sa konkurentima.

2.1. Tri testa za utvrđivanje nezakonitog odbijanja poslovanja

Prilikom ocene da li je monopolista protivzakonito odbio da posluje tokom vremena su se razvila tri testa.⁷ To su test namere, teorija osnovnih sredstava i teorija proširenja monopola.

2.1.1. Test 1: Anikonekurencijska namera (*anticompetitive animus*) najčešće ispoljena kroz neopravdanu promenu obrasca ponašanja (*unjustified change in pattern of dealing*)

Monopolista čiji je model ponašanja stvorio prokompetitivno okruženje u nekim slučajevima neće moći da promeni obrazac ponašanja bez valjanog opravdanja. Ova analiza se naziva „testom namere“. Međutim, ukoliko se može dokazati opravdani poslovni razlog za odbijanje poslovanja ovakvo ponašanje neće predstavljati povredu antimonopolnog prava.

Vodeći precedent u ovoj materiji je slučaj *Aspen*⁸ gde je Vrhovni sud SAD sankcionisao odbijanje da se posluje sa konkurentom. Činjenice su bile sledeće. U čuvenom zimskom centru Aspen, Kolorado jedna firma, Aspen Skiing je posedovala tri skijališta dok je konkurent, Aspen Highlands posedovao samo jedno. Dve firme su godinama sarađivale prodajući

⁶ Vrhovni sud SAD u *Monsanto Co. v. Spray-Right Service Co.*, 465 U.S. 752 (1984).

⁷ Allen Kezsbom & Alan V. Goldman, No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the "Essential Facilities" Doctrine, 1 *Columb. Bus. L. Rev.* 5(1996); James B. Kobak Jr., Antitrust Treatment of Refusals to License Intellectual Property, *The Licencing Journal*, Vol. 22, no. 1 (January 2002), 1.

⁸ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U. S. 585(1985)

zajedničku kartu za višednevni ski pas koja je važila za sva skijališta. Pošto je više puta tražio povećanje svog dela u zajedničkoj prodaji, Aspen Skiing je obustavio prodaju zajedničke karte. Aspen Highlands, znajući da će skijaši zaobilaziti njegove terene, je na sve načine pokušavao da nastavi saradnju na kraju ponudivši čak i da sam kupuje Skiingove karte po maloprodajnoj ceni. Pošto je i ovo odbijeno, Aspen Highlands je tužio Aspen Skiing zbog zloupotrebe monopolskog položaja. Niži sudovi su presudili u korist Highlands-a našavši da je Aspen Skiing monopolisao tržište okončavši sporazum sa tužiocem. Vrhovni sud je potvrdio ove odluke našavši da se odluka Skiing-a da okonča dugoročni zajednički poslovni poduhvat može okarakterisati kao "odluka da se bitno promeni karakter tržišta"⁹ a odbijanje da se prihvati kupovina vaučera od strane konkurenta koja je jednaka keš isplati pruža dovoljno dokaza da ne postoji razumno opravdanje ovakvog poslovnog poteza te da se ono može nedvosmisleno okarakterisati kao ekskluzivno.¹⁰

Kada je u pitanju neopravdana promena obrasca poslovanja, da bi se uspostavio slučaj, pored odbijanja poslovanja sa konkurentom potrebno je da postoji i jasno izražena namera da mu se naškodi. U *Aspen*-u, Vrhovni sud je našao da je ova namera ispoljena kroz "odluku monopoliste da izvrši značajnu izmenu karaktera tržišta"¹¹ zato što je njegova odluka odstupala od dugoročnog profitabilnog aranžmana koji je imao sa konkurentom a nije postojalo valjano poslovno opravdanje koje bi podržalo okončanje ugovora o saradnji.¹²

Na test namere iz *Aspen*-a Vrhovni sud se posebno osvrnuo i u vremenski bližem slučaju *Trinko*¹³ o kome će kasnije biti reči. Vrhovni sud je naglasio da ono što je važno u *Aspen*-u je činjenica da : "jednostrano okončanje voljnog (i zbog toga pretpostavljeno profitabilnog) poslovanja sugerise nameru da se žrtvuje kratkoročni profit da bi se na kraju ostvario antikonkurencijski efekat. Takođe, nespremnost tuženog da obnovi kartu čak i pod uslovom da mu to

⁹ *Aspen*, 604

¹⁰ *Aspen*, 610-611

¹¹ *Aspen*, 604

¹² *Aspen*, 603

¹³ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, LLP, 540, U.S. 398 (2004)

bude nadoknađeno po maloprodajnoj ceni otkriva jasno njegovu antikonkurencijsku nameru."¹⁴

Prema mišljenju američkih sudova, test namere ne traži da se odbijanje poslovanja sa konkurentom tiče neophodnih osnovnih sredstava ili da se dokazuje postojanje dva odvojena tržišta u cilju monopolizacije susednog tržišta.¹⁵

2.1.2. Test 2: Doktrina osnovnih sredstava (essential facilities doctrine)

Doktrina osnovnih sredstava je jedna od teorija na koju se naslanja odbijanje poslovanja. Ova doktrina uspostavlja odgovornost u slučajevima kada jedna firma, koja kontroliše osnovna sredstva, onemogućava drugoj firmi razuman pristup proizvodima ili uslugama koje ova mora imati da bi mogla da konkuriše prvoj firmi.¹⁶ Kao osnovno sredstvo može se smatrati proizvod (kao što su sirovine ili rezervni delovi), infrastruktura (kao što je luka, železnička infrastruktura, fudbalski stadion, električna centrala, telekomunikaciona mreža, aerodrom ili pojedine službe na aerodromu), usluge (kao što je prilaz kompjuterizovanom sistemu rezervacije avio-karata), kao i licenca prava intelektualne svojine.

Doktrina vuče koren iz slučajeva grupnih bojkota koji sami po sebi predstavljaju nedozvoljene sporazume sankcionisane članom 1. Šermanovog zakona. U jednom od najranijih slučajeva, *Terminal Railroad Association*,¹⁷ zloglasni Jay Gould je organizovao St. Louis Terminal Association, grupaciju od šest železničkih preduzeća koja je stekla kontrolu nad svim mostovima i terminalima na reci Misisipi koji su povezivali Istočni St. Louis sa ostalim delom grada. Asocijacija je odbila da dozvoli da druge železničke kompanije koriste mostove i terminale. Rezultat je bio visoka barijera za ulaz za svaku drugu železničku firmu jer bi morala da sagradi ne samo most već i terminalsku infrastrukturu. Vrhovni sud SAD je našao da je takvo ponašanje

¹⁴ *Trinko*, 409

¹⁵ *Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.*, 738F. 2d 1509, 1519 n. 11 (10th Cir.1984)

¹⁶ *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (9th Cir.1991)

¹⁷ *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 . S. 383(1912)

prepreka, barijera i ograničenje u odnosu na međudržavnu trgovinu" te stoga predstavlja povredu članova 1. i 2. Šermanovog zakona.¹⁸

Nešto kasnije u *Associated Press*-u¹⁹, Vrhovni sud je našao da je statut kojim je novinska agencija Associated Press predvidela zabranu članicama da prodaju vesti bilo kome osim drugim članicama AP te pravo da stavljanjem veta blokiraju prijem u članstvo AP konkurentskih novina predstavlja povredu člana 1. i 2. Šermanovog zakona.²⁰

Kada su u pitanju čisto unilateralni akti odbijanja poslovanja sa konkurentskom firmom od strane monopoliste Vrhovni sud do danas nije eksplicitno priznao niti opovrgao primenu doktrine osnovnih sredstava. U nešto novijem slučaju, *Otter*²¹, Vrhovni sud je sankcionisao praksu Otter-a, proizvođača električne energije, kao akt monopolizacije. Otter je prodavao struju koju je proizvodio u maloprodaji direktno potrošačima kao i u veleprodaji gradovima koji su zatim preprodavali potrošačima. Odbijanje prodaje struje gradovima od strane Otter-a okarakterisano je kao nezakoniti akt monopolizacije ali bez navođenja bilo kakvih kriterijuma.

Kriterijume za primenu doktrine osnovnih sredstava formulisao je Apelacioni sud za sedmo područje (Čikago) 1983. god. u slučaju *MCI Communications*²². U navedenom slučaju sud je našao da neki slučajevi odbijanja poslovanja treba da budu razmatrani sa stanovišta doktrine osnovnih sredstava. Naime, MCI se pozvao da je AT&T nezakonito odbio da iznajmi konekciju za MCI telefonske linije za udaljene države koje bi se povezale na AT&T-ijevu nacionalno raširenu lokalnu telefonsku mrežu. MCI je naveo da ne može konkurisati AT&T-iju na linijama za daleke zemlje bez interkonekcije na lokalnu mrežu. Apelacioni sud je primenio doktrinu neophodne infrastrukture i našao da je MCI dokazao da je "tehnički i ekonomski izvodljivo za AT&T da obezbedi zahtevanu interkonekciju a da odbijanje

¹⁸ Terminal Railroad Association, *Ibid*.

¹⁹ *Associated Press v. United States*, 326 U.S.1(1945)

²⁰ *Associated Press*, 19

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

²² *MCI Communications v. AT&T Corp.*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir.1983)

AT&T-ija čini namerni akt monopolizacije".²³ Sud je našao da neke slučajeve odbijanja poslovanja treba posmatrati prema doktrini osnovnih sredstava. Takvo odbijanje poslovanja može biti nezakonito jer monopolista koji kontroliše neophodnu infrastrukturu može proširiti monopolsku moć sa jedne faze proizvodnje na drugu, sa jednog tržišta na drugo. Stoga antimonopolsko pravo nameće firmama koje kontrolišu neophodnu infrastrukturu obavezu da je učine dostupnom pod nediskriminirajućim uslovima.²⁴ U ovom slučaju Apelacioni sud je identifikovao četiri neophodna elementa koja tužilac mora da dokaže da bi uspostavio odgovornost na osnovu doktrine osnovnih sredstava to a su :

- 1) kontrola osnovnog proizvoda od strane monopoliste;
- 2) nemogućnost konkurenta da praktično ili pod razumnim uslovima sam duplira neophodni proizvod;
- 3) odbijanje da se konkurentu dopusti upotreba neophodnog proizvoda;
- 4) izvodljivost obezbeđenja pristupa osnovnom proizvodu konkurentu.²⁵

Ne postoji zahtev da tužilac koji se poziva na doktrinu osnovnih sredstava dokazuje postojanje dva različita, vertikalno povezana tržišta. Stranke koje se pozivaju u svojim zahtevima na ovu doktrinu mogu istovremeno biti i kupci i konkurenti navodnog monopoliste na jedinom jedinom tržištu, te je dovoljno samo dokazati da su stranke aktuelni konkurenti ili bi bile konkurenti da je tužiocu dozvoljen pristup proizvodu tuženog čak i na istom tržištu.²⁶ To ne znači da se doktrina osnovnih sredstava ne primenjuje i u slučajevima kada se radi o dva vertikalno povezana tržišta. Međutim, ovo nije neophodan uslov jer sudovi zahtevaju da tužilac samo dokaže da je proizvod neophodan za konkurenciju na relevantnom proizvodnom tržištu, da ga je nemoguće

²³ *MCI Communications*, 1133

²⁴ *Ibid.*, 1132

²⁵ *Ibid.*, 1132 -33

²⁶ *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346,1357(Fed.Cir. 1999)

duplicirati, da ga kontroliše monopolista koji ga jedino može učiniti dostupnim.²⁷

I pored toga što je doktrina osnovnih sredstava pretrpela mnogobrojne kritike od strane američkih teoretičara, i najžešći kritičari su ipak priznavali činjenicu da bi u nekim izuzetnim okolnostima monopolista bio obavezan da posluje sa konkurentom.²⁸ S druge strane, zbog visoko postavljenih kriterijuma, američki sudovi su u veoma retkom broju slučajeva našli da je neko odgovoran na osnovu ove doktrine.

