

Vloga in usoda klavzule »vzemi ali plačaj« v konkurenčnem pravu

MARTINA REPAS & RAJKO KNEZ

Povzetek

Avtorja se v prispevku ukvarjata z vprašanjem dopustnosti klavzule »vzemi ali plačaj« v konkurenčnem pravu, ki se v praksi pogosto pojavlja pri sklepanju vertikalnih sporazumov o dobavi zemeljskega plina. Glede na prakso nacionalnih konkurenčnih organov ta klavzula sama po sebi ni sporna, lahko pa ustvarja posebni konkurenčni problem, tj. omejevanja dostopa do trga, v povezavi z drugimi klavzulami, kot so npr. prepoved nadaljnje prodaje, teritorialne omejitve, omejitve glede rabe predmeta pogodbe, redukcijske klavzule ipd. Posebej pogosto pa se ta klavzula pojavlja v dolgoročnih pogodbah o dobavi zemeljskega plina, ki imajo lahko tudi naravno izključnih pogodb, kar je lahko prav tako problematično. Konkurenčnoppravna presoja in usoda klavzule »vzemi ali plačaj« je tako odvisna od tega, v kakšnem sporazumu oz. v kombinaciji s kakšnimi klavzulami se pojavlja, prav tako pa tudi od razmer na trgu oz. pogojev konkurence na trgu.

Ključne besede: • konkurenca • vzemi ali plačaj • vzemi in plačaj • izključna pogodba • dolgoročna pogodba • prepoved nadaljnje prodaje • teritorialna omejitev • učinkovitost • redukcijska klavzula • mrežni učinek

KONTAKTNI NASLOV: Dr. Martina Repas, izredna profesorica, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: martina.repas@um.si; Dr. Rajko Knez, redni profesor, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: rajko.knez@um.si

ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2014 LeXonomica (Maribor)

UDK: 346.546.5:347.45

JEL: K12, K21

Na svetovnem spletu dostopno na <http://www.lexonomica.com>

Take-or-pay Clause in Competition Law

MARTINA REPAS & RAJKO KNEZ

Abstract

Authors deal with take-or-pay clause and its compatibility with EU competition law rules. Take-or-pay clauses are fairly common in long-term of take and supply agreements in the gas sector. This clause is *per se* not problematic as far as competition law is concerned, but it can pose special competition problem, i.e. foreclosure effect in combination with other clauses in the agreement, such as resale restrictions, territorial restraints, reduction clause etc. It is also especially often a part of long-term exclusive contract that can also pose foreclosure problem. The analysis of its compatibility with competition law depends on agreements in which it is included or on a combination with other clauses and market conditions.

Keywords: • competition • take-or-pay • take-and-pay • exclusive contract • long-term contract • resale restriction • territorial restriction • efficiency • reduction clause • cumulative effect

CORRESPONDING ADDRESS: Dr. Martina Repas, associate professor, Faculty of Law, University of Maribor, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenia, e-mail: martina.repas@um.si; Dr. Rajko Knez, full professor, Faculty of Law, University of Maribor, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenia, e-mail: rajko.knez@um.si

ISSN 1855-7147 Print / 1855-7155 On-line © 2014 LeXonomica (Maribor)

UDC: 346.546.5:347.45

JEL: K12, K21

Available on-line at <http://www.lexonomica.com>

1. Uvod

Na trgu dobave zemeljskega plina se pogosto sklepajo pogodbe, ki vključujejo t. i. klavzulo »vzemi ali plačaj« (take-or-pay). V skladu s tako klavzulo je kupec v pogodbenem letu dolžan plačati dobavitelju najmanj minimalno letno količino zemeljskega plina, četudi te ni prevzel. Splošno se klavzule »vzemi ali plačaj« pojavljajo tako v pogodbah, sklenjenih na zgornjem vertikalno povezanem trgu (upstream contract), kot tudi v pogodbah, sklenjenih na spodnjem vertikalno povezanem trgu (downstream contract). Primer prve je pogodba med proizvajalcem na zgornjem vertikalno povezanem trgu in kupcem, primer druge pa med veleprodajalcem in končnim uporabnikom. Gre torej za vertikalna razmerja, pri katerih podjetja delujejo na različnih stopnjah gospodarskega procesa (dobavitelj – kupec). Čeprav ne gre za horizontalna razmerja, kjer konkurenčna podjetja delujejo na isti stopnji gospodarskega procesa, ki so zelo škodljiva za konkurenco,¹ vendarle lahko ustvarjajo protikonkurenčne učinke, ki se kažejo v omejevanju dostopa tretjim osebam (konkurentom) na trg, v delitvi trga in določanju cen.

Klavzulo »vzemi ali plačaj« je treba razlikovati od klavzule »vzemi in plačaj« (take-and-pay). Slednja namreč pomeni trdno zavezo s strani kupca, da bo prevzel dobavljene količine. Ta klavzula kupcu ne omogoča fleksibilnosti, kot je to primer klavzule »vzemi ali plačaj«, po kateri kupec ni dolžan prevzeti dogovorjene količine plina vsak dan, mesec ali leto, pomembno je le, da se upošteva letna količina, čeprav so tudi pri tej možna določena odstopanja oz. ima kupec nekaj maneverskega prostora (npr. 80 – 110 % letne obveznosti) (Talus, 2011: 286 in 287). V primeru klavzule »vzemi in plačaj« pa ima okoliščina, da kupec ni prevzel celotne dogovorjene količine, za posledico povrnitev škode prodajalcu. Običajno bo takšna določba stipulirala t. i. *liquidated damages*, ki bo tudi specificirana.²

V tem prispevku se ukvarjamo z vprašanjem dopustnosti sklepanja pogodb s klavzulo »vzemi ali plačaj«, pri čemer se osredotočamo zgolj na njeno dopustnost po pravilih konkurenčnega prava Evropske unije, tj. člena 101 in

¹ Horizontalni sporazumi omogočajo strankam sporazuma pridobitev ali krepitev tržne moči. Pri vertikalnih sporazumih, kjer ena stranka sporazuma dobavlja proizvode, ki se uporabijo kot sestavina proizvoda druge stranke, pa želijo stranke takega sporazuma omejiti izvrševanje tržne moči (gl. Smernice o vertikalnih omejitvah (UL C 130, 19. 5. 2010, str. 1) v tč. 98).

² V zadevi E-Nik Ltd. proti Department for Communities and Local Government [2012] EWHC 3027 (Comm) je bilo argumentirano, da je treba razlikovati med klavzulami »vzemi ali plačaj« ter klavzulami »vzemi in plačaj«. V članku English Court Revisits »take-or-pay clauses«, v: Energy briefing, Ashurst, November 2012, se zastopa stališče, da angleška sodišča nudijo zaščito tako klavzulam »vzemi ali plačaj« kot tudi »vzemi in plačaj«, če ne gre za nepošten pristop prodajalca (in terrorem).

102 Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nad.: PDEU).³ O taki klavzuli Sodišče EU do tega trenutka še ni odločalo, prav tako o tem še ni odločala Komisija EU, je pa o njeni skladnosti s pravili konkurenčnega prava odločal nemški konkurenčni organ v tesnem sodelovanju s Komisijo EU. Skladno s to odločbo nacionalnega organa in stališči v literaturi izhaja, da klavzula »vzemi ali plačaj« z vidika konkurenčnega prava sama po sebi ni problematična, je pa lahko problematična v kombinacijami z drugimi klavzulami, ki so še prisotne v pogodbi. Tako se pogosto pojavlja v dolgoročnih pogodbah o dobavi zemeljskega plina, ki imajo lahko tudi naravo izključnih pogodb, ali pa v kombinaciji s kakšnimi drugimi pogodbenimi klavzulami, kot so npr. prepoved nadaljnje prodaje, teritorialne omejitve, omejitve glede rabe predmeta pogodbe, redukcijske klavzule ipd. Posledično je namen tega prispevka analiza klavzule »vzemi ali plačaj« v povezavi oz. kombinaciji z drugimi klavzulami, s katerimi se v praksi pogosto pojavlja.

2. Razlogi za sklepanje pogodb s klavzulami »vzemi ali plačaj«

Klavzule »vzemi ali plačaj« se pogosto pojavljajo v dolgoročnih pogodbah o dobavi zemeljskega plina (Polkinghorne, 2013). Razlogi za to so med drugim značilnosti trga plina, ki je determiniran z nižjo energetske vsebnostjo na enoto, odvisnostjo od lokalne infrastrukture, kapitalskih izdatkov itd. Te značilnosti trga plina so tiste, zaradi katerih je pogodbeno razmerje med prodajalcem (dobaviteljem) in kupcem osnovano na medsebojnem dolgotrajnem sodelovanju. Dolgoročne pogodbe o dobavi plina so bile v EU desetletja steber zanesljive oskrbe s plinom, prav tako pa so bistveni del financiranja velikih projektov za izkoriščanje naravnih bogastev, ker zagotavljajo varnost pri nakupu in cenah od samega raziskovanja in proizvodnje do transporta po cevovodih in/ali tovarnah za utekočinjanje naravnega plina. Bistvo tovrstnega projektnega financiranja je v tem, da je določen projekt financiran neodvisno in investitor uporablja denarni tok iz rezultatov projekta, da zagotovi zavarovanje in povračilo investicije (Talus, 2011: 261–262).

Dolgoročne pogodbe s klavzulo »vzemi ali plačaj« so koristne za obe pogodbeni stranki. Proizvajalcu zagotavljajo povpraševanje, kupcu pa stalno dobavo. Posledično to proizvajalcem omogoča načrtovanje pomembnih dolgoročnih investicij, kupcem pa sprejem dolgoročnih strategij na spodnjih

³ Glede na to, da je slovenski Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (Uradni list RS, št. 36/2008, 40/2009, 26/2011, 87/2011, 57/2012, 39/2013, 63/2013 in 33/2014) povzet po konkurenčnem pravu EU, bo usoda teh klavzul tudi po pravilih konkurenčnega prava Republike Slovenije enaka tisti, ki se presoja po pravilih konkurenčnega prava EU (več o tem gl. Repas, 2010).

vertikalno povezanih trgov (Talus, 2011: 261–263). V energetskem sektorju se za izvedbo projektov od proizvajalcev pogosto zahtevajo vnaprejšnje znatne kapitalske investicije. Kupci lahko izkoristijo te investicije s strani prodajalcev, kar obenem tudi izboljšuje njihovo pogajalsko izhodišče, in povečajo svoj delež pri dobičku. Za rešitev teh težav kupci in prodajalci sklepajo dolgoročne pogodbe, katerih namen je, da se zagotovi dohodek prodajalca po vnaprej določenih pogojih. Tako bo kupec zato, da si zagotovi nakup plina, iskal ugodnosti in varstvo preko fleksibilnosti cen, kar zagotavlja, da bo cena, ki jo bo plačal, še vedno dopuščala prodajo plina na izbranem trgu. To se zagotovi z indeksacijo cen. Na drugi strani pa si mora prodajalec, ki je investiral v projekt, zagotoviti prihodek. Zato od kupca zahteva, da prevzame riziko dobave z vključitvijo klavzule »vzemi ali plačaj« (Polkinghorne, 2013: 2).

Tradicionalno gledanje na dolgoročne pogodbe o dobavi plina kot mehanizma, ki zagotavlja zanesljivost povpraševanja za dobavitelja in zanesljivost dobave za kupca, se je v EU sčasoma začelo spreminjati. Zaradi alternativnih virov te pogodbe niso več edini vir dobave, obenem pa je treba upoštevati še pomembno spremembo, ki se je zgodila v zadnjih dvajsetih letih, s katero je ta trg prešel od monopolističnega, in s strani države nadzorovanega trga, do konkurenčnega in liberaliziranega trga. Problem dolgoročnih pogodb s klavzulo »vzemi ali plačaj« je v konkurenčnem pravu v tem, da so kupci plina vezani na določenega proizvajalca (dobavitelja) plina z dolgoročno pogodbo, kar zmanjšuje oz. celo izključuje možnost zamenjave dobavitelja v pogodbeno dogovorjenem roku, s čimer se posledično zmanjšuje konkurenčnost tržne strukture (Talus, 2011: 264 in 270). V skladu z Energetskim zakonom⁴ (v nad.: EZ) se z dolgoročno pogodbo razume pogodba, sklenjena za več kot deset let, kar pa se nujno ne prekriva z dolgoročnostjo pogodb, kot se razume v konkurenčnem pravu. Sicer pa se tovrstne pogodbe pogosto sklepajo za obdobje 20 do 25 let oz. tudi do 30 let (Creti & Villeneuve, 2005: 76).

3. Pogodbe s klavzulo »vzemi ali plačaj« v zakonodaji EU

Klavzule »vzemi ali plačaj« izrecno omenja Direktiva 2009/73/ES z dne 13. julija 2009 o skupnih pravilih notranjega trga z zemeljskim plinom in o razveljavitvi Direktive 2003/55/ES⁵ (v nadaljevanju: Direktiva 2009/73), ki je bila tudi implementirana v slovenski EZ.⁶ Eno temeljnih načel Direktive

⁴ Uradni list RS, št. 79/1999, 8/2000, 50/2003, 51/2004, 118/2006, 70/2008, 22/2010, 37/2011, 10/2012 in 94/2012.

⁵ UL L 211, 14. 8. 2009, str. 94.

⁶ Omeniti je treba, da zoper Republiko Slovenijo poteka tožba pred Sodiščem EU, v kateri Komisija EU zatrjuje, da Slovenija ni ustrezno izvedla te direktive v svoj pravni red (gl. visečo

2009/73 je omogočiti dostop do plinskih transportnih sistemov. V skladu s členom 32 Direktive 2009/73 mora imetnik omrežja omogočiti vsem dobaviteljem dostop do njegovega plinskega sistema brez diskriminacije. Člen 35 Direktive 2009/73 pa določa, da lahko podjetje zavrne dostop do svojega sistema zaradi pomanjkanja zmogljivosti ali če bi jim dostop do sistema preprečil izvajanje obveznosti javnih storitev ali zaradi resnih ekonomskih in finančnih težav s pogodbami »vzemi ali plačaj«. To odstopanje je za klavzule »vzemi ali plačaj« podrobneje določeno s členom 48 Direktive 2009/73. Možnost odstopanja nakazuje na to, da tovrstne klavzule v pravu EU niso *per se* prepovedane, vsaj kar zadeva zakonodajalca (Talus, 2011: 288, Polkinghorne, 2013: 5). Drugo vprašanje pa je, ali so skladne s pravili konkurenčnega prava EU, konkretno s členom 101 in 102 PDEU, in če, v kakšnih okoliščinah, kar je analizirano v nadaljevanju.

Kot izhaja iz člena 48 Direktive 2009/73, je tudi zakonodajalec EU sprejel pogodbo, sklenjeno s klavzulo »vzemi ali plačaj«, kot možnost, ki bo skladna z direktivo in s tem s pravnim sistemom EU. Takšna klavzula je dovoljena z upoštevanjem kriterijev iz člena 48(3) Direktive 2009/73 (in to so hkrati tudi okoliščine, ki jih je pri dopustnosti tovrstnih klavzul potrebno upoštevati). Pri tem je treba izhajati iz cilja Direktive 2009/73, v okviru katerega je bil ta člen sprejet. Ta cilj izhaja iz točke 42 preambule Direktive 2009/73, ki določa, da dolgoročne pogodbe še naprej ostajajo pomemben element pri oskrbi držav članic s plinom in da jih je treba ohraniti kot eno od možnosti, ki so na voljo dobaviteljem plina, če ne izpodkopavajo ciljev direktive, vključno s predpisi o konkurenci. Pristop zakonodajalca EU k pogodbam s klavzulami »vzemi ali plačaj« je torej takšen, da kupci, ki bi se soočali z resnimi gospodarskimi finančnimi težavami zaradi svojih obveznosti po tej klavzuli, lahko pošljejo zahtevo za začasno odstopanje od člena 32 Direktive 2009/73; to pa je določba, ki jim omogoča, da imajo dostop do prenosnega in distribucijskega omrežja. Direktiva 2009/73 torej ne določa nedopustnosti klavzule »vzemi ali plačaj«, temveč na podlagi dokazov o resnih gospodarskih in finančnih težavah odjemalca omogoča, da ta doseže izjemo. Ko Komisija EU odloča o možnostih izjeme, upošteva okoliščine, kot so: cilj zagotoviti konkurenčni trg

zadevo 9/13, Komisija proti RS). EZ ne ureja prenosa člena 48 Direktive 2009/73, čeprav gre za normo, ki potrebuje tako transpozicijo kot tudi implementacijo. V odsotnosti možnosti oz. pravno regulirane dopustnosti, da takšne pogodbe s klavzulo »vzemi ali plačaj« obstajajo, je treba opozoriti tudi na ta vidik, kajti država ali njeni organi (ki delujejo *de iure imperii*, torej oblastno) ne smejo zahtevati uporabe nacionalnega prava v tistih primerih, ko se primarno uporabi pravo EU, ki se od nacionalnega razlikuje. Uporabi se pravilo *estoppel* (ali tudi načelo *venire contra factum proprium*), ki pomeni, da se država ne more sklicevati na lastno napako in zahtevati spoštