

Odločbe in komentarji *Decisions and Commentaries*

Komentar odločbe Splošnega sodišča v zadevi Airtours proti Komisiji*

Vloga ekonomske analize v konkurenčni presoji koncentracij med podjetji**

Izveček iz sodbe Airtours proti Komisiji

Dejstva in postopek

1. Airtours plc, britanska družba, katere glavna dejavnost je organiziranje potovanj in ponudba počitniških paketov, je 29. aprila 1999 objavila namero o pridobitvi vseh delnic enega svojih konkurentov, britanskega organizatorja potovanj First Choice.
2. Istega dne je Airtours predlagano koncentracijo priglasila Komisiji, in sicer v skladu s členom 4 Uredbe Sveta (EGS) št. 4064/89/EGS z dne 21. decembra 1989 o nadzoru koncentracij podjetij (UL L 395, str. 1, popravljena različica v UL 1990, L 257, str. 13), kot je bila nazadnje spremenjena z Uredbo Sveta (ES) št. 1310/97 z dne 30. junija 1997 (UL L 180, str. 1, v nadaljevanju: Uredba št. 4064/89).
3. Z odločbo z dne 3. junija 1999 je Komisija menila, da koncentracija vzbuja resne dvome o združljivosti s skupnim trgom, zato se je odločila uvesti postopek podrobnejše preiskave, v skladu s členom 6(1)(c) Uredbe št. 4064/89.
4. Komisija je 9. julija 1999 tožeči stranki v skladu s členom 18 Uredbe št. 4064/89 poslala ugotovitve o možnih kršitvah, v katerih je navedla razloge, zaradi katerih je ocenila, da bi predvidena koncentracija že *prima facie* ustvarila kolektivni prevladujoči položaj na britanskem trgu počitniških paketov v tujini za bližnje kraje. Tožeča stranka je na te ugotovitve o možnih kršitvah odgovorila 25. julija 1999.

* Zadeva T-342/99 z dne 6. junija 2002, ZOdl. 2002, str. II-2585 (citirano dobesedno).

** Komentar pripravila dr. Martina Repas, docentka, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: martina.repas@uni-mb.si

[...]

9. Z Odločbo z dne 22. septembra 1999 (zadeva IV/M.1524 – Airtours/First Choice, Odločba C(1999)3022 konč., objavljena pod št. 2000/276/ES (UL 2000, L 93, str. 1, v nadaljevanju: Odločba) je Komisija ugotovila, da koncentracija po členu 8(3) Uredbe 4064/89 ni združljiva s skupnim trgom in z delovanjem EGP, ker na britanskem trgu počitniških paketov v tujini za bližnje kraje ustvarja kolektivni prevladujoči položaj, katerega učinek bi bilo bistveno omejevanje konkurence na skupnem trgu. Komisija je v Odločbi navedla, da ukrepi s 7. septembra 1999, ki jih je predlagala družba Airtours, niso dovolj za preprečitev nastanka kolektivnega prevladujočega položaja in da so bili predlogi ukrepov s 15. septembra 1999 prepozni, da bi se jih lahko upoštevalo v tisti fazi postopka.

Vsebina

16. Tožeča stranka tožbo utemeljuje s štirimi razlogi. Prvi razlog so očitne napake pri opredelitvi trga upoštevnihi proizvodov in kršitev člena 253 ES. Drugi razlog je kršitev člena 2 Uredbe št. 4064/89 in načela pravne varnosti, ker je Komisija pri presoji te zadeve uporabila novo in napačno opredelitev pojma kolektivnega prevladujočega položaja, ter tudi kršitev člena 253 ES. Tretji razlog je kršitev člena 2 Uredbe št. 4064/89, ker je Komisija ugotovila, da priglašena koncentracija ustvarja kolektivni prevladujoči položaj, in tudi kršitev člena 253 ES. Četrty razlog je kršitev člena 8(2) Uredbe št. 4064/89 in kršitev načela sorazmernosti, ker Komisija ni sprejela predlogov tožeče stranke.

[...]

Tretji tožbeni razlog: kršitev člena 2 Uredbe št. 4064/89, ker je Komisija ugotovila, da priglašena koncentracija ustvarja kolektivni prevladujoči položaj, in kršitev člena 253 ES

55. V okviru tega tožbenega razloga želi tožeča stranka pokazati, da je Komisija z odločitvijo, da je treba predvideno koncentracijo prepovedati, storila napako pri presoji. Trdi, da Odločba ne dokazuje pravno zadostno, da bi bil izid koncentracije nastanek takega kolektivnega prevladujočega položaja, ki bi lahko precej oviral konkurenco na upoštevnihi trgu. S prepovedjo koncentracije je tako Komisija kršila člen 2 Uredbe št. 4064/89.

A – Splošne ugotovitve

56. V skladu s členom 2(2) Uredbe št. 4064/89 je treba koncentracije, ki ne ustvarjajo ali ne krepijo prevladujočega položaja, ki bi precej oviral učinkovito konkurenco na skupnem trgu ali na njegovem precejšnjem delu, razglasiti za združljive s skupnim trgom.

57. V skladu s členom 2(3) te uredbe je treba razglasiti za nezdružljive s skupnim trgom vse koncentracije, ki ustvarjajo ali krepijo prevladujoči položaj, ki precej ovira učinkovito konkurenco na skupnem trgu ali njegovem precejšnjem delu.

58. Kadar Komisija z uporabo Uredbe št. 4064/89 presoja morebiten prevladujoči položaj, mora ugotoviti, ali je nastanek ali krepitev takega položaja, ki bistveno in trajno ovira učinkovito obstoječo konkurenco na trgu, neposredna in takojšnja posledica te koncentracije (glede tega glej zgoraj navedeno sodbo Gencor proti Komisiji, točka 94). Če ni znatne spremembe obstoječe konkurence, je treba koncentracijo dovoliti (glede tega glej sodbo Sodišča prve stopnje z dne 19. maja 1994 v zadevi Air France proti Komisiji, T-2/93, Recueil, str. II-323, točki 78 in 79, ter zgoraj navedeno sodbo Gencor proti Komisiji, točke 170, 180 in 193).

59. Iz sodne prakse izhaja, da mora Komisija „[v] primeru domnevnega kolektivnega prevladujočega položaja [...] z analizo prihodnjega razvoja upoštevnega trga presoditi, ali priglašena koncentracija vodi v položaj, v katerem bi učinkovito konkurenco na upoštevem trgu bistveno ovirala podjetja, ki sodelujejo pri koncentraciji, in eno tretje podjetje ali več teh, ki lahko skupaj, zlasti zaradi povezovalnih dejavnikov med njimi, sprejmejo skupno politiko na trgu ter v precejšnji meri delujejo neodvisno od drugih konkurentov, strank in – nazadnje – potrošnikov“ (zgoraj navedeni sodbi Kali & Salz, točka 221, in Gencor proti Komisiji, točka 163).

60. Sodišče prve stopnje je razsodilo, da „v pravnem in ekonomskem smislu ni nikakršnega razloga, da se iz ekonomske povezave izključi medsebojna odvisnost članov omejenega oligopola, znotraj katerega so na trgu z ustreznimi značilnostmi, zlasti v smislu tržne koncentracije, preglednosti in homogenosti proizvodov, ti člani v položaju, v katerem lahko predvidijo obnašanje drug drugega, in so torej zelo naklonjeni uskladitvi svojega ravnanja na trgu, da bi tako z omejitvijo proizvodnje zaradi povišanja cen maksimizirali svoj skupni dobiček. V takih okoliščinah se namreč vsak udeleženec na trgu zaveda, da bo vsako njegovo visoko konkurenčno ravnanje, ki je namenjeno povečanju njegovega tržnega deleža (na primer znižanje cen), povzročilo enako ravnanje drugih, in sicer tako, da zaradi svoje pobude ne bo užival nobene prednosti. Znižanje ravni cen bi torej vplivalo na vse udeležence na trgu (zgoraj navedena sodba Gencor proti Komisiji, točka 276).

61. Kolektivni prevladujoči položaj, ki bistveno ovira učinkovito konkurenco na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu, lahko torej nastane kot rezultat koncentracije, ki bi ob upoštevanju značilnosti upoštevnega trga in sprememb v njegovi strukturi, ki bi jih povzročila izvedba koncentracije, povzročila, da bi ob upoštevanju skupnih interesov vsak član prevladujočega oligopola menil, da je mogoče, ekonomsko upravičeno in torej zaželeno, da bi se sprejelo trajno enako ravnanje na trgu za prodajo nad konkurenčnimi cenami, ne da bi se sklenil kakšen sporazum ali da bi šlo za usklajeno ravnanje v smislu člena 81 ES (v tem smislu glej zgoraj navedeno sodbo Gencor proti Komisiji, točka 277) in ne da bi se dejanski ali potencialni konkurenti ter tudi stranke in potrošniki na to lahko učinkovito odzvali.

62. Kot navaja tožeča stranka in kot v vlogah priznava Komisija, so za nastanek kolektivnega prevladujočega položaja potrebni trije pogoji:

– Prvič, vsak član prevladujočega oligopola mora biti sposoben izvedeti, kako se obnašajo drugi člani, da bi lahko preveril, ali se ravnaajo v skladu s skupno politiko. Kot izrecno priznava Komisija, ni dovolj, da bi se vsak član prevladujočega oligopola zavedal, da je medsebojno odvisno tržno ravnanje dobičkonosno za vse, ampak mora vsak član biti sposoben izvedeti tudi, ali so drugi udeleženci na trgu sprejeli enako strategijo in ali se po njej ravnaajo. Preglednost na trgu mora biti torej zadostna, da se lahko vsi člani prevladujočega oligopola zadosti natančno in hitro seznanijo z razvojem tržnega obnašanja drugih članov.

– Drugič, tiho usklajevanje mora biti trajno, to je obstajati mora spodbuda k temu, da se na trgu ne odstopa od skupne politike. Kot ugotavlja Komisija, lahko člani prevladujočega oligopola pridobijo korist le, če vsi ravnaajo usklajeno. V ta pogoj je vključen tudi pojem protiukrepov pri ravnanju, ki odstopa od skupne politike. V tem primeru se stranki strinjata, da je za sposobnost ohranitve kolektivnega prevladujočega položaja nujno, da je dovolj sredstev odvrčanja za zagotovitev dolgoročne spodbude k temu, da se ne odstopa od skupne politike, kar pomeni da se mora vsak član prevladujočega oligopola zavedati, da bo vsako njegovo visoko konkurenčno ravnanje, ki je namenjeno povečanju njegovega tržnega deleža, povzročilo enako ravnanje drugih, in sicer tako, da zaradi svoje pobude ne bo užival nobene prednosti (glede tega glej zgoraj navedeno sodbo Gencor proti Komisiji, točka 276).

– Tretjič, da bi Komisija pravno zadostno dokazala obstoj kolektivnega prevladujočega položaja, mora prav tako izkazati, da predvidljiv odziv trenutnih in potencialnih konkurentov ter tudi potrošnikov ne bi ogrozil pričakovanih izidov skupne politike.

63. Analiza prihodnjega razvoja trga, ki jo mora v okviru nadzora nad koncentracijami glede kolektivnega prevladujočega položaja opraviti Komisija, mora zlasti vsebovati podrobno preučitev okoliščin, ki so v vsakem posameznem primeru upoštevne za presojo vpliva koncentracije na konkurenco na upoštevem trgu (zgoraj navedena sodba Kali & Salz, točka 222). Kot je to poudarila Komisija v točki 104 Odločbe z dne 20. maja 1998 v zadevi Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (zadeva IV/M.1016, UL 1999, L 50, str. 27), namreč tudi iz sodbe Kali & Salz izhaja, da mora Komisija, kadar meni, da bi bilo treba koncentracijo prepovedati, ker bo ustvarila kolektivni prevladujoči položaj, v utemeljitev predložiti prepričljive dokaze. Ti dokazi se morajo nanašati predvsem na tiste dejavnike, ki imajo pomembno vlogo pri presoji morebitnega obstoja kolektivnega prevladujočega položaja, kot sta na primer neobstoj učinkovite konkurence med udeleženci na trgu, ki so domnevno člani prevladujočega oligopola, in šibkost konkurenčnega pritiska, ki bi ga lahko izvajali drugi udeleženci na trgu.

64. Poleg tega materialnopravne določbe Uredbe št. 4064/89, zlasti člen 2, dajejo Komisiji določeno prosto presojo, zlasti glede ekonomske presoje, in zato mora sodišče Skupnosti pri nadzoru nad izvrševanjem te proste presoje, ki je bistvena za opredelitev pravil o koncentracijah in je podlaga določbam ekonomske narave, ki so

del ureditve koncentracij, upoštevati njene meje (zgoraj navedeni sodbi Kali & Salz, točki 223 in 224, ter Gencor proti Komisiji, točki 164 in 165).

65. Ob upoštevanju navedenih okoliščin je treba preizkusiti utemeljenost razlogov, na katere se sklicuje tožeča stranka in ki naj bi kazali na to, da je Komisija storila napako pri presoji, ko je zaključila, da bi ob odobritvi priglašene koncentracije obstajali elementi kolektivnega prevladujočega položaja ali bi bili izpolnjeni pogoji zanj.

B – Odločba

66. V Odločbi se razlikuje (glej točki 72 in 75) med dvema vrstama udeležencev na upoštevem trgu, in sicer velikimi organizatorji potovanj in sekundarnimi ali majhnimi organizatorji potovanj:

– Za velike organizatorje potovanj je značilno to, da so relativno veliki, da tržni delež vsakega presega 10 % (po podatkih Komisije opravi Thomson 27 % prodaje, Airtours 21 %, Thomas Cook 20 % in First Choice 11 %, skupaj torej 79 %; po podatkih Airtours pa opravi Thomson 30,7 % prodaje, Thomas Cook 20,4 %, Airtours 19,4 % in First Choice 15 %, skupaj torej 85,5 %) ter da so vsi integrirani navzgor (čarterski letalski prevozniki) in navzdol (potovalne agencije).

– Sekundarni organizatorji so manjši, tržni delež nobenega od njih ne presega 5 %, običajno pa niti nimajo svojih čarterskih letalskih prevoznikov ali svojih potovalnih agencij. Razen družbe Cosmos (ki je, ker je povezana z enim največjih čarterskih letalskih prevoznikov v Združenem kraljestvu, družbo Monarch, izjema glede neobstoja vertikalne integracije med sekundarnimi organizatorji) ter družbo Manos in Kosmar, ki so peti, šesti oziroma sedmi organizator potovanj in opravijo 2,9 %, 1,7 % oziroma 1,7 % prodaje, obstaja nekaj sto konkurenčnih majhnih organizatorjev potovanj, od katerih noben ne opravi več kot 1 % prodaje.

67. Iz Odločbe izhaja (glej povzetek presoje Komisije v točkah od 168 do 172 Odločbe) sklep Komisije, da bi predvidena koncentracija ustvarila prevladujoč položaj na britanskem trgu počitnic v bližnje kraje, katerega učinek bi bilo bistveno oviranje konkurence na skupnem trgu v smislu člena 2(3) Uredbe št. 4064/89, in to zaradi teh razlogov:

– Predvidena koncentracija bi odstranila konkurenco med tremi velikimi organizatorji potovanj, ki bi ostali po koncentraciji (združena Airtours/First Choice, Thomson in Thomas Cook). Zaradi strukturnih značilnosti trga in njegovega načina delovanja, ki bi bil odvisen od odločitev o zmogljivostih, ter zaradi visoke stopnje tržne koncentracije (preostali trije veliki organizatorji potovanj bi imeli, če bi se koncentracija izvedla, okoli 80 % trga) ne bi bilo več spodbude za medsebojno konkuriranje (Odločba, točka 169).

– Koncentracija bi povečala obstoječo stopnjo preglednosti in medsebojne odvisnosti tako, da bi bilo v interesu vseh preostalih treh velikih organizatorjev potovanj, da glede določitve števila počitniških paketov, ki naj se jih ponudi na trgu, ravnaajo usklajeno in s tem znižajo zmogljivosti pod tiste, ki jih zahteva razvoj trga (Odločba, točka 170).

– Pregled pretekle konkurence potrjuje to ugotovitev, saj kaže na to, da je na upoštevнем trgu že obstajala težnja h kolektivnemu prevladujočemu položaju (Odločba, točke od 128 do 138).

– Obstajali bi dejavniki odvrčanja ali možnosti protiukrepov, povezani z dejstvom, da bi, če bi se eden od treh preostalih velikih organizatorjev potovanj odločil, da zmogljivosti ne omeji, obstajalo tveganje, da bi preostala storila enako, kar bi pomenilo „preveliko ponudbo“ in resne finančne posledice za vsakega od udeležencev na trgu (Odločba, točka 170).

– Manjši ali novi organizatorji potovanj, to je trenutni in potencialni konkurenti, bi bili zaradi koncentracije še bolj marginalizirani, ker bi družbo First Choice izgubili kot ponudnika letalskih sedežev in kot potencialno distribucijsko pot. Kakor koli že, ti subjekti ne bi mogli nadomestiti morebitnih omejitev zmogljivosti, za katere bi se odločili trije preostali veliki organizatorji potovanj (Odločba, točka 171).

68. Glede vpliva koncentracije na učinkovito konkurenco pa je Komisija zaključila, da bi zaradi omejitve vseh zmogljivosti na trgu bil ta zaprt ter da bi se povečale cene in dobički članov prevladujočega oligopola (glej zlasti točko 56 in zaključni del točke 168 Odločbe).

C – Domnevne napake pri presoji Komisije

69. V nasprotju z navedbami Komisije tožeča stranka trdi, da dejavniki, ki jih je Komisija navedla kot tiste, ki položaj opredeljujejo kot kolektivni prevladujoči položaj, ob priglasitvi niso obstajali in se tudi ne bi pojavili, če bi se koncentracijo izvedlo.

70. Natančneje, tožeča stranka trdi, da, prvič, Komisija ni zadostno dokazala, da bi bili trije preostali veliki organizatorji potovanj glede na značilnosti upoštevneга trga zaradi izvedbe koncentracije spodbujeni k temu, da si ne bi več konkurirali.

71. Drugič, trdi, da bi tudi ob domnevi, da bi taka spodbuda obstajala, neobstoj vsakršnih sredstev odvrčanja ali ustreznih protiukrepov preprečil nastanek domnevnega prevladujočega oligopola.

72. Tretjič, v vsakem primeru bi se majhni organizatorji potovanj in novi, ki vstopajo na trg, torej trenutni in potencialni konkurenti, borili zoper morebitne omejitve zmogljivosti, odzvali pa bi se tudi potrošniki, tako da preostali trije veliki organizatorji potovanj zaradi koncentracije ne bi mogli delovati skupaj, v precejšnji meri neodvisno od drugih konkurentov in potrošnikov.

73. Nazadnje pa tožeča stranka trdi, da Komisija ni pravilno presodila vpliva koncentracije na konkurenco na upoštevнем trgu.

1. Predhodne ugotovitve

74. Tožeča stranka najprej navaja, da naravna težnja subjektov na upoštevнем trgu, da previdno določajo zmogljivosti, tem v preteklosti nikakor ni preprečevala, da

bi si med seboj konkurirali, ni pa tudi nobenega razloga za prepričanje, da bi predvidena koncentracija to konkurenco onemogočila s tem, da bi ustvarila položaj, v katerem bi imeli trije preostali veliki organizatorji potovanj kolektivni prevladujoči položaj.

75. Odločba je glede opisa konkurenčnega položaja ob priglasitvi še posebej skopa. Kljub temu pa ni sporno, da je Komisija ugotovila, da bi predvidena koncentracija ustvarila in ne okrepila prevladujoči položaj na trgu (Odločba, točka 194). Komisija je v vlogah potrdila, da ni zatrjevala obstoja oligopolnega prevladujočega položaja ob priglasitvi ter da gre tu za nastanek in ne za okrepitev kolektivnega prevladujočega položaja. Torej ne zanika, da pred predvideno koncentracijo ni bilo mogoče ali dobičkonosno, če bi veliki organizatorji potovanj omejili zmogljivosti zaradi povišanja cen in prihodkov.

76. Iz tega sledi, da je v tej zadevi izhodišče presoje Sodišča prve stopnje položaj, v katerem po mnenju Komisije štirje veliki organizatorji potovanj ne morejo sprejemati skupne politike na trgu, torej glede na konkurente, poslovne partnerje in potrošnike niso enoten subjekt ter nimajo tiste moči, ki je značilna za kolektivni prevladujoči položaj.

77. V teh okoliščinah je morala Komisija dokazati, da bi glede na značilnosti britanskega trga organiziranja počitnic v bližnje kraje in ob upoštevanju priglašene koncentracije njena odobritev povzročila nastanek kolektivnega prevladujočega položaja z omejevalnim vplivom na konkurenco, ker bi bile družbe Airtours/First Choice, Thomson in Thomas Cook sposobne – česar prej niso bile – sprejeti skupno politiko na trgu, s tem da bi zmogljivosti določili nižje, kot je običajno za konkurenčen trg, za kateri je že značilna previdnost glede določanja zmogljivosti.

78. Ob upoštevanju navedenih okoliščin je torej treba preučiti očitke in navedbe tožeče stranke v tej zadevi.

[...]

D – Splošni sklep

294. Ob upoštevanju vsega navedenega Sodišče prve stopnje sklepa, da analiza prihodnjega razvoja trga v Odločbi še zdaleč ne temelji na trdnih dokazih, poleg tega je v njej več napak pri presoji dejavnikov, ki so pomembni za presojo, ali bi lahko nastal kolektivni prevladujoči položaj. Iz tega sledi, da je Komisija prepovedala koncentracijo, ne da bi bila pravno zadostno dokazala, da bi koncentracija vodila k nastanku takega kolektivnega prevladujočega položaja treh velikih organizatorjev potovanj, ki bi pomembno oviral učinkovito konkurenco na zadevnem trgu.

295. V teh okoliščinah je treba tretji tožbeni razlog razglasiti kot utemeljen in torej razglasiti ničnost Odločbe, ne da bi bilo treba obravnavati druge očitke in tožbene razloge tožeče stranke.

[...]

Iz teh razlogov je

Sodišče prve stopnje (peti razširjeni senat)

razsodilo:

1. Razglasi se ničnost Odločbe Komisije C(1999)3022 konč. z dne 22. septembra 1999, s katero je bilo ugotovljeno, da koncentracija ni združljiva s skupnim trgom in Sporazumom EGP (zadeva IV/M.1524 – Airtours/First Choice), objavljena pod številko 2000/276/ES.
2. Komisija nosi svoje stroške in stroške, ki jih je priglasila tožeča stranka.

Komentar odločbe

Obravnavana odločba je ena tistih, v katerih je Splošno sodišče (prej Sodišča prve stopnje) razveljavilo odločbo Komisije EU (Komisija), ker ta svojih zaključkov glede skladnosti presoje koncentracij s pravili konkurence oz. notranjim trgom ni zadosti podprla z ustrezno ekonomsko analizo. Odločanje Komisije v tovrstnih zadevah je danes drugačno. V njenih odločbah se kaže trend po bolj sistematični uporabi empiričnih analiz, zlasti ekonometrike, še posebej kar zadeva oceno skladnosti koncentracij s pravili konkurence. Ta trend ima svoje korenine ravno v odločbi Splošnega sodišča v zadevi Airtours proti Komisiji, poleg tega pa še v zadevah Tetra Laval proti Komisiji¹ in General Electric proti Komisiji.² V teh odločbah je Splošno sodišče jasno odločilo, da mora kakršnakoli teorija o omejevanju konkurence, ki jo uporabi Komisija, določiti pogoje, ki povzročajo omejevanje konkurence in jih preizkusiti napram zapaženim značilnostim industrije in ravnanju podjetij.³

Odločba Airtours proti Komisiji se nanaša na analizo kolektivnega (skupnega) prevladujočega položaja, tj. položaja, ko ima več neodvisnih podjetij (npr. podjetja v koncentraciji in konkurenčna podjetja) skupaj takšno tržno moč, da lahko ravnajo neodvisno od drugih udeležencev na trgu (konkurentov, dobaviteljev, kupcev). Pri tem pa mora med njimi seveda obstajati določena vez, ki omogoča, da ravnajo enako, torej kot kolektivna enota, ki jo je treba v vsakem primeru ugotoviti. Gre za bistveno drugačno situacijo od primera obstoja posamičnega prevladujočega položaja, kjer ima takšen položaj eno samo podjetje (npr. podjetja udeležena v koncentraciji). Kot izhaja iz dejanskega stanja obravnavane odločbe Splošnega sodišča je Komisija z

¹ Zadeva T-5/02 z dne 25. oktobra 2002, ZOdl. 2002, str. II-4381.

² Zadeva T-210/01 z dne 14. decembra 2005, ZOdl. 2005, str. II-5575.

³ Lofaro A., van der Veer J. P., Fuelling the debate? The role of econometrics in Statoil/Jet, *European Competition Law Review*, 6, 2010, str. 222.

odločbo v zadevi *Airtours*⁴ odločila, da koncentracija med britansko družbo *Airtours*, katere glavna dejavnost je organiziranje potovanj in ponudba počitniških paketov, in družbo *First Choice* (britanski organizator potovanj), ni združljiva z notranjim trgom po Uredbi 4064/89 o koncentraciji med podjetji⁵ (danes Uredba 139/2004 o koncentraciji med podjetji⁶). Razlog temu je bilo ustvarjanje kolektivnega (skupnega) prevladujočega položaja na britanskem trgu počitniških paketov, katerega učinek bi bilo bistveno omejevanjem konkurence na notranjem trgu. Takšen prevladujoči položaj bi imele družba *Airtours/First Choice* z 32-odstotnim, *Thomson* z 27-odstotnim in *Thomas Cook* z 20-odstotnim tržnim deležem. Preostanek trga je bil zelo razdrobljen. To je po mnenju Komisije pomenilo, da ni bilo pričakovati učinkovitih omejitev na konkurenčna ravnanja treh velikih igralcev na trgu. Iz same odločbe Komisije je mogoče razbrati, da možnost udeležbe podjetij v tihi koordinaciji (kar pomeni, da podjetja ne sklepajo izrecnih sporazumov z namenom enako ravnati, ampak tako ravnajo v odsotnosti tega, ker jim to omogočajo značilnosti posameznega trga) ni bistvena, ampak je pomembno, da koncentracija omogoči, da neodvisna podjetja z ustrezno stopnjo tržne moči ravnajo neodvisno od konkurentov in kupcev. S tem se je Komisija odmaknila od pretekle prakse in razširila koncept kolektivnega prevladujočega položaja, ne da bi upoštevala dejavnike, kot so vstopne ovire, majhno število podjetij, homogenost proizvodov, simetrične strukture stroškov, možnost nadzorovanja ravnanj podjetij ipd.⁷

Naj v začetku kratko omenimo, da so bile po Uredbi 4064/89 prepovedane koncentracije med podjetji, ki so ustvarjale ali krepile prevladujoč položaj podjetij na trgu, katerega učinek bi bilo bistveno omejevanje učinkovite konkurence (člen 2 Uredbe 4064/89). Ta prepoved je bila osnovana na t. i. testu *dominance*. To pomeni, da je koncentracija med podjetji lahko bila prepovedana le, če se je z njo ustvarjal ali krepil prevladujoči položaj. Danes je po Uredbi 139/2004 situacija drugačna in prepoved koncentracij temelji na ravno obratnem testu – tj. na testu *znatnega omejevanja učinkovite konkurence*. Koncentracija je prepovedana, če vodi do *znatnega omejevanja učinkovite konkurence*, kar je zlasti takrat, kadar ustvarja ali krepi prevladujoči položaj (člen 2 Uredbe 139/2004). Navedeno pomeni, da po sedanji ureditvi prevladujoči položaj ni več predpostavka za ugotovitev neskladnosti koncentracije s pravili konkurence, je pa res, da bo v praksi to najpogostejši primer, ko bo Komisija ali drugi organ lahko odločil, da gre za

⁴ Zadeva IV/M1524 – *Airtours/First Choice*.

⁵ UL L 395, 30.12.1989, str. 1–12.

⁶ UL L 24, 29.1.2004, str. 1–22.

⁷ Kokkoris I., *The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case – the Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test*, *European Competition Law Review*, 1, 2005 (Kokkoris), str. 39.

znatno omejevanje učinkovite konkurence na trgu. Na ta način se ohranja v veljavi večina starejše prakse Komisije in Sodišč EU. Pojem prevladujočega položaja je po Uredbi 4064/89 zajemal posamični in kolektivni prevladujoči položaj, po Uredbi 139/2004 pa je v zvezi s tem govora o nekoordiniranih ali enostranskih učinkih in o koordiniranih učinkih, ki jih v bistvu lahko enačimo s kolektivnim prevladujočim položajem.

Smernice Komisije za oceno horizontalnih koncentracij (Smernice)⁸ definirajo koordinirane učinke kot tiste učinke, ki nastopijo kot posledica koncentracije med podjetji, ki lahko ustvari ali krepí kolektivni prevladujoči položaj, ker povečuje možnost podjetij, da koordinirajo svoja ravnanja in zvišujejo cene, omejujejo proizvodno količino in razdelijo trge ali kupce.⁹ Do tega lahko pride tudi v primeru, ko podjetja niso sklenila nobenega sporazuma ali usklajeno ravnala v smislu člena 101 PDEU.¹⁰ Neodvisna podjetja namreč lahko imajo kolektivni prevladujoči položaj tako v primeru, ko med njimi obstaja določena vez (največkrat pogodbená ali druga), zaradi katere ravnajo kot kolektivna enota, lahko pa je tudi posledica drugih koneksnih dejavnikov in je odvisna od ekonomske ocene, zlasti ocene strukture zadevnega trga. Nastanku kolektivnega prevladujočega položaja lahko torej botruje tudi t. i. tiha koordinacija med podjetji na oligopolnem trgu ter s tem razmerje medsebojne odvisnosti med člani oligopola.¹¹ Ekonomski model tihe koordinacije članom oligopola omogoča, da zvišajo dobiček, če vsi zvišajo cene nad konkurenčno ravno ali proizvedejo manj. Taka oligopolna odvisnost lahko posledično vodi do alokativne neučinkovitosti. Ker pa se lahko dobavitelji na to odzovejo različno, obstaja tudi možnost tržnega ravnotežja, v katerem noben član oligopola ne more maksimirati dobička. To pomeni, da lahko na oligopolnem trgu obstaja tudi neomejena konkurenca. Analiza ekonomske in konkurenčne situacije je odvisna od tega, kateri strukturni dejavniki na specifičnem trgu lahko vodijo do tihe koordinacije ravnanja ali do konkurence med člani oligopola.¹²

Koordinacije ni lahko doseči,¹³ saj se vsako podjetje sooča s skušnjavo po odmiku oz. deviaciji od koordiniranega ravnanja, s čimer lahko doseže večjo

⁸ UL C 31/5, 5. 2. 2004, str. 5–18.

⁹ Točka 5 Smernic.

¹⁰ Ta člen prepoveduje omejevanje konkurence s sporazumi, sklepi podjetniških združenj in usklajenimi ravnanji, ki imajo za cilj ali učinek omejevanje konkurence na notranjem trgu.

¹¹ Gl. zadevo T-102/96 z dne 25. marca 1999, Gencor proti Evropski komisiji, ZOdl. 1999, str. II-753.

¹² Haupt H., Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the Light of the Airtours Judgement, *European Competition Law Review*, 9, 2002, str. 435.

¹³ Lažje je doseči pogoje koordinacije pri eksplicitni koluziji, kjer podjetja medsebojno komunicirajo in lahko koordinirajo svoja ravnanja, ne da bi morala eksperimentirati. Tudi ob kakršnihkoli "šokih", ki lahko spremenijo tržne pogoje, jim komunikacija omogoča spremembo

korist. Po drugi strani pa se vsako podjetje zaveda, da lahko s koordiniranim ravnanjem maksimira korist tudi z zmanjšanjem količine proizvodnje in zvišanjem cen. To lahko ponazorimo s primerom dveh prodajalcev sadja na tržnici. Oba prodajata breskve enake kakovosti, oba jih kupujeta od dobavitelja po ceni 1 evro za kilogram. Vsak od njiju meni, da je cena 2 evra za kilogram monopolna, in verjame, da drugi meni enako. Če oba prodajata breskve po tej ceni, imata vsak pol kupcev, saj je zanje vseeno, pri kom kupijo. Vsak od njiju pa bo soočen s skušnjava po znižanju cene ali tajnih popustih, izboljšanju kakovosti proizvodov in drugih ravnanjih, da pritegne več kupcev. Če eden začne prodajati breskve po ceni 1,9 evra, bodo kupci kupovali pri njem. Čeprav bo prodajal po nižji ceni, bo njegov dobiček večji, kot pa bi bil po koordinirani ceni 2 evra. V zvezi s tem se zdi pomembno poudariti tudi okoliščine, pod katerimi se bo določeno podjetje odločilo za takšen korak. Če je trg dovolj majhen in če prodajalec označi ceno na proizvodu, bo odkritje znižanja cene takoj zaznavno. Prodajalec, ki je doslej prodajal po ceni 2 evra za kilogram, se bo "maščeval" in začel prodajati po ceni 1,7 evra. Posledica tega bo cenovna vojna, ki bo povzročila upad dobička pri obeh. Ker oba takšno vojno pričakujeta oziroma se je zavedata, ju to odvrne od tega, da bi odstopila od koordiniranega ravnanja (prodaje breskev po ceni 1 evro za kilogram).¹⁴

Ekonomisti na podlagi tega menijo, da morata biti za obstoj koordinacije podana dva elementa: udeleženci morajo pravočasno odkriti razne deviacije od pogojev koordinacije (da določeno podjetje prodaja po nižji ceni ali proizvaja več) in možna mora biti izvedba sankcije po deviaciji, ki onemogoča korist tistemu, ki ni ravnal v skladu s pogoji koordinacije.¹⁵ Iz tega izhaja, da lahko koordinirani učinki nastanejo le takrat, kadar podjetja vedo, da se bodo razne deviacije od pogojev koordinacije hitro odkrile in da bodo sankcionirane. To pa obenem pomeni tudi, da je lahko koordinacija trajna le, če se podjetja večkrat "srečujejo" na trgu. V nasprotnem primeru sankcija ni mogoča.

cene brez tveganja pojava mehanizmov kaznovanja. Povsem drugače je pri tihi koordinaciji. Če podjetja ne morejo komunicirati, delajo napake. Njihovo ravnanje pa lahko drugi člani koordinacije razumejo kot deviacijo od skupnega ravnanja, kar lahko sproži cenovno vojno. Motta M., *Competition Policy (Theory and Practice)*, Cambridge University Press, Cambridge 2004 (Motta), str. 141.

¹⁴ Motta, str. 140.

¹⁵ Prim. Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J., *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse 2003, str. 5, dostopno na:

http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_tacit_collusion:en.pdf

Velika verjetnost obstoja koordinacije se pojavi, ko lahko konkurenti lažje dosežejo skupno percepcijo o tem, kako naj bi koordinacija delovala. Pomembno se zdi v zvezi s tem izpostaviti značilnosti okolja. Lažje je doseči skupni dogovor o pogojih koordinacije v ekonomskem okolju, ki je manj kompleksno in bolj stabilno. Dejavniki, ki kažejo na prisotnost oz. odsotnost koordiniranega ravnanja, so številni, in sicer: maloštevilnost podjetij in velika tržna koncentracija, obstoj t. i. "*maverick*" podjetij (podjetij, ki so že iz preteklosti znana kot podjetja, ki preprečujejo koordinacijo in ne sledijo pravilom skupine), homogenost proizvodov, inovativnost trgov, pogostost interakcij med podjetji, vstopne ovire, dostopnost informacij, prisotnost na več trgih, simetričnost tržnih deležev idr. V danem primeru je Splošno sodišče razveljavilo odločbo Komisije, ker ta ni zadostno dokazala, da bi koncentracija vodila v kolektivni prevladujoči položaj. Splošno sodišče je izpostavilo tri pogoje, ki morajo biti izpolnjeni za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja ali tihe koordinacije, in sicer: transparentnost, kaznovalni mehanizmi in nezmožnost odziva konkurentov in kupcev.

Kar zadeva prvi pogoj, je treba izpostaviti, da za obstoj kolektivnega prevladujočega položaja v prvi vrsti ne zadošča zavedanje članov oligopola po medsebojni odvisnosti, ki lahko vodi do večjega dobička. Zahteva se namreč zadostna stopnja transparentnosti oz. doseganje tihega "sporazuma", ki omogoča, da lahko podjetja nadzorujejo ravnanja drug drugega in tako zaznajo odstopanja od pogojev koordinacije. Objava cenikov ter podatkov glede proizvodnje in prodaje lahko vplivajo na večjo transparentnost trga. Drugi pogoj se nanaša na mehanizme kaznovanja oz. na t. i. svarilne ukrepe. Že prej je bilo navedeno, da se podjetja soočajo s skušnjava po odstopu od koordiniranega ravnanja. Če bi lahko podjetja odstopila od pogojev koordinacije, pa za to ne bi bila kaznovana, se koordinacija ne bi mogla opredeliti kot trajna. Zato morajo imeti oligopolisti dober razlog, da ravnajo v skladu s pogoji koordinacije, ki se izkazuje v grožnji mehanizmov kaznovanja pri deviaciji. Podjetja bodo ravnala v skladu s pogoji koordinacije, če so možnosti za odkritje deviacij velike in je čas, ki preteče od nastanka deviacije do sprožitve sankcije kratek,¹⁶ če je sankcija možna in če je grožnja mehanizmov kaznovanja kredibilna,¹⁷ kar pomeni, da se bodo mehanizmi dejansko aktivirali in da bodo tudi učinkoviti. Sankcija mora biti torej stroga in mora vsaj eliminirati koristi devianta, ki jih je imel pred uvedbo mehanizma kaznovanja. Ker je obstoj mehanizmov kaznovanja težko dokazati, se od Komisije nujno ne zahteva, da dokaže obstoj specifičnega mehanizma, ampak da dokaže le, da obstaja svarilo, ki oligopoliste odvrča od kakršnekoli

¹⁶ Večja je zamuda pri uvedbi sankcije, večji je dobiček devianta.

¹⁷ Lindsay A., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, London 2003, str. 351.

deviacije.¹⁸ Tretji pogoj zadeva ravnanja tretjih oseb. Dejanja drugih udeležencev na trgu, ki niso udeleženi v koordinaciji, skupaj s potencialnimi konkurenti in kupci, ne smejo ogrozati pričakovanih rezultatov koordinacije. Če je na primer namen koordinacije zmanjšati celotno storilnost na trgu, bo to v škodo potrošnikom le, če se podjetja, ki v koordinaciji ne sodelujejo, ne morejo ali nočejo odzvati na zmanjšanje z zvišanjem lastne storilnosti, ki bi bila zadostna, da prepreči zmanjšanje storilnosti ali da vsaj naredi koordinirano zmanjšanje storilnosti nedobičkonosno.

Odločba Splošnega sodišča v zadevi *Airtours* proti Komisiji je pomembno vplivala na razvoj doktrine kolektivnega prevladujočega položaja v konkurenčnem nadzoru koncentracij z dimenzijami EU, ki jih praviloma presoja zgolj Komisija, hkrati pa tudi na razvoj te doktrine v okviru člena 102 PDEU, ki prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja podjetij.¹⁹ Čeprav je že Sodišče v zadevi *Gencor* proti Komisiji utrlo pot temu, da lahko v okviru konkurenčnega nadzora koncentracij na nastanek kolektivnega prevladujočega položaja vpliva tudi tiha koordinacija med podjetji in ne le eksplicitne oblike sodelovanja, pa je v obravnavanem primeru to možnost izpilila in razjasnila njen domet. Splošno sodišče je tako pojem kolektivnega prevladujočega položaja uskladilo z ekonomskim konceptom tihe koordinacije.

¹⁸ Več o tem gl. Stroux S., *Collective Dominance under the Merger Regulation: A Serious Evidentiary Reprimand for the Commission*, ELR, 6/2002, str. 740–741, in Kokkoris, str. 39–40.

¹⁹ Tudi zloraba prevladujočega položaja se lahko nanaša na posamični ali kolektivni prevladujoči položaj, Sodišče EU pa ni posebej razlikovalo med obravnavanjem kolektivnega prevladujočega položaja za namen presoje koncentracij in za namen ugotovitve zlorabe prevladujočega položaja.