2.1.3. Test III :Širenje monopola (*monopoly leveraging*)

Prema novijim odlukama američkih sudova sama po sebi upotreba monopola stečenog na jednom tržištu da bi se stekle prednosti na drugom tržištu ne mora biti nezakonita.²⁹ Po mišljenju američkih sudova, širenje monopola na sekundarno tržište treba da ima određeni oblik kao što su predatorske cene, vezana trgovina ili odbijanje poslovanja koje je dovelo do monopolizacije ili je, slučajevima pokušaja monopolizacije, rezultiralo opasnom mogućnošću sticanja monopolske moći na sekundarnom tržištu. U gore navedenom slučaju *Otter*, odbijanje obezbeđenja električne energije gradskim distributerima od strane Otter-a okarakterisano je kao nezakonito širenje monopolske moći sa tržišta veleprodaje u cilju sticanja neopravdanih prednosti na tržištu maloprodaje.³⁰

²⁷ R. Pitofsky, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*, dostupno na <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>

²⁸ Videti P. Areeda: *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *Antitrust L.J.* 841,853 n. 21(1989)

²⁹ U slučaju *Schor v. Abbott Laboratories*, 457F.3d 608(7th Cir.2006) tužilac Schor, proizvođač leka za tretiranje AIDS-a je tužio Abbott Laboratories (ABBOTT) zbog toga što je povećanjem cene patentom zaštićene komponente Norvira koji se koristi u proizvodnji pilula koje se prepisuju obolelima od AIDS-a a da je pri tome cena njegovih sopstvenih pilula Kaletra ostala ista, izvršio nezakonit pokušaj monopolizacije na sekundarnom tržištu lekova koji se moraju kombinovati sa Norvir-om u cilju pojačavanja dejstva. Prvostepeni federalni sud je odbacio tužbu a Apelacioni sud za sedmo područje potvrdio navodeći da širenje monopola na drugo tržište ne predstavlja povredu antimonopolskog prava ukoliko nije učinjeno u određenoj formi kao što su predatorske cene, vezana trgovina ili odbijanje poslovanja.

³⁰ *Otter Tail Power Co., v. United States*, 410 U.S. 366(1973)

2.1.4. *Trinko*

Skoro dvadeset godina posle *Aspen*-a Vrhovni sud Sjedinjenih Država je razmatrao slučaj odbijanja poslovanja od strane monopolske firme u slučaju *Trinko*.³¹

Činjenice *Trinko* slučaja bile su umnogome drugačije nego kod *Aspena*-a. Lokalni monopolista u oblasti telefonije, firma Varizon je odbila da iznajmi deo svoje mreže konkurentima iako ga je na to obavezivao Zakon o telekomunikacijama. Na žalbu konkurenata, nadležni organi su izrekli Varizon-u novčanu kaznu i određene prinudne mere a konkurenti i njihovi potrošači (*Trinko*) su pokrenuli *class-action* u cilju nadoknade trostruke vrednosti pretrpljene štete zbog povrede člana 2. Šermanovog zakona. Tužilac je bazirao svoj zahtev na dve doktrine, odbijanju poslovanja i doktrini osnovnih sredstava, koje obe nalažu monopolisti da obezbedi pristup rivalima na vitalne vertikalne inpute susednog tržišta. Spor je došao do Vrhovnog suda Sjedinjenih Država koji je odbacio tužbu jer tužilac nije uspeo da uspostavi slučaj.

Vrhovni sud je objasnio svoj hladan prijem činjenicom da kršenje Zakona o telekomunikacija ne znači *ipso facto* i kršenje Šermanovog zakona. Sud je takođe naglasio da nije nezakonito da jedna firma iskorišćava stečenu monopolsku moć i da je opšte pravilo da monopolista ima pravo da odbije da posluje sa drugim firmama a da izuzetke treba usko tumačiti pri čemu se *Aspen* nalazi "na samoj ili blizu spoljne granice odgovornosti po članu 2."³² Činjenice ova dva slučaja su bitno različite. Tužioci nisu naveli da su bilo kada dobrovoljno poslovali sa tuženim Varizon-om niti da bi na to ovaj ikada pristao da ga nije obavezivao zakon.³³ Zbog nedostatka prethodnog ponašanja ne može se jasno ustanoviti ni njegova namera da se naškodi konkurentu. Drugo, u *Aspen*-u je tuženi odbio da srađuje sa tužiocem i po cenu da mu ovaj isplaćuje maloprodajnu cenu karata, što jasno sugerise njegovu nameru da je računao da će kasnije njegova monopolska cene karte biti viša, dok je Varizon odbio da posluje na bazi administrativno utvrđene cene u veleprodaji baziranoj na troškovima i izračunatoj po određenoj

³¹ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540, U.S. 398 (2004)

³² *Trinko*, 409

³³ *Trinko*, *ibid.*

metodologiji državne agencije, koja i nije bazirana na profitu, te se iz ovoga ne može izvući zaključak o njegovoj nameri da uništi rivale.³⁴ I na kraju treće, proizvod koji je Varizon odbio da iznajmljuje svojim konkurentima bio je nov i nikad nije bio javno dostupan te je mogao biti dostupan rivalima samo na osnovu prinude i po značajnim troškovima za Varizon.³⁵

U pogledu doktrine "osnovnih sredstava" Vrhovni sud je naglasio svoj, u osnovi neprijateljski stav naglasivši da iako je ta doktrina kreirana od strane nekih nižih sudova ona nikada nije bila priznata od strane Vrhovnog suda te ovaj "ne nalazi potrebu niti da je priznaje niti da je opovrgava".³⁶ Izvor ove doktrine koji se nalazi u *Railroad Terminals* i *Associated Press* odnosi se na udružene aktivnosti za razliku od unilateralnog odbijanja poslovanja. Čak i kada bi se priznala životnost ove doktrine, ona se ne bi mogla primeniti u *Trinko* slučaju jer je "neophodan uslov da bi se pozvalo na ovu doktrinu nemogućnost pristupa 'osnovnom proizvodu'; gde postoji pristup, doktrina nema nikakve svrhe."³⁷ Zakon o telekomunikacijama iz 1996. god. nalagao je obezbeđivanje usluge interkonekcije drugim pružaocima usluga na nediskriminatorskim osnovama te tako onemogućavao bilo kakav zahtev baziran na činjenici da usluga u pitanju nije bila dostupna.

I na kraju, ali ne i najmanje značajno iako izraženo u fusnoti 4, Vrhovni sud se osvrnuo na primenu doktrine širenja monopola. Vrhovni sud je naglasio da je za primenu ove doktrine neophodno da se dokaže postojanje „opasne verovatnoće“ monopolizacije sekundarnog tržišta a ne, kako su neki područni sudovi cenili, da širenje monopola predstavlja povredu antimonopolskog prava i kada ne postoji opasnost od monopolizacije sekundarnog tržišta. Ovim je otklonjena nesaglasnost u praksi područnih sudova kada je u pitanju teorija širenja monopola.

Jasno je da je *Trinko* slučaj veoma suzio primenu odbijanja poslovanja kao sredstva monopolizacije. Vrhovni sud je objasnio da iza ovog stava stoji politika primene zakona jer naterati neku firmu da deli svoje resurse koji joj

³⁴ *Trinko*, *ibid.*

³⁵ *Trinko*, *ibid.*

³⁶ *Trinko*, 408.

³⁷*Trinko*, 411.

daju kompetitivne prednosti je u neskladu sa ciljevima antimonopolskog prava. Obaveza da deli smanjuje zainteresovanost firmi i njihovih rivala da ulažu u razvoj svojih resursa. Prinudno poslovanje takođe zahteva od suda da donosi odluku kada su resursi kompetitivno neophodni i daju preimućstvo kao i po kojoj ceni treba da budu dostupni, što su odluke koje je bolje prepustiti tržištu. I što je još gore, prinudna saradnja između konkurenata može olakšati njihovo protivzakonito sporazumevanje kao "najveće zlo antimonopolskog prava."³⁸

Iako su u post-*Trinko* eri američki sudovi u izuzetno malom broju slučajeva smatrali da je monopolista obavezan da posluje sa konkurentima odbijanje poslovanja i dalje važi kao jedan od mogućih načina monopolizacije. U post-*Trinko* slučajevima niži sudovi su smatrali da zahtevi koji se baziraju na odbijanju poslovanja mogu biti osnovani ukoliko je tuženi monopolista promenio svoje dotadašnje poslovanje, poslovao u suprotnosti sa svojim kratkoročnim interesima ili nastojao da monopoliše susedno tržište.³⁹

2.2. Odbijanje licenciranja prava intelektualne svojine

Osnovna premisa američkog prava intelektualne svojine je da vlasnik prava intelektualne svojine nema nikakvu obavezu da ga licencira drugom. Taj princip važi i kada sopstvenik uživa monopolski položaj koji je stekao na osnovu prava intelektualne svojine. Ovaj osnovni princip priznaje i Antimonopolski vodič za licenciranje prava intelektualne svojine koje su 1995. god. zajednički doneli Ministarstvo pravde (DOJ) i Savezna trgovinska komisija (FTC). Član 2.2. ovog Vodiča izričito predviđa da vlasnik prava intelektualne svojine u principu nema nikakvu obavezu da licencira svoje pravo. Međutim, ovaj princip ima svoje granice, jer već u sledećoj rečenici Vodič ističe da prava intelektualne svojine mogu biti (zlo)upotrebljena da bi se našlo konkurenciji. Nadalje, Vodič uspostavlja obavezu licenciranja u slučajevima kada grupa konkurenata koji poseduju tržišnu moć spaja ili vrši ukršteno licenciranje svojih patenata. Sam Patentni zakon iz 1988. god.⁴⁰ propisuje da odbijanje licenciranja patenta ne sme biti zloupotrebljeno te su

³⁸ *Trinko*, 408

³⁹ *American Cent.E.Texas Gas Co., v. Union Pacific Group*, 93 Ed. Appx. 1, 8 (5th Cir. 2004)

⁴⁰ 35 U.S.C.sec.271(d)(4)

neki sudovi tumačili da se ovo može primeniti i kada su u pitanju antimonopolski zahtevi koji se odnose na licenciranje prava iskorišćavanja patenta.⁴¹

Iako je, prema mišljenju Vrhovnog suda Sjedinjenih Država izraženom u jednom od svojih osnovnih patentnih precedenata, prinudna licenca" retkost našeg patentnog sistema"⁴² to ne znači da se ne primenjuje te da je u nekim slučajevima nije određivana kao mera zaštite konkurencije. Slučajevi u kojima je dosuđivana prinudna licenca prvenstveno su se odnosili na one u kojima je pravo intelektualne svojine stečeno na nezakoniti način, spojeno ili unakrsno licencirano sa konkurentima a često još i praćeno i nekom vrstom predatorskog ponašanja.⁴³ U novije vreme prinudne licence se predlažu u slučajevima koncentracija kao dogovorena mera modifikacije uslova notifikovane koncentracije kada bi spajanje dva ili više preduzeća dovelo da novoosnovana firma kontroliše sva ili skoro sva prava intelektualne svojine na određenom tržištu.⁴⁴ Licenca takođe može biti deo sudske nagodbe u cilju osiguranja da će deo preduzeća koji će se prodati predstavljati jedinicu sposobnu za samostalni opstanak.⁴⁵

2.2.1. Kodak I

Dugo godina su kako američki teoretičari tako i sudska praksa podržavali mišljenje da vlasnik prava intelektualne svojine koje je stečeno na punovažan način, ukoliko nije bio angažovan u nekoj vrsti zloupotrebe, kao što je vezivanje prodaje sa nepatentiranim proizvodom, fiksiranje cena sa nepatentiranim proizvodom ili podnošenje neutemeljenih (lažnih) tužbi zbog

⁴¹ *In re Independent Serv. Orgs. Antitrust Litig.*, 203 F.3d 1322 ,1325 (Fed.Cir.2000) *cert.denied*,121 S.ct.1077(2002)

⁴² *Dawson Chem. Co. v. Rohm & Haas Co.*, 448 U.S. 176,215 (1980)

⁴³ Na primer, *Hartford- Empire Co. v. United States* ,323 U.S. 386(1945); *United States v. Aluminium Co. of Am.*, 91 F.Supp. 333(S.D.N.Y. 1950)

⁴⁴ ABA Section on Antitrust Law, 1995 Federal Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property: Comments &Text 50(1996)

⁴⁵ Tako u *United States v. Baroid Corp.*,1994-1 Trade Cas.(CCH) ¶ 70,572(D.D.C. 1994) poravnanje je zahtevalo da tuženi odobri neekskluzivnu licencu kupcu divestirane imovine kako bi korišćenjem prava intelektualne svojine tuženog bio u mogućnosti da proizvodi burgije za bušilice.

povrede patenta ne može biti odgovoran na osnovu povrede člana 2. Šermanovog zakona te shodno tome biti prinuđen na prinudno licenciranje svoga prava.⁴⁶

Kodak I⁴⁷ je prvi spor u kome se Vrhovni sud Sjedinjenih Država izjasnio o obavezi poslovanja sa konkurentskom firmom u oblasti prava intelektualne svojine čime je doduše samo otškrinuo vrata mogućnosti da se vlasnik prava na patent natera da posluje sa konkurentima. Firma Kodak, proizvođač i serviser fotokopir aparata je tužena od strane konkurenata jer je promenila svoj dugogodišnji obrazac distribucije i odbila da isporučuje patentom zaštićene rezervne delove (kao i one koji nisu bili zaštićeni) nezavisnim serviserima svojih fotokopir aparata. Nekih od nezavisnih serviseru su tužili Kodak zbog pokušaja monopolizacije tržišta servisnih usluga širenjem svog monopola sa tržišta rezervnih delova. Slučaj je dospelo pred Vrhovni Sud koji u svom mišljenju nije dublje analizirao odnos između antimonopolskog i prava intelektualne svojine. Najvažniji stavovi koji se tiču obaveze poslovanja sadržani su u sažetoj fusnoti 29⁴⁸ ipak su nedovoljno jasni da bi se mogao izvući nedvosmislen zaključak o tome da li vlasnik patenta može biti nateran na osnovu antimonopolskog prava da licencira tehnologiju. Sud je istakao da „moć koja je stečena putem nekih prirodnih ili zakonskih prednosti kao što su patent, autorsko pravo ili pametne poslovne odluke može postaviti pitanje odgovornosti ako prodavac zloupotrebljava dominantan položaj na jednom tržištu da bi proširio svoje poslovno carstvo na drugo.”⁴⁹ Iako je ostalo nejasno da li se u slučajevima odbijanja poslovanja može odrediti prinudna licenca **Kodak I** je uticao na neke odluke nižih sudova koje su sledile.

2.2.2. Data General

Nedugo posle **Kodak I** odluke niži sud (Apelacioni sud prvog područja) je imao priliku da se izjasni o obavezi licenciranja prava intelektualne svojine. U

⁴⁶ P. E. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, nav. delo, fusnota gore no. 1, str. 188; James C. Burling, William F. Lee & Anita K. Krug, *The Antitrust Duty to Deal and Intellectual Property Rights*, 24 J. Corp. L. 527, 537

⁴⁷ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992) (Kodak I)

⁴⁸ **Kodak I**, 479, n.29

⁴⁹ Kodak I, *ibid*

sporu *Data General*⁵⁰, proizvođač kompjutera, Data General, je odbila da licencira autorsko pravo na kompjuterskom programu Grumman-u, nezavisnom provajderu usluge servisa. Ovaj program se inače upotrebljavao za dijagnozu problema DG kompjutera, a DG i Grumman su bili konkurenti na tržištu usluga servisiranja DG kompjutera. Grumman je navodio da odbijanjem licenciranja svog autorskog prava DG protivzakonito monopolíše tržište usluga dok se DG branila da je njeno pravo intelektualne svojine immuno od dejstva antimonopolskog prava. Sud se nije složio da odbijanje da se odobri licenca nikada ne može predstavljati povredu antimonopolskog prava⁵¹ te da odbijanje poslovanja od strane monopoliste nije uvek pro-kompetitivno jer može naneti štetu potrošačima.⁵² Stoga je pretpostavka u korist validnog poslovnog opravdanja za odbijanje da se licencira autorsko pravno oboriva.⁵³ Iako sud nije precizirao situacije u kojima se pretpostavka može oboriti ipak su navedene dve situacije u kojima bi to bilo moguće. Jedna, ako su ispunjeni uslovi prema vodećem precedentu odbijanja poslovanja iz slučaja *Aspen* a druga ako je autorsko pravo stečeno na nezakonit način.⁵⁴ U *Data General* nisu bili ispunjeni uslovi ni jednog ni drugog slučaja te je zahtev Grumman-a odbijen.

2.2.3. Kodak II

Kodak I je vraćen sa Vrhovnog suda na niži sud na suđenje pred porotom. Apelacioni sud za deveto područje je potvrdio stav porote da je Kodak prekršio član 2. Šermanovog zakona odbivši da isporučuje patentirane i nepatentirane rezervne delove za svoje fotokopir aparate. Sud je prihvatajući oborivost pretpostavke validnosti poslovnog opravdanja za odbijanje licenciranja iz *Data General* u *Kodak-u II* dodao da se ova pretpostavka može oboriti i dokazivanjem da je oprvdanje služilo samo kao izgovor. Sud je našao da ciljevi kako antimonopolskog tako i prava intelektualne svojine nisu da se dozvoli monopolisti da se osloni na validno poslovno opravdanje koje

⁵⁰ *Data General Corp., v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F. 3d 1147 (1st Cir.1994)

⁵¹ *Data General*, 1187

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Data General*, 1188-89.

bi služilo samo kao izgovor za maskiranje antikonkurencijskog ponašanja⁵⁵ te da Kodak-ovi argumenti za validno poslovno opravdanje ne predstavljaju stvarni razlog njegovog ponašanja.⁵⁶ Dokazi za postojanje „izgovora“ nađeni su stanju svesti Kodakov-ih zaposlenih koji su svedočili da im nije padao na pamet patent onda kada su počeli da menjaju poslovnu politiku,⁵⁷ te da Kodak nije pravio razliku između delova zaštićenih patentom ili autorskim pravom i onih koji nisu bili zaštićeni nego je izdao jedinstvenu zabranu prodaje svih rezervnih delova nezavisnim serviserima svojih aparata.⁵⁸

Kodak II odluka naišla je na žestoku kritiku američkih teoretičara kao neopravdano proširenje mogućnosti određivanja prinudne licence izvan slučajeva nezakonite vezane trgovine, nedozvoljenih tužbi zbog povrede prava intelektualne svojine ili nekih drugih zloupotreba patenta.⁵⁹ Takođe, ni svi američki sudovi nisu prihvatili rešenja iz **Kodaka**-a II u cilju rešavanja tenzije između antimonopolskog i prava intelektualne svojine.

2.2.4. *Intergraph i Xerox*

U oba slučaja Apelacioni sud za federalni (D.C.) okrug je odlučio u korist supremacije prava intelektualne svojine . U slučaju **Intergraph**,⁶⁰ u pitanju je bio spor između Intel-a, vodećeg svetskog projektanta, proizvođača i isporučioaca mikroprocesora koji se ugrađuju u desktopove kompjutera, laptopove, servere i radne stanice i Intergraph-a proizvođača radnih stanica i jednog od Intelov-ih kupaca. 1993. god. Intergraph je napustio svoje patentirane Clipper mikroprocesore i počeo da ugrađuje u svoje stanice Intel-ove mikroprocesore. Spor je nastao onda kada je Intergraph istakao svoj Clipper patent protiv nekoliko proizvođača Intel-ove opreme. Kada su pregovori propali, Intel je odbio da nastavi da snabdeva Intergraph uzorcima kompjuterskih čipova i tehničkim informacija o novim proizvodima da bi ga

⁵⁵ *Image Technical Servs., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1219 (9th Cir. 1997) (Kodak II)

⁵⁶ **Kodak II**, 1219-20

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Kodak II, 1219

⁵⁹ Areeda & Hovenkamp, *n. delo*, fusnota gore no. 1, str.190

⁶⁰ *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195F.3d 1346 (Fed.Cir. 1999)

naterao da se izvrši unakrsno licenciranje patenata u sporu. Intergraph je isticao da čipovi i tajne tehničke informacije čine neophodnu infrastrukturu (essential facility) koja mu omogućava da uspešno konkuriše na tržištu radnih stanica. Sud je našao da nisu ispunjeni uslovi za primenu doktrine osnovnih sredstava jer Intergraph nije dokazao postojanje odnosa konkurencije na tržištu gde je navodno došlo do monopolizacije što je pretpostavka za primenu ove doktrine ⁶¹ jer Intergraph i Intel nisu koegzistirali ni na jednom od tržišta u pitanju: tržištu mikroprocesora i tržištu grafičkih sistema.⁶² Čak i da je Intergraph planirao da uđe na tržište grafičkih sistema nije postojao dokaz niti čak i sugestija da je Intel imao monopolski položaj na tom tržištu.⁶³ Zbog toga ni po doktrini osnovnih sredstava ni po teoriji širenja monopola Intergraph nije dokazao da je Intel monopolizovao niti nameravao da monopolizuje tržišta na kojima je Intergraph bio prisutan.⁶⁴ Po pitanju licenciranja, sud je našao da antimonopolsko pravo na negira pravo ovlašćenog na patent da isključi druge iz njegovog korišćenja⁶⁵ te držalac patenta koji ga je stekao na zakonit način ne može biti odgovoran po osnovu člana 2. Šermanovog zakona zato što uživa tržišnu moć na osnovu zakonski stečenog prava na patent ako odbija da ga licencira drugom.⁶⁶ Na osnovu člana 271(d)(4) Patentnog zakona sud je zaključio da vlasnik određenog prava nema nikakvu obavezu da ga obezbedi bilo konkurentu bilo klijentu ili snabdevaču.⁶⁷

Iako je u ovom slučaju Apelacioni sud federalnog područja priznao da se doktrina osnovnih sredstava može primeniti i kada je osnovno sredstvo intelektualna svojina on je u ovom slučaju nije primenio jer je cenio da nisu ispunjeni uslovi za njenu primenu. U sporu *Xerox* koji je neposredno sledio ovaj sud je odbio da sledi logiku Apelacionog suda za deveto područje (Kalifornija)

⁶¹ Intergraph, 1357

⁶² *Ibid.*, 1355

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, 1357-60

⁶⁵ *Ibid.*, 1362

⁶⁶ *Ibid.*, 1362-63

⁶⁷ *Ibid.*

U sporu *Xerox*⁶⁸ činjenično stanje je bilo skoro identično sa onim iz *Kodak II*, ali je odluka Apelacionog federalnog suda za D.C. područje bila dijametralno različita od odluke Apelacionog federalnog suda za deveti okrug (Kalifornija) u slučaju *Kodak II*. U *Xerox*-u, Xerox je odbio da snabdeva nezavisne servisere rezervnim delovima za svoje printere i fotokopir-aparate ali je dozvolio mogućnost vlasnicima aparata da ih sami kupuju za svoje potrebe. Nezavisni serviseri su tužili Xerox. Prvostepeni federalni sud je našao, a Apelacioni potvrdio, da Xerox-ovo jednostrano odbijanje da licencira ili prodaje patentirane rezervne delove ne predstavlja nezakonito ekskluzivno ponašanje sankcionisano antimonopolskim pravom. D.C. područje je otvoreno odbio da sledi *Kodak II* precedent jer se u njemu traži ocena subjektivne motivacije za odbijanje prodaje ili licenciranja patentiranih proizvoda.⁶⁹ Ipak, pravo isključivanja drugih u iskorišćavanju patenta nije neograničeno.⁷⁰ Stoga se prinudna licenca može odrediti samo ukoliko se dokaže da je patent stečen na nezakonit način ili zloupotrebljen u cilju podizanja neosnovane tužbe zbog povrede patenta čiji cilj nije zaštita prava već želja da se naudi konkurenciji (lažne tužbe) ili je patent upotrebljen kao deo protivzakonite strategije vezanih poslova u cilju proširenja tržišne moći izvan zakonitih granica garantovanih patentom.⁷¹ Stoga, u nedostatku ovih izuzetnih okolnosti subjektivna motivacija je irelevantna pa čak i u onim slučajevima kada bi odbijanje prodaje ili licenciranja moglo imati antkonkurencijski efekat⁷² te je u svim drugim slučajevima koji ne potpadaju pod ove izuzetne okolnosti upotreba prava intelektualne svojine zaštićena od delovanja antimonopolskog prava.⁷³

⁶⁸ *In re Indep.Serv.Org.Antitrust Litig.*, 989 F.Supp.1131 (D.Kan.1997) *aff'd*, 203 F.3d 1322 (Fed.Cir. 2000)(*Xerox*)

⁶⁹ *Xerox*, 1327

⁷⁰ *Ibid.*, 1326

⁷¹ *Ibid.*, 1327-28

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

2.3. Zaključak

Član 2. Šermanovog zakona zabranjuje kako monopolizaciju tako i svaki pokušaj monopolizacije. Ali kao što je već rečeno, monopolizacija kao ni pokušaj monopolizacije nikada nisu bili *per se* zabranjeni američkim antimonopolnim pravom već su podvrgnuti *rule of reason* analizi. Pored toga što se mora dokazati da jedna firma poseduje monopolnu moć (najmanje 70% udela na geografski i proizvodno definisanom tržištu u slučajevima monopolizacije ili 50% u slučajevima pokušaja monopolizacije) ona mora biti angažovana i u nekoj vrsti predatorskog ponašanja. No ako se sve gore navedeno i dokaže, postoji mogućnost odbrane monopoliste isticanjem valjanog poslovnog opravdanja koje ne bi bilo samo izgovor.⁷⁴

Odbijanje poslovanja sa konkurentskom firmom spada u jednu vrstu predatorskog ponašanja priznatu od strane američkih sudova. Prilikom ocene da li je monopolista protivzakonito odbio da posluje sa konkurentom američki sudovi su primenjivali tri testa.

Prvo, test namere koji se najčešće ispoljavao kroz neopravdanu promenu obrasca ponašanja praćenu namerom da se naškodi konkurentu (*Aspen*) pri čemu po mišljenju američkih sudova ovaj test ne traži da se odbijanje poslovanja sa konkurentom tiče neophodnih osnovnih sredstava niti da mu je cilj monopolizacija susednog tržišta.

Drugi test priznat od strane američkih sudova je test širenje monopola u kontekstu odbijanja poslovanja, pri čemu, kako je naglasio Vrhovni sud u slučaju *Trinko*, za primenu ove doktrine potrebno je dokazati postojanje realne verovatnoće monopolizacije susednog tržišta(kao u slučajevima pokušaja monopolizacije) te da u suprotnom širenje monopola ne bi bilo protivzakonito

Treći test, takozvana doktrina osnovnih sredstava kreirana je od strane nižih sudova te se od njih i primenjuje, iako je Vrhovni sud SAD u slučaju *Trinko* izneo u suštini svoj neprijateljski stav prema ovoj doktrini naglasivši da iako ovu doktrinu primenjuju niži sudovi, Vrhovni sud ne nalazi potrebu niti da je prizna niti da je opovrgne. Kriterijume primene ove doktrine formulisao je Apelacioni sud sedmog područja (Čikago) u slučaju *MCI Communications*

⁷⁴ *United States v. Dentsply International Inc.*, 399F. 3d 181, 194 (3rd Cir. 2005)

identifikujući četiri neophodna elementa: kontrolu osnovnog proizvoda od strane monopoliste, nemogućnost konkurenta da praktično pod razumnim uslovima sam duplira neophodan proizvod, odbijanje monopoliste da konkurentu dopusti upotrebu neophodnog proizvoda i izvodljivost obezbeđenja pristupa konkurentu osnovnog proizvoda. Ne zahteva se dokazivanje dva vertikalno povezana tržišta te je dovoljno je dokazati da su stranke konkurenti čak i na istom tržištu ili bi bili konkurenti da monopolista dozvoljava pristup proizvodu.

Stav Vrhovnog suda Sjedinjenih Država, pored nepriznavanja doktrine osnovnih sredstava, je da prinudno poslovanje sa konkurentom treba da bude najuže tumačeni izuzetak od pravila slobode poslovanja i izbora poslovnog partnera.

Američko pravo gleda sa priličnom rezervom na i na prinudno licenciranje prava intelektualne svojine u kontekstu antimonopolskog prava osim ako se ne radi o teškim zloupotrebama kao što su vezivanje prodaje patentiranih i nepatentiranih proizvoda, fiksiranje cena sa nepatentiranim proizvodima, pritisak na konkurenta neutemeljenim tužbama zbog povrede patenta i sl. Mogućnosti da se uspostavi obaveza poslovanja sa konkurentskom firmom u oblasti intelektualne svojine prvi put je otvorio vrata Vrhovni sud SAD u slučaju *Kodak I* naglasivši da se moć koja je stečena na jednom tržištu putem nekih prirodnih ili zakonskih prednosti kao što su patent, autorsko pravo ili pametne poslovne odluke, ne može zloupotrebljavati da bi se proširila na drugo tržište.

Iako za sada ne postoji precedent Vrhovnog suda u ovoj materiji Američke agencije za izvršenje antimonopolskog prava, Savezna komisija za trgovinu (FTC) i Ministarstvo pravde (DOJ) smatraju da se doktrina osnovnih sredstava može primeniti i kada su u pitanju prava intelektualne svojine. U zajedničkom „Antimonopolskom vodiču za licenciranje prava intelektualne svojine“ iz 1995. god. naglašeno je da će agencije primenjivati iste principe za ponašanja koja se tiču intelektualne svojine kao i za ona koja se primenjuju za bilo koja druga svojinska prava na stvarima ili pravima (telesnim ili bestelesnim stvarima).⁷⁵ Tu spadaju unilateralno odbijanje poslovanja od strane nosioca prava intelektualne svojine u slučaju dokazane namere

⁷⁵ Antimonopolski vodič za licenciranje prava intelektualne svojine, §2.1

nanošenja štete konkurenciji kao i primena doktrine osnovnih sredstava u slučaju da su ispunjeni strogi standardi primene ove doktrine.⁷⁶ Što se tiče prakse nižih sudova, ona je u ovim slučajevima bila izrazito neujednačena. Isticanje ekskluzivnosti prava intelektualne svojine kao validnog poslovnog opravdanja za odbijanje poslovanja uglavnom se posmatra kao oboriva pretpostavka. Ovu pretpostavku je moguće oboriti ako su ispunjeni uslovi postavljeni u precedentu *Aspen* (Apelacioni sud prvog područja u *Data General*), uslovi za primenu doktrina osnovnih sredstava ili širenja monopola (Apelacioni sud za D.C. u *Intergaph-u*) te ukoliko je isticanje prava intelektualne svojine bilo samo opravdanje koje je služilo kao izgovor za maskiranje antikonkurencijskog ponašanja (Apelacioni sud devetog područja u *Kodak II*).

2. EVROPSKA UNIJA

Odbijanje poslovanja se u Evropskoj Uniji prvenstveno tretiralo u svetlu doktrine osnovnih sredstava. Iako se dosta ranih slučajeva odbijanja poslovanja⁷⁷ o kojima je odlučivala Komisija i evropski sudovi baziralo na odbijanju poslovanja bez pozivanja na doktrinu osnovnih sredstava u Evropi se, za razliku od Sjedinjenih Država, (gde se odbijanje poslovanja može bazirati na tri ekonomske teorije) smatra da je teorija osnovnih sredstava sjedinjena sa opštom klasom slučajeva gde dominantna preduzeća imaju obavezu snabdevanja.⁷⁸

Za razliku od Sjedinjenih Država, gde doktrina osnovnih sredstava vuče koren iz slučajeva grupnih bojkota, razvoj doktrine osnovnih sredstava u okviru Evropske Unije se često posmatra kao prirodna posledica privatizacije velikih javnih preduzeća i želje da se završi sa dominacijom koja je pratila ove nacionalne gigante. Zapravo mišljenje o dužnosti da se mora omogućiti pristup neophodnoj infrastrukturi odgovara obavezi nepristrasnosti koja se zahteva od javnih preduzeća po osnovu člana 86. Ugovora o udruživanju EU.

⁷⁶ R. Pitofsky, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*, *n. delo*, fusnota gore no. 27, str.18, 19.

⁷⁷ Opširna lista slučajeva koje je rešavala Komisija pre 1994.god. u : J. T. Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duty to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*, *Fordham Int'l L.J.* 439(1994).

⁷⁸ Mišljenje Komisije navedeno prema T. Lang, *ibid*, 446.

Zbog toga, posle privatizacije, otvaranje konkurenciji važnih infrastukturnih objekata može biti jedino moguće ukoliko se novim konkurentima obezbedi slobodan pristup.⁷⁹

2.1 Rani slučajevi

Iako je tek slučajem *Bronner* iz 1998. god. uspostavljen standard primene doktrine osnovnih sredstava to ne znači da ona nije primenjivana i u ranijim slučajevima gde je sud sankcionisao odbijanje poslovanja kao vrstu antikompetitivnog ponašanja. Sud međutim, osim nepostojanja osnovanog opravdanja za odbijanje poslovanja u ovim ranim slučajevima, nije precizirao da li se bi se i neki drugi činiooci morali uzeti u obzir prilikom ocenjivanja da li odbijanje poslovanja ima diskriminatorni karakter, niti se izričito pozivao na doktrinu osnovnih sredstava.

2.1.1. *Commercial Solvents*⁸⁰

U ovom ranom slučaju korporacija Commercial Solvents (CSC) je bila svetski dominantan proizvođač hemijskih sirovina kao što su nitropropan i aminobutanol. Obe hemikalije se koriste u proizvodnji etambutola koji se dalje koristi za proizvodnju lekova protiv tuberkuloze. Zoja, CSC-ov kupac je kupovala hemikalije preko njegovog posrednika Instituto Chemioterapico Italiano (ICI). Krajem hiljadu devetsto sedamdesete CSC je odbio da dalje snabdeva Zoju nameravajući da sam startuje proizvodnju etambutola. Zoja nije mogla da održi proizvodnju i uložila žalbu Komisiji. Komisija je ustanovila povredu člana 82. odredila kaznu i naložila momentalan nastavak snabdevanja. Odluku Komisije je potvrdio Evropski sud pravde navodeći da jedno preduzeće sa dominantnim položajem u pogledu proizvodnje sirovina, budući u mogućnosti da kontroliše snabdevanje proizvođača derivatima, ne može jedino zato što je rešilo i samo da otpočne proizvodnju tih derivata (kao konkurent svojih bivših kupaca) da se ponaša na takav način koji će eliminisati njihovu konkurenciju. U ovom slučaju to bi dovelo do eliminacije jednog od najvećih proizvođača etambutola na zajedničkom tržištu. Ovakav

⁷⁹ D. Ridyard, Essential Facilities and Obligation to Supply Competitors under the UK and EC Competition Law, 8 *E. C. Law Review* 438(1996)

⁸⁰ Joined cases 6-7/73, *Commercial Solvents* [1974] ECR 223

način ponašanja je u suprotnosti sa članom 3(f) i predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja u smislu člana 82. Ugovora o EU.

2.1.2. *United Brands*

Drugi poznati slučaj iz ove materije je čuveni *United Brands*⁸¹ u kome je Komisija našla da je United Brands, odbivši da nastavi isporuku Chicita banana u određenom vremenskom periodu svom danskom distributeru Olesen-u prekršio član 82. Ugovora o EU. Ove isporuke su prekinute jer je Olesen učestvovao u reklamnoj kampanji u korist konkurentskog brenda banana. Pošto je pretrpeo značajnu štetu, Olesen je prijavio United Brands Komisiji koji je odlučila u korist Olesen-a. Evropski sud pravde je po žalbi našao da je United Brands-ova reakcija na navodnu neloyalnost bila preterana te da nije dozvoljeno da preduzeće sa dominantnim položajem prekine da snabdeva dugogodišnjeg distributera sve dok njegove narudžbine ostaju u normalnim okvirima.

2.1.3. *BP*

No nisu sva pozivanja na odbijanje poslovanja ocenjena kao kršenje prava konkurencije EU. Tako u sporu *BP v. Commission*,⁸² BP je tokom naftne krize sedamdesetih značajno smanjio isporuke holandskom kupcu ABG (za 73%) dok je ostalim holandskim kupcima smanjio isporuke za samo 12,7%. Mišljenje Komisije da je BP zloupotrebio dominantni položaj jer je smanjivanje snabdevanja ABG-a imalo diskriminatorski karakter nije naišlo na odobravanje Suda pravde zato što je ABG bio smo povremeni kupac na koga se nije morao primeniti povoljniji tretman koji je primenjivan na tradicionalne kupce. Prema mišljenju Suda, da je BP primenio isti procenat smanjenja isporuka i na ABG, bilo bi dovedeno u pitanje snabdevanje njegovih tradicionalnih klijenata te da obaveza redukcije koja bi bila istovetna za sve klijente u periodu nestašice mora proisticati iz člana 103. Ugovora ili nekog nacionalnog izvora što ovde nije bio slučaj.

⁸¹ Predmet 27/76, *United Brands*, [1978] ECR 207

⁸² Predmet 77/77, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij*, [1978] ECR 1513.

2.2. Prve primene doktrine osnovnih sredstava

Prvi period primene doktrine osnovnih sredstava u Evropskoj Uniji je imao za cilj otvaranje konkurencije naročito na onim tržištima gde se radilo o zakonskim monopolima ili nekoj drugoj vrsti državne intervencije ili gde je vlasnik infrastrukture koristio svoj zakonski monopol da bi monopolisao susedno tržište. U svim ovim slučajevima doktrina osnovnih sredstava je odigrala značajnu ulogu u integraciji zajedničkog tržišta. Ipak, u dole prikazanim slučajevima nije se vršila ekonomska analiza stanja na tržištu kao što su moguće alternative, tržišni udeo na sekundarnom tržištu i slično te je izgledalo da jedno preduzeće, samo iz činjenice da ima dominantan položaj mora dozvoliti trećim licima pristup svojoj infrastrukturi što u krajnjoj liniji može obeshrabriti investiranje. Zbog toga se postavila potreba definisanja standarda pod kojima će se primenjivati doktrina osnovnih sredstava što je Evropski sud pravde učinio u slučaju *Bronner*.

2.2.1. Telemarketing

Uslovno prva primena doktrine osnovnih sredstava može se vezati za sredinu osamdesetih i slučaj *Telemarketing*⁸³ gde je sud definisao obavezu poslovanja preduzeća koje poseduje zakonski monopol, ali bez pozivanja na doktrinu osnovnih sredstava. U ovom sporu CLT je upravljao RTL televizijom i posedovao zakonskim monopol televizijske reklame na belgijskom tržištu. Njegova filijala IPB je bila ujedno i njegov ekskluzivni zastupnik za televizijske reklame na tržištima Benelux-a. Poseban način televizijskog reklamiranja je tzv. putem telemarketinga gde oglašivač postavlja oglas koji sadrži telefonski broj koji mogu nazivati potencijalni zainteresovani bilo da bi se informisali o reklamiranom proizvodu ili dobili neke druge informacije. IPB je 1983. god. sklopio ugovor sa Centre Belge putem koga mu je preneo ekskluzivno pravo telemarketinga na RTL televiziji. RTL je objavljivao broj telefona Centre Belge gledaocima a Centre Belge je ustupao svoje linije i operatore oglašivačima i televizijskoj stanici. Kada je ugovor istekao IPB je obavestio oglašivače da će RTL prihvatiti samo one oglase koje sadrže poziv da se telefonira isključivo na njegov telefonski broj.

⁸³ *Centre Belge d'Etudes de Marché – Telemarketing (CBEM) v. SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) and Information Publicité Benelux (IPB)*, Case 311/84, 1985 E.C.R. 3261 [1986] 2 C.M.L.R. 558

Centre Belge se obratio belgijskom sudu koji je zastao sa postupkom i poverio rešenje prethodnog pitanja Sudu pravde. Sud je našao, pozivajući se na *Commercial Solvents* da prodaja vremena za oglase pod uslovom da se može koristiti samo sopstveni telefon čini nedozvoljeno odbijanje poslovanja.⁸⁴ Sud je naglasio da "ovo odbijanje nije bilo opravdano bilo kakvim tehničkim ili komercijalnim uslovima koji se tiču prirode televizije već mu je bila namera da obezbedi da svako emitovanje telemarketinga, kao sporedne aktivnosti firme sa monopolskim položajem, rezerviše samo za sopstvenu firmu sa mogućim ishodom eliminacije svake konkurencije na sekundarnom tržištu od strane drugog preduzeća" te čini zloupotrebu dominantnog položaja.⁸⁵

2.3.2.2. RTT

Naredna sudska odluka je doneta osam godina kasnije u slučaju *RTT v. GB-Inno-BM*⁸⁶ i odnosila se takođe na monopol uspostavljen zakonom Belgije o ustanovljenju i rukovođenju javnim telefonskim i telegrafskim linijama. RTT kao monopolista u oblasti telefonije i telegrafije je osim toga dobio ovlašćenje da odobrava ili povlači dozvole za povezivanje telefonske opreme na mrežu, da postavlja tehničke standarde za opremu i da proverava da li oprema koju proizvode treća lica odgovara specifikacijama koje je sam ustanovio kao i da sam proizvodi i prodaje telefonske aparate. Spor je izbio kada je RTT pokušao da spreči GB-Inno-BM da prodaje svoje neodobrene telefonske aparate. Sud pravde je pozivajući se na *Telemarketing* našao da firma koja poseduje monopol na tržištu ustanovljenja i rukovođenja mrežom, nema pravo da bez objektivne potrebe, rezerviše isključivo za sebe i susedno ali nezavisno tržište, koje je u ovom slučaju bilo tržište uvoza, marketinga, konekcije, nabavke i održavanja opreme za konekciju na svoju mrežu. Na taj način eliminiše se konkurencija drugih preduzeća što čini zloupotrebu dominantnog položaja.⁸⁷ Sud je zaključio da zemlja-članica ne može dozvoliti da jedno preduzeće ima pravo da određuje standarde za telefonsku opremu ili da proverava da li

⁸⁴ *Telemarketing*, para 26

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Régie des Télégraphes et Téléphones v. GB-Inno-BM S.A.*, Case C-18/88, [1991] E.C.R. I-5941, [1994] 1 C.M.L.R. 117

⁸⁷ *RTT* para 19

drugi ispunjavaju te standarde ukoliko sama konkuriše sa operaterima na tržištu opreme.⁸⁸

2.2.3. Port of Rødby

U naredna dva slučaja koja su se ticala pristupa neophodnoj infrastrukturi u lukama radilo se o dve odluke Komisije. U slučaju *Port of Rødby*⁸⁹ Komisija je prvi put definisala neophodnu infrastrukturu kao "sredstvo ili infrastrukturu bez koga konkurenti (vlasnika) nisu u stanju da ponude svoje usluge korisnicima".⁹⁰ U ovom slučaju DSB, dansko javno preduzeće je posedovalo i upravljalo lukom Rødby. Stena, drugo preduzeće koje se bavilo feribot prevozom je takođe želela da obavlja prevoz između luka Rødby i Puttgarden, ali mu danska država nije dozvolila da upotrebljava luku Rødby sa obrazloženjem da će to sprečiti firme koje obavljaju prevoz istom linijom da šire svoje aktivnosti te da država ima obavezu da štiti svoje javno preduzeće DSB od konkurenata.⁹¹ Država je takođe odbila zahtev Stene da joj se odobri da izgradi luku u blizini sa obrazloženjem da Stena nije dokazala da postoji nezadovoljena potražnja za feribot uslugama te da je malo verovatno da će se takva potražnja pojaviti. Pozivajući se na *Telemarketing* Komisija je našla da „preduzeće koje poseduje ili upravlja neophodnom lučkom infrastrukturom koja služi za pomorski prevoz ne može, bez objektivnog opravdanja, odbiti da odobri vlasniku broda koji želi da prevozi istim putem prilaz neophodnoj infrastrukturi bez povrede člana 82.”⁹² Iako je odbijanje da se dozvoli pristup Steni moglo biti obrazloženo tehničkim razlozima ili njenom spremnošću da izgradi sopstvenu luku, čime se luka Rødby ne bi mogla kvalifikovati kao neophodna infrastruktura koju je nemoguće duplicirati, nespremnost države da dozvoli da Stena izgradi drugu luku jasno govori da je država učinila nemogućom bilo kakvu konkurenciju od strane Stene.

⁸⁸ *Ibid*, para 28

⁸⁹ Commission Decision 94/119/EC, 1994 O.J. (L055) 52

⁹⁰ Port of Rødby, para 12

⁹¹ *Ibid*, para 16

⁹² *Ibid*.

2.2.4. Stena Link

Drugi "lučki" spor iz iste godine *Sea Containers v. Stena Link*⁹³ takođe se odnosio na pristup luci. Stena Link je bila vlasnik i operater luke Holyhead. Jedno od njenih zavisnih preduzeća je obavljalo feribot usluge. Sea Containers je želelo da započne feribot usluge istom linijom ali sa bržim brodom. Stena Link je odlagala pregovore a pošto je žalba već bila predata Komisiji zaključen je i ugovor sa Sea Containers. Bez obzira na ugovor, Komisija je zaključila da je luka neophodna infrastruktura bez druge alternative, da bi prevoz iz druge luke bio duži i skuplji te da gradnja nove luke ne bi bila fizički i ekonomski realna.⁹⁴ Komisija je našla da "preduzeće sa dominantnim položajem u obezbeđenju neophodne infrastrukture i koje samo koristi tu infrastrukturu a odbija da obezbedi drugim firmama pristup infrastrukturi bez objektivnog opravdanja ili ga dozvoljava pod uslovima koji su nepovoljniji nego oni pod kojima ono samo obavlja usluge, čini zloupotrebu dominantnog položaja."⁹⁵

2.2.5. European Night Services(ENS)

*European Night Services (ENS)*⁹⁶ je bio poslednji slučaj neophodne infrastrukture pre nego što je sud uspostavio standarde u *Bronner*-u. U ovom slučaju najveća železnička preduzeće iz Velike Britanije, Francuske, Nemačke i Holandije su osnovala *joint venture*, European Night Services (ENS) u cilju obavljanja noćnog železničkog saobraćaja kroz tunel La Manche. Železničke kompanije su se saglasile da obezbede ENS-u železničku prugu kroz tunel, lokomotive i osoblje. Tržišni udeo ENS-a na pravcima koje je održavao iznosio je između pet i osam procenata. Komisija je našla da ovaj ugovor predstavlja povredu člana 81. Ugovora ali je odobrila izuzetak u trajanju od osam godina pod uslovom da stranke učine dostupnim iste železničke usluge, pravce unutar Tunela, lokomotive i posadu i za eventualne konkurente. Prvostepeni evropski sud je po žalbi poništio ovu odluku

⁹³ Commission Decision 94/19/EC, 1994 O.J. (L 015) 8

⁹⁴ *Stena Link*, para 64

⁹⁵ *Ibid*, para 66

⁹⁶ *European Night Services Ltd (ENS) v. Commission*, Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 & T-388/94, 1998 E.C.R. II-3141, [1998] 5 C.M.L.R. 718

Komisije iz niza razloga. Sud je našao da Komisija nije izvršila odgovarajuću i tačnu procenu ograničenje konkurencije prilikom primene člana 81. Ugovora niti su mere koje su predložene adekvatne. Takođe, niti strane iz joint venture niti sam ENS se ne mogu smatrati kao posednici infrastrukture, proizvoda ili usluga koji su neophodni za ulazak na određeno tržište osim u slučajevima da su infrastruktura, usluge ili proizvod nezamenljivi ili ukoliko, zbog troškova i/ili razumnog vremena koje je potrebno za njihovo repliciranje ne postoje razumne alternative dostupne potencijalnim konkurentima koji bi u suprotnom bili isključeni sa tržišta.⁹⁷ Sud je zatim zaključio da taj uslov ne postoji ni u pogledu pravaca, ni lokomotiva, ni posade. Što se tiče pravaca, Direktiva 91/440/EEC je već garantovala pristup potencijalnim konkurentima ENS-a.⁹⁸ U pogledu lokomotiva, odbijanje njihovog snabdevanja teško da bi sprečilo konkurente da uđu na tržište, te malo tržišno učešće ENS-a ne daje osnova da se pretpostavi da može imati uticaja na funkcionisanje i strukturu susednog tržišta i stoga nema svrhe naložiti mu obavezu da snabdeva konkurente osobljem za voz.⁹⁹

2.3. Bronner¹⁰⁰- ustanovljenje standarda primene doktrine osnovnih sredstava

Potrebno je najpre analizirati pravni i ekonomski okvir u kome se odigrao slučaj *Bronner* a koji je usledio posle dva neuspela slučaja primene doktrine osnovnih sredstava u slučajevima *ENS* i *J. Ladbroke* (o kome će kasnije biti reči kada se bude razmatrala primena doktrine osnovnih sredstava kada je u pitanju pravo na intelektualnu svojinu) te se postavilo pitanje postavljanja pravnih standarda za primenu ove doktrine. Prvo, ekonomski okvir ovog slučaja je bio različit - krajem devedesetih već je izvršena značajna integracija zajedničkog tržišta i to više nije bio prioritet prava konkurencije EU. Drugo, radilo se o sporu oko privatnih resursa u okviru jedne zemlje a ne o zaštiti domaćeg tržišta u odnosu na strane konkurente.

⁹⁷ European Night Services Ltd (ENS), para 209

⁹⁸ *Ibid*, para 211

⁹⁹ *Ibid*, para 218

¹⁰⁰ *Oscar Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint Zeitungs*, Case C-7/97, 1998 E.C.R. I-7791 [1998] 4 C.M.L.R. 112[1999]

Činjenice slučaja su bile sledeće. Austrijska firma Mediaprint je izdavala dve dnevne novine koje su zajedno imale 46,8% učešća na austrijskom tržištu dnevnih novina u oblasti pretplate i 42% učešća u oblasti prihoda od reklama. Mediaprint je ustanovio nacionalni sistem distribucije novina koji se obavljao u ranim jutarnjim satima. Oscar Bronner je takođe bio izdavač konkurentskih novina čije je učešće bilo 3,6% od ukupne pretplate i 6% od prihoda od reklama sa tendencijom veoma brzog rasta pretplatnika i prihoda od reklama. Mediaprint je odbio da dozvoli Bronner-u pristup ustanovljenoj shemi dostave. Bronner je podneo tužbu nacionalnom sudu tražeći da mu se obezbedi pristup uz razumnu naknadu. Nacionalni sud je obustavio postupak i prethodno pitanje o tome da li Mediaprint-ovo odbijanje poslovanja čini zloupotrebu dominantnog položaja poverio na rešavanje sudovima EU.

Evropski sud pravde je prvo našao da nacionalni sud treba da utvrdi da li sistem distribucije na kućnu adresu čini zasebno tržište ili se mogu uzeti i drugi metodi distribucije kao što su radnje i kiosci, dostava poštom ili regionalna dostava i da li su zamenjivi.¹⁰¹ Zatim je Sud utvrdio da ukoliko nacionalni sud zaključi da relevantno tržište čini shema dostave novina na kućnu adresu onda se može smatrati da Mediaprint poseduje dominantan položaj.¹⁰² Sud je zatim utvrdio tri kriterijuma koja treba uzeti u obzir pri odlučivanju da li odbijanje poslovanja predstavlja nezakonitu zloupotrebu dominantnog položaja. Odbijanje poslovanja je nezakonito:

- 1) ukoliko je verovatno da će dovesti do eliminacije konkurencije;
- 2) ukoliko se odbijanje ne može objektivno opravdati;
- 3) ukoliko je usluga sama po sebi neophodna za nečiji posao odnosno da ne postoji bilo aktuelni bilo budući supstitut.¹⁰³

U slučaju *Bronner* ovi kriterijumi nisu bili zadovoljeni jer su postojali drugi, iako nepovoljniji načini distribucije¹⁰⁴ te nije bilo tehničkih, zakonskih niti

¹⁰¹ *Bronner*, para 34

¹⁰² *Ibid*, para 35

¹⁰³ *Ibid*, para 41

¹⁰⁴ *Ibid*, para 43

ekonomskih prepreka za ustanovljenje alternativnog nacionalnog sistema dostave.¹⁰⁵

Iako se prva dva kriterijum mogu naći i u ranijim slučajevima¹⁰⁶ treći kriterijum je postavio više standarde za primenu doktrine osnovnih sredstava. Činjenica da neko poseduje dominantnu poziciju nije više dovoljna jer infrastruktura mora biti zaista neophodna. Drugo, *Bronner* podrazumeva ocenu i analizu budućih uslova konkurencije na relevantnom susednom tržištu.

2.3.1. *Aéroports de Paris*

Post-Bronner period karakteriše dosta osporavan i kritikovan slučaj *Aéroports de Paris*¹⁰⁷. U ovom slučaju nije se radilo o apsolutnom negiranju pristupa osnovnoj infrastrukturi već o nametanju različitih uslova korisnicima iste infrastrukture. *Aéroports de Paris* (ADP) je posedovao zakonski monopol upravljanja pariskim aerodromima. ADP je prvo dodelio koncesiju firmi AFS za obavljanje kateringa na aerodromu Orly a zatim i OAT-u, AFS-ovom konkurentu, ali pod povoljnijim uslovima. AFS se žalio Komisiji da ovo predstavlja vrstu diskriminacije te tražio usklađivanje cena. Komisija je našla da je ADP zloupotrebio dominantni položaj rukovodioca pariskih aerodroma da bi nametnuo diskriminatorne cene te da mora primeniti ne-diskriminirajuću shemu komercijalnih cena. Prvostepeni sud i Sud pravde su potvrdili ovu odluku Komisije. *Aéroport de Paris* je potvrdio kriterijume razvijene u *Bronner*-u za determinisanje neophodnosti infrastrukture. Sud pravde je našao da relevantno tržište čini upravljanje infrastruktrom aerodroma i da je pristup toj infrastrukturi neophodan da bi se obezbedile usluge na zemlji¹⁰⁸ te je ADP-ova licenca neophodna da bi se obezbedio pristup na aerodrom.¹⁰⁹ S druge strane, jasno je da ne postoji neka alternativa ADP-ovom odobrenju da se vrše usluge kateringa na aerodromu Orly. U

¹⁰⁵ *Ibid*, para 44

¹⁰⁶ *Commercial Solvents*[1974] E.C.R.na 223,para 25; *Telemarketing*, 1985 E.C.R na 3261,para 26

¹⁰⁷ *Aéroports de Paris v. Commission*,Case C-82/01 P, 2002 E.C.R. I-9297

¹⁰⁸ *Ibid*, para 92

¹⁰⁹ *Ibid*, para 93

pogledu primene druga dva kriterijuma proklamovana *Bronner*-om na ovaj slučaj stvari nisu tako jasne. Što se tiče objektivnog opravdanja odbijanja odobrenja pristupa, ADP ga i nije dao jer ga nije ni bilo, pošto se spor vodio oko navodno diskriminatorских cena a ne apsolutnog odbijanja poslovanja. U pogledu opravdanja različitih cena nije jasan ekonomski razlog odobrenja nižih cena OAT-u od strane ADP-a (jednake cene dovele bi do većeg profita za ADP) osim neopravdanog favorizovanja OAT-a, (zavisnog preduzeća Air France-a, takođe preduzeća u svojini države). U tom slučaju svakako ne postoji opravdanje za nametanje diskriminatorских cena koje dovode do remećenja konkurencije. U svim ostalim slučajevima ovakvo rezonovanje Suda dovodi do kontraefekta-pružanja mogućnosti vlasniku infrastrukture da poveća monopolsku rentu tako što bi mu se zabranilo da odobrava niže cene kasnijim korisnicima. Drugo, u pogledu eliminacije konkurencije na sekundarnom tržištu, ADP je isticao da uopšte nije ni učestvovao na tržištu kateringа sa AFS-om i OAT-om ali je Sud bio stanovišta da nije važno samo prisustvo vlasnika na sekundarnom tržištu već efekti zloupotrebe koji pogađaju ovo tržište.¹¹⁰

2.4. Odbijanje licenciranja prava intelektualne svojine

U nekim slučajevima samo po sebi pravo intelektualne svojine može doneti sopstveniku dominantan položaj na tržištu ili monopol. Tada će se postaviti pitanje rešavanja tenzije između prava intelektualne svojine i prava konkurencije te, u svetlu instituta odbijanja poslovanja, i pitanje obaveze sopstvenika prava intelektualne svojine da protiv svoje volje licencira svoje pravo trećim licima. Iako se se prava intelektualne svojine mogu tretirati kao bilo koja neophodna infrastruktura ipak je zbog svoje osetljivosti ovaj odnos uvek imao poseban tretman uz primenu donekle modifikovanih kriterijuma od onih koji su važili za ostale slučajeve.

2.4.1. Renault i Volvo

Prvi slučajevi u kojima su se sudovi trudili da uspostave balans između legitimnih prava sopstvenika prava intelektualne svojine i očekivanja trećih

¹¹⁰ *Ibid*, para 164-165

lica bili su slučajevi *Renault*¹¹¹ i *Volvo*¹¹². U njima su prvi put uspostavljeni osnovni principi koji su regulisali obavezu poslovanja kada su u pitanju prava intelektualne svojine. U oba slučaja, Renault i Volvo su posedovali pravo na dizajn rezervnih delova za kola koja su proizvodili a koje su odbili da licenciraju nezavisnim proizvođačima rezervnih delova(koji su im bili konkurenti na tržištu rezervnih delova). Pošto su Renault i Volvo odbili da im licenciraju pravo da proizvode, uvoze ili prodaju rezervne delove za kola, proizvođači rezervnih delova su se žalili da ovo predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Sud je našao da pravo vlasnika zaštićenog dizajna da spreči treća lica da proizvode, prodaju ili uvoze bez njegovog odobrenja proizvode koji su inkorporisani u dizajn čini istinsku suštinu ovog ekskluzivnog prava.¹¹³ Stoga odbijanje da se odobri licenca čak i u zamenu za razuman royalty ne predstavlja samo po sebi zloupotrebu dominantnog položaja.¹¹⁴ Ipak, sud je priznao da u nekim slučajevima mogu biti zloupotrebljena prava intelektualne svojine kada se radi o određenim ponašanjima kao što je arbitrarno odbijanje da se snabdevaju rezervnim delovima nezavisni serviseri čime se želi monopolisati susedno tržište servisnih usluga, fiksiranje cena rezervnih delova na neopravdanom nivou između proizvođača kola i serviseri i odluka da se prestane sa proizvodnjom rezervnih delova za određene modele uprkos činjenici da postoji potreba za njima pošto je dosta automobila tog modela još u saobraćaju.¹¹⁵

2.4.2. Magill

Svakako najpoznatiji slučaj pre *Bonner*-a iz oblasti intelektualne svojine je *Magill*¹¹⁶ gde su prvi put uspostavljeni standardi na osnovu kojih bi se moglo smatrati da odbijanje licenciranja prava intelektualne svojine predstavlja

¹¹¹ *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli and Maxicar v. Régie des Usines Renault*, Case 53/87, 1988 E.C.R. 6039, [1990] 4 C.M.L.R. 265

¹¹² *Volvo v. Erik Vang Ltd*, Case 238/87,1988 E.C.R.6211, [1989] 4 C.M.L.R. 122

¹¹³ *Volvo*,6211 para 8; *Renault*, 6039 para 11

¹¹⁴ *Volvo*, *ibid.*

¹¹⁵ *Volvo*,para9; *Ranault*, para 16

¹¹⁶ *Radio Telefis Eireann(RTE) and Independent Television Publications Ltd(ITP) v. Commission*, Joined Cases C-241/91 P&C-242/91 P,1995 E.C.R. I-743 [1995] 4 C.M.L.R. 718

zloupotrebu koja može dovesti do prinudne licence. U ovom slučaju, tri TV stanice, ITV, RTE i BBC su emitovale TV program u Irskoj i Severnoj Irskoj. Prema irskom i pravu Velike Britanije stanice imaju autorsko pravo na televizijski program i svaka od njih je publikovala svoj nedeljni televizijski vodič kao i odobravalala besplatnu licencu dnevnim novinama za objavljivanje dnevnog programa. Magill je 1985. god. počeo da objavljuje televizijski vodič koji je sadržao program sva tri emitera. Sva tri emitera su licencirali Magill-u pravo da objavljuje vodič za dnevni program kao i za petak i subotu odnosno za subotu i nedelju iste nedelje. Izdavanje Magill-ovog televizijskog vodiča je trajalo nekoliko meseci ali je zbog jednog spora bilo prekinuto. Magill je posle godinu dana, 1986. god. počeo da izdaje televizijski vodič za čitavu nedelju sa programima sva tri emitera što je predstavljalo kršenje ugovora o licenci. Pozivajući se na autorska prava, emiteri su izdejstvovali sudsku zabranu štampanja vodiča a Magill je uložio žalbu Evropskoj Komisiji koja je našla da su emiteri zloupotrebili svoj dominantni položaj te odredila prinudnu licencu nedeljnog programa u korist Magill-a. Prvostepeni evropski sud je potvrdio odluku Komisije¹¹⁷. Sud je definisao relevantno tržište kao tržište lista nedeljnih programa i vodiča u kojima su ti programi bili objavljivani i zaključio da su emiteri uživali dominantan položaj na ovom tržištu.¹¹⁸ Sud je zatim ponovio stav iz *Volvo-a* da uživanje nekog ekskluzivnog prava, kao što je to pravo intelektualne svojine, ipak može biti zabranjeno na osnovi člana 82. ukoliko je dominantno preduzeće angažovano u nekoj radnji koja predstavlja zloupotrebu ovog prava. Prvostepeni sud je zatim našao da su emiteri sprečili pojavu novog proizvoda, opšteg nedeljnog televizijskog magazina, rezervišući za sebe ekskluzivno pravo da štampaju svaki svoju nedeljnu listu televizijskog programa.¹¹⁹ Na taj način emiteri su upotrebili autorsko pravo na liste programa koje same objavljuju kao deo svoje emitorske aktivnosti da bi osigurali monopol na derivativnom tržištu nedeljnih televizijskih vodiča.¹²⁰

¹¹⁷ *Radio Telefis Eireann(RTE) v. Commission*, Case 69/89,1991 E.C.R. II-485[1991] 4 C.M.L.R. 586; *British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Ltd. V. Commission*, Case T-70/89, 1991 E.C.R. II-535[1991] 4 C.M.L.R. 669 (dalje Radio Telefis Eireann)

¹¹⁸ Radio Telefis Eireann, para 61

¹¹⁹ *Ibid*, para 73

¹²⁰ *Ibid*

Sud pravde je u drugom stepenu potvrdio odluku prvostepenog suda. On je ponovio da u samo u izuzetnim slučajevima vršenje nekog ekskluzivnog prava može predstavljati zloupotrebu.¹²¹ U konkretnom slučaju, zloupotreba se sastojala u činjenici da je odbijanje licenciranja sprečilo pojavu novog proizvoda na tržištu- opšteg nedeljnog televizijskog vodiča. Drugo, odbijanje nije bilo razumno opravdano od strane televizijskih operatera te treće, emiteri su rezervisali za sebe sekundarno tržište nedeljnih televizijskih vodiča isključujući svaku konkurenciju na ovom tržištu tako što su zabranili pristup osnovnim informacijama -u ovom slučaju to je bila sirovina na osnovu koje se vršila kompilacija nedeljnog televizijskog vodiča.¹²²

Ipak, u svojoj odluci Sud pravde nije postavio neko pravilo prema kome bi se upravljalo kada bi se ocenjivalo da li postoji element zloupotrebe u slučajevima odbijanja licenciranja prava intelektualne svojine. Sud pravde se radije odlučio na analizu baziranu na činjenicama.¹²³

2.4.3. J. Ladbroke

Pre-Bonner era se kada je u pitanju intelektualna svojina završila sa *J.Ladbroke*¹²⁴ slučajem u kojem je sud imao priliku da iznijansira principe koje je *Magill* ustanovio. U ovom slučaju belgijska firma Ladbroke, koja je posedovala najveći tržišni udeo na belgijskom tržištu klađenja na konjskim trkama se pozvala na *Magill* u cilju dobijanja licence za prenos konjskih trka koje se organizuju u Francuskoj. Činjenice su bile sledeće. Grupa PMU ima isključivo pravo da organizuje klađenje na konjskim trkama u Francuskoj kao i da prodaje televizijsko emitovanje ovih trka. Njeno zavisno preduzeće PMI vrši televizijski prenos trka u Nemačkoj. PMI je pravo televizijskog prenosa licencirao DSV ali uz zabranu da se prenos vrši van teritorije Nemačke.¹²⁵

¹²¹ *Radio Telefis Eireann(RTE) and Independent Television Publications Ltd(ITP) v. Commission*, Joined Cases C-241/91 P&C-242/91 P,1995 E.C.R. I-743 [1995] 4 C.M.L.R. 718, para 50 (dalje Magill)

¹²² *Magill*, para 52-56

¹²³ T. Vinje, *The Final Vording on Magill*, 6 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 297,300(1995)

¹²⁴ *Tierce Ladbroke SA v.Commission*, Case T-504/93,1997 E.C.R.II-923,5C.M.L.R.309(1997) (Ct Frirst Instance) kao i V. Korah,*The Ladbroke Saga*, 3 *Eur. Competition L. Rev.* 169(1998)

¹²⁵ *Ladbroke*, E.C.R.II-923 para 4.

PMU, PMI i DSV su odbili da licenciraju Ladbroke-u pravo prenosa na belgijskom tržištu.¹²⁶ Ladbroke se žalio Evropskoj Komisiji navodeći da su navedene firme odbijanjem licenciranja zloupotrebile svoj monopolski položaj na tržištu. U prilog svojoj tvrdnji naveo je da je tehnički izvodljivo izvršiti prenos uz izvesnu naknadu, da su navedene firme spremne da licenciraju ovo pravo Ladbroke-ovom konkurentu, da je prenos već odobren u Francuskoj i Nemačkoj te da se time sprečava pojava novog proizvoda na tržištu.¹²⁷ Evropska Komisija je odbacila žalbu a Evropski prvostepeni sud je odbio Ladbroke-ovu žalbu na odluku Komisije. Sud je našao da ne postoji obaveza licenciranja prava na prenos jer tuženi uopšte nisu ni prisutni na belgijskom tržištu niti su odobrili licencu bilo kom operateru sa tog tržišta te ni ne postoji diskriminacija na sekundarnom tržištu¹²⁸ niti poremećaj konkurencije na ovom tržištu jer ni ne postoji eksploatacija prava na prenos.¹²⁹ No čak i da su tuženi prisutni na sekundarnom tržištu ovo ne bi bio odlučujući faktor niti bi se mogli biti ispunjeni uslovi iz Magill-a jer pravo na prenos nije neophodno za obavljanje funkcije organizovanja kladenja niti se sprečava pojava novog proizvoda.¹³⁰ Nedostatak prenosa ne sprečava prikupljanje opklada niti je prenos neophodan pošto trke ionako počinju pošto se prikupe opklade.¹³¹ Da nije tako Ladbroke ne bi već zauzimao značajnu poziciju na sekundarnom tržištu.¹³²

Prema uslovima iz *Ladbroke*-a Evropski prvostepeni sud je precizirao da ne postoji obaveza licenciranja ukoliko sopstvenik licence nije prisutan na sekundarnom tržištu ili nije odobrio licencu drugim operaterima na ovom tržištu niti ukoliko onaj koji zahteva licencu već ima dominantan položaj na sekundarnom tržištu.

¹²⁶ *Ibid*, paras 5-9.

¹²⁷ *Ibid*, para 13 .

¹²⁸ *Ibid*, para 129.

¹²⁹ *Ibid*, para 130.

¹³⁰ *Ibid*, para 131.

¹³¹ *Ibid*, para 131.

¹³² *Ibid*.

2.4.4. IMS Health

Magill i *Ladbroke* su ostavili otvoreno pitanje da li su ispunjenje tri uslova koja su postavljena u *Magill*-u data alternativno ili kumulativno¹³³ što je konačno rešeno u *IMS Health*-u. IMS slučaj pred evropskim sudovima poticao je iz složenog činjeničnog i procesnog istorijata i radilo se o dve vrste postupaka. Jednog pred nemačkim sudovima koji se ticao intelektualne svojine i drugog pred evropskim sudovima koji se ticao pitanja povrede konkurencije. Činjenice su bile sledeće. IMS Health je firma koja se bavi istraživanjem tržišta i obezbeđuje podatke koji se tiču prodaje farmaceutskih proizvoda u Nemačkoj. Ovi podaci se baziraju na podacima koji se prikupljaju od prodavaca farmaceutskih proizvoda od kojih IMS sačinjava izveštaj po tzv. 1860 "brick" strukturi. Svaki brik predstavlja geografsko područje sa najmanje četiri do pet apoteka. Kako najveći deo farmaceutskih proizvoda prodaju apoteke koje se nalazi blizu doktora koji izdaje recept, ovakva vrsta izveštaja omogućava farmaceutskim firmama da svoju propagandu aktivnost usmere na doktore koji se nalaze u određenim oblastima, odnosno brikovima. IMS je usavršio "brick" strukturu počev od njenog uvođenja a kako je sumnjao da njegovi konkurenti NDC i AzyX prodaju izveštaje koji se takođe baziraju na istoj, 1860 strukturi, tužio ih je sudu za povredu prava intelektualne svojine. Nemački sud je doneo presudu kojom je zabranio da NDC i AzyX upotrebljavaju istu strukturu. NDC je zatim zatražio da mu IMS odobri licencu za korišćenje 1860 strukture ali je odbijen. Zauzvrat, žalio se Evropskoj Komisiji zbog povrede antimonopolskog prava. Evropska Komisija je privremenom merom nametnula licencu IMS-u zbog zloupotrebe dominantnog položaja.¹³⁴ IMS je uložio žalbu predsedniku Prvostepenog evropskog suda koji je suspendovao odluku Komisije¹³⁵ i potvrdio

¹³³ V. Korah, Symposium: The Federal Circuit and Antitrust: The Interface between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience, 69 *Antitrust L.J.* 801, 814

¹³⁴ Commission's decision 2002/165/CE od 3 jula 2001, case COMP D3/38.044, *NDC Health v. IMS Health*; interim measures [2002] O.J.L59/18

¹³⁵ First order (provisional stay) od 10. avgusta 2001, Case T-184-01, *IMS Health Inc. v. Commission* [2001] E.C.R.II-2349; [2002] 4 C.M.L.R. 1 [2002] E.C.D.R. 16. Second order od 26. oktobra 2001 Case T-184-01, *IMS Health Inc. v. Commission* [2001] E.C.R.II-3193; [2002] 4 C.M.L.R. 2

suspenziju.¹³⁶ U međuvremenu nemački sud je suspendovao postupak povrede IMS autorskog prava od strane NDC-a i zatražio od Evropskog suda pravde da odgovori na nekoliko prethodnih pitanja u cilju tumačenja člana 82.

Evropski sud pravde je doneo svoju odluku 29. aprila 2004. god.¹³⁷ u kojoj je ponovo naglasio da odbijanje neke firme koja ima monopolski položaj da odobri licencu ne može samo za sebe predstavljati zloupotrebu monopolskog položaja.¹³⁸ Ipak, uživanje ovog ekskluzivnog prava u nekim slučajevima može predstavljati zloupotrebu.¹³⁹ Pošto se kratko osvrnuo na standarde postavljene u *Magill*-u i *Bronner*-u Evropski sud pravde je istakao da su uslovi potrebni da bi se smatralo da postoji zloupotreba dati kumulativno.¹⁴⁰ Odbijanje mora biti takve prirode da onemogućava pojavu novog proizvoda za kojim postoji potencijalna potražnja od strane kupaca, ono treba da je neopravdano i da isključuje konkurenciju na sekundarnom tržištu.¹⁴¹ Sud je potvrdio da moraju postojati dva tržišta: primarno na kome tuženi ima dominantan položaj (struktura 1860 modula) i sekundarno na kome se proizvod ili usluga koriste za proizvodnju drugog proizvoda ili usluge (izveštaj o regionalnim prodajama).¹⁴² Ova dva tržišta se moraju jasno identifikovati¹⁴³ pa makar da je sekundarno tržište samo hipotetičko¹⁴⁴. Proizvod ili usluga sa primarnog tržišta moraju biti neophodni za proizvod ili uslugu sekundarnog tržišta.¹⁴⁵

¹³⁶ *IMS Health Inc. v. NDC Health Corp.*, Case C-481/01, 11. april 2002. [2002] 5 C.M.L.R. 1 (E.C.J.)

¹³⁷ *IMS Health Inc. v. NDC Health Corp.*, Case C-481/01, 19. april 2004. [2004]

¹³⁸ *Ibid*, para 34.

¹³⁹ *Ibid*, para 35.

¹⁴⁰ *Ibid*, para 32.

¹⁴¹ *Ibid*, para 38.

¹⁴² *Ibid*, para 42.

¹⁴³ *Ibid*, para 45.

¹⁴⁴ *Ibid*, para 44.

¹⁴⁵ *Ibid*, para 46.

2.4.5. Microsoft

Još pre nego što je Evropski sud pravde doneo *IMS Health* Komisija je 24. Marta 2004. god. donela odluku protiv Microsofta koju je 2007. god. potvrdio Prvostepeni evropski sud.¹⁴⁶ Komisija je našla da je Microsoft prekršio član 82. putem dve vrste aktivnosti i izrekla kaznu od oko 497 miliona EUR. Jedna od nedozvoljenih aktivnosti je bila odbijanje da konkurentima licencira neophodne informacije koje se tiču Windows operativnog sistema koje bi im omogućile da razviju i distribuiraju proizvode koji bi bili konkurenti sa Microsoft-ovim proizvodima a druga je bila vezivanje prodaje PC operacionog sistema sa prodajom Windows Media Player-a. Ostavljajući po strani protivzakonitu vezanu trgovinu, potvrđujući odluku Komisije Prvostepeni evropski sud je ponovio da tri uslova moraju biti zadovoljena da bi se odbijanje licenciranja smatralo zloupotrebom dominantnog položaja: odbijanje se mora odnositi na proizvod ili uslugu koja je neophodna za obavljanje aktivnosti na susednom tržištu; odbijanje mora biti takve prirode da isključuje svaku efektivnu konkurenciju na tom tržištu i odbijanje mora sprečavati pojavu novog proizvoda za kojim postoji potražnja na tržištu. Ukoliko su ovi uslovi zadovoljeni, odbijanje licenciranja može predstavljati zloupotrebu dominantnog položaja ukoliko nije objektivno opravdano.

2.5. Vodič koji se tiče prioriteta Komisije u primeni člana 82. EC ugovora na nedozvoljena ekskluzivna ponašanja od strane dominantnih firmi¹⁴⁷

Vodič je donela Evropska Komisija a pored ostalih ekskluzivnih ponašanja posebno je tretirano i odbijanje poslovanja. Poseban deo Vodiča (članovi 75-90) sumira precedente evropskih sudova u slučajevima *Magill*, *Bronner*, *IMS Health* i *Microsoft*.

Na prvom mestu, Vodič naglašava da u principu, svako preduzeće, bilo dominantno ili ne ima pravo da bira svoje partnere i da raspolaže slobodno

¹⁴⁶ Commission Decision (EC) 53/27 od 24. marta 2004, Case COMP/C-3.37.792, *Microsoft*, 2007 O.J. (L.32), potvrđeno Case T-201/04 R, *Microsoft Corp. v. Commission*, 2007 O.J. (C 269) 80

¹⁴⁷ Communication from the Commission: Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (2008), formalno usvojen od svih članica EU 9. februara 2009. god.

svojom imovinom.¹⁴⁸ Zbog toga nekritično nametanje obaveze poslovanja, pa i uz pravičnu nadoknadu, može dovesti u pitanje spremnost firme za nove investicije ili inovacije što u krajnjoj liniji može štetiti potrošačima.¹⁴⁹ S druge strane, konkurenti se mogu stimulisati na *free riding* umesto da sami investiraju što takođe šteti potrošačima.¹⁵⁰

Vodič naglašava da odbijanje snabdevanja pokriva široki spektar praksi kao što su odbijanje snabdevanja proizvodima postojećih ili novih klijenata, odbijanje da se licencira pravo intelektualne svojine ili odbijanje da se odobri pristup neophodnoj infrastrukturi ili mreži.¹⁵¹ Pri tome, Komisija ne smatra da je neophodno da je proizvod o kome se radi već komercijalizovan na tržištu već je dovoljno da postoji potreba za njim od strane potencijalnih kupaca i da se identifikuje potencijalno tržište za input u pitanju. Nije potrebno ni da dominantno preduzeće nedvosmisleno odbije da posluje, može biti dovoljno i "konstruktivno odbijanje" čija forma, primera radi može biti neosnovano odugovlačenje ili na drugi način izbegavanje snabdevanja proizvodom kao i nametanje nerazumnih uslova u zamenu za snabdevanje.¹⁵² Takođe, Komisija zajedno sa odbijanjem poslovanja razmatra i tzv. *margin (price) squeeze* do koga dolazi onda kada se firma koja ima dominantni položaj na primarnom tržištu ili u veleprodaji angažuje u dugoročnom podizanju cena koje uništava konkurente na sekundarnom tržištu ili u maloprodaji čime proširuje svoju moć i na sekundarno tržište. Cene koje dominantna firma nameće u veleprodaji (prema troškovima) je približna ili veća nego što je sam daje u maloprodaji (prema troškovima) što čini nemogućim da kupac na veliko plati tu ceni i preproda robu po ceni koja će biti konkurentna ceni dominantne firme u maloprodaji.¹⁵³

Komisija ističe da će se takve prakse razmatrati kao prioritet ako postoje sledeće okolnosti: ako se odbijanje odnosi na proizvod ili uslugu koja je

¹⁴⁸ *Ibid*, para 75.

¹⁴⁹ *Ibid*.

¹⁵⁰ *Ibid*.

¹⁵¹ *Ibid*, para 78.

¹⁵² *Ibid*, para 79.

¹⁵³ *Ibid*, para 80.

objektivno neophodna da bi se moglo biti efektivno konkurentnim na sekundarnom tržištu; ako je verovatno da će odbijanje dovesti do eliminacije efektivne konkurencije na sekundarnom tržištu i ako je verovatno da će odbijanje naneti štetu potrošačima.¹⁵⁴

Nadalje, Komisija objašnjava šta se smatra neophodnim proizvodom ili uslugom- to je proizvod koji nema aktuelni ili potencijalni supstitut na sekundarnom tržištu niti se može duplicirati u doglednoj budućnosti.¹⁵⁵ Pri tome, činjenica da je dominantna firma već snabdevala druge neophodnim inputom (za šta je pretpostavlja se imala interes) pa odbila da to čini ubuduće, izaziva veće podozrenje Komisije nego slučajevi u kojima nije bilo prethodne saradnje.¹⁵⁶

Pod uslovom da se može smatrati da je input u pitanju neophodan, odbijanje poslovanja mora biti takve prirode da eliminiše konkurenciju na sekundarnom tržištu čija verovatnoća će biti veća ukoliko je veći tržišni udeo dominantne firme na sekundarnom tržištu.¹⁵⁷

Prilikom razmatranja uticaja odbijanja poslovanja na potrošače Komisija prethodno balansira da li negativan uticaj odbijanja poslovanja na relevantnom tržištu preteže negativan uticaj nametanja poslovanja konkretnoj firmi.¹⁵⁸ Ukoliko je tako, Komisija razmatra da li odbijanje poslovanja sprečava konkurente da ponude nove ili inoviraju već postojeće proizvode ili usluge za kojima postoji potražnja ili je verovatno da će ovi doprineti tehnološkom napretku.¹⁵⁹ Komisija takođe smatra da odbijanje može dovesti do štete za potrošače i u slučajevima kada su cene na primarnom tržištu regulisane a nisu regulisane na sekundarnom, što može dovesti do situacije da dominantna firma, isključujući konkurente sa sekundarnog tržišta

¹⁵⁴ *Ibid*, para 81.

¹⁵⁵ *Ibid*, para 83.

¹⁵⁶ *Ibid*, para 84.

¹⁵⁷ *Ibid*, para 85.

¹⁵⁸ *Ibid*, para 86.

¹⁵⁹ *Ibid*, para 87.

odbijanjem poslovanja sa njima može iscediti više profita sa sekundarnog tržišta.¹⁶⁰

Na kraju i kada se dokaže postojanje prethodno navedene tri pretpostavke Komisija će uzeti u obzir pozivanje dominantne firme da je odbijanje poslovanja opravdano sa razloga ekonomičnosti. To može biti povraćaj uloženog u investiciju te mogućnost da se nastavi sa investiranjem u budućnosti, uzimajući u obzir rizik od neuspeha projekta te da će prinudna obaveza snabdevanja pogoditi mogućnosti za uvođenje inovacija.¹⁶¹

2.6. Zaključak

Odbijanje poslovanja kao sredstvo nametanja dominacije na tržištu se u Evropskoj Uniji prvenstveno posmatra sjedinjeno sa teorijom osnovnih sredstava. Prve primene ovog instituta u Evropskoj Uniji datiraju od sredine sedamdesetih godina da bi se tokom osamdesetih a naročito krajem devedesetih godina vodećim precedentima Evropskog suda pravde u slučajevima *Magill*, *Bronner* i *IMS Health* postavili i pravni standardi primene ove doktrine. Nesumnjivo da je ova doktrina odigrala značajnu ulogu u otvaranju za konkurenciju naročito u onim slučajevima gde je pristup sekundarnom tržištu zavisio od zakonskog monopola ili druge državne intervencije ili je vlasnik neophodne infrastrukture upotrebljavao zakonom poveren monopol na jednom tržištu da bi ga proširio na drugo tržište. U svim tim slučajevima doktrina osnovnih sredstava je doprinela integraciji zajedničkog tržišta. S druge strane, veoma brzo se shvatilo da nekritična primena ova doktrine može takođe dovesti do štetnih posledica kao što je nespornost za dalje investiranje ili inoviranje. Stoga su sudovi EU ustanovljenjem standarda primene ove doktrine ograničili njenu primenu. Na prvom mestu, proizvod, infrastruktura ili usluga mora da bude zaista neophodna što znači da nema aktuelni ni potencijalni supstitut na sekundarnom tržištu te da se ne može duplicirati u doglednoj budućnosti (*Bronner*, Vodič, para 81 i 83). Drugo, da će odbijanje poslovanja verovatno dovesti do eliminacije konkurencije na sekundarnom tržištu (*Bronner*, *Magill*, *IMS Health*, Vodič, para 85). Treće, ako je verovatno da će odbijanje poslovanja naneti štetu potrošačima (Vodič para 81 i 86). Prilikom primene

¹⁶⁰ *Ibid.*, para 88.

¹⁶¹ *Ibid.*, para 89.

ovog standarda Komisija balansira da li negativan uticaj odbijanja poslovanja preteže negativan uticaj primoravanje na poslovanje pri čemu uzima u obzir da li odbijanje poslovanja dovodi do sprečavanja konkurenata da ponude nove proizvode ili usluge (*Magill, IMS Health*) za kojima postoji potražnja ili doprinose tehnološkom napretku. Na kraju četvrto, odbijanje poslovanja treba da bude neopravdano. (*Bronner, Magill, IMS Health*, Vodič, para 89). Odbijanje može biti opravdano s razloga ekonomičnosti.

3. SAD I EVROPSKA UNIJA – SLIČNOSTI I RAZLIKE

Ako se ostave po strani opšte razlike koje postoje između pojma monopolske moć(SAD) i dominantnog položaja (EU) kao i da je pravom Sjedinjenih Država zabranjen i tzv. pokušaj monopolizacije, i u jednom i u drugom pravu odbijanje firme koja uživa monopolski ili dominantan položaj da posluje sa konkurentom nije zabranjeno samo po sebi već može predstavljati povredu antimonopolskog prava samo pod izuzetnim okolnostima. Stoga svaki slučaj zahteva detaljnu analizu podvrgnutu *rule of reason* standardima dokazivanja. Na prvom mestu mora se dokazati da firma poseduje monopolsku moć (SAD) ili dominantan položaj (Evropska Unija) na geografski i proizvodno definisanom tržištu. Radnja zloupotrebe monopolske moći ili dominantnog položaja koja se ogleda u odbijanju poslovanja sa konkurentom mora da ispunjava strogo postavljene pravne standarde koji su slično postavljeni u oba prava . Pa i ukoliko se sve ovo gore navedeno dokaže, monopolista se može odbraniti ako dokaže da je imao valjane razloge da odbije da posluje sa konkurentom.

Za razliku od prava Evropske Unije gde se odbijanje poslovanja posmatra sjedinjeno sa teorijom osnovnih sredstava u SAD se odbijanje poslovanja bazira na tri testa : testu namere koji se najčešće ispoljava kroz neopravdanu promena obrasca poslovanja, doktrini osnovnih sredstava i doktrini širenja monopola. Kada su u pitanju prva dva testa nije potrebno dokazivati dva različita, vertikalno povezana tržišta.

Što se tiče doktrine osnovnih sredstava uslovi za njenu primenu su veoma slično postavljeni u oba prava. No za razliku od Evropske Unije, gde su gde se teorija osnovnih sredstava posmatra sjedinjeno sa opštom kategorijom slučajeva odbijanja poslovanja Vrhovni sud SAD je izričito odbio da prizna ili opovrgne ovu teoriju iako su je u praksi primenjivali kako niži sudovi tako i državne agencije za izvršenje antimonopolskog prava. Standardi doktrine osnovnih sredstava postavljeni su u Americi 1983. god. u odluci Apelacionog

suda sedmog područja u *MCI Communications* i preuzeti su u osnovi od strane Evropskog suda pravde 1999. god. u slučaju *Bronner*. Ali, za razliku od prava SAD koje za primenu teorije osnovnih sredstava ne zahteva dokazivanje dva povezana tržišta - stranke mogu biti aktuelni ili potencijalni konkurenti i na jednom istom tržištu, u EU je neophodan uslov primene ove doktrine dokazivanje da odbijanje poslovanja eliminiše konkurenciju na sekundarnom tržištu te se ova teorija primenjuje sjedinjena sa teorijom širenja monopola. Na kraju, ni koreni primene doktrine osnovnih sredstava nisu isti: U SAD ova doktrina vuče koren iz slučajeva grupnih bojkota dok je njen razvoj u Evropskoj Uniji proistekao kao prirodna posledica privatizacije velikih javnih preduzeća i želje da se okonča dominacija koja je pratila ove nacionalne gigante.

Što se tiče odbijanje poslovanja sa konkurentskom firmom kada su u pitanju prava intelektualne svojine u Evropskoj Uniji su se ova prava u suštini tretirala kao i svaka druga neophodna infrastruktura ali je zbog svoje osetljivosti ovaj odnos uvek uživao poseban tretman uz primenu dodatnog kriterijuma koji nije važio za "obične" slučajeve - naime odbijanje licenciranja prava intelektualne svojine da bi bilo nedozvoljeno, pored ispunjenja ostalih kumulativnih uslova, takođe treba i da sprečava pojavu novog proizvoda na tržištu (*Magill, IMS Health, Microsoft*).

Za razliku od prava Evropske Unije, američko pravo je gledalo sa priličnom rezervom na prinudno licenciranje prava intelektualne svojine u kontekstu antimonopolskog prava osim ako se ne radi o teškim zloupotrebama kao što su vezivanje prodaje patentiranih i nepatentiranih proizvoda, fiksiranje cena sa nepatentiranim proizvodima, pritisak na konkurenta neutemeljenim tužbama zbog povrede patenta i sl. Mogućnost da se uspostavi obaveza poslovanja sa konkurentskom firmom u oblasti intelektualne svojine prvi put je pomenuo Vrhovni sud SAD u slučaju *Kodak I* ali bez postavljanja jasnih smernica i kriterijuma. U nedostatku precedenta Vrhovnog suda u ovoj materiji američke agencije za izvršenje antimonopolskog prava smatraju da se doktrina osnovnih sredstava može primeniti i kada su u pitanju prava intelektualne svojine. No bez obzira na stav agencija praksa nižih sudova je u ovim slučajevima bila izrazito neujednačena.

Mirjana Cukavac, Ph.D.*

Refusal to Deal in the USA and EU Antitrust Law

Summary

Although undertakings have the freedom to conclude contracts with whomever they want there are circumstances in which a refusal to supply goods or services or to grant access to a so-called „essential facility" by a dominant undertaking can amount to an abuse of a dominant position.

In the USA refusal to deal is based on three theories: anticompetitive animus—usually demonstrated by a change in existing business practices with a specific intent to harm rivals, essential facilities doctrine and monopoly leveraging theory.

In the European Union refusal to deal or the essential facilities doctrine has been applied over past thirty years by the European Commission, the Court of First Instance and the European Court of Justice. In addition, the European Commission's recently issued Guidelines on the abuse of dominance endorse the doctrine and sensibly describe its application and limitation. The concept of refusal to deal covers a broad range of practices, such as a refusal to supply products to existing or new customers, refusal to license intellectual property rights or refusal to grant access to an essential facility or a network. These practices constitute an abuse if certain circumstances are fulfilled: product or facility has to be really essential, the refusal is likely to lead to consumer harm, that it is unjustified and such as to exclude any competition on a downstream market.

Keywords: refusal to deal, essential facility, dominant position, antitrust law, monopoly leveraging

* Secretary of the Foreign Trade Court of Arbitration, Belgrade.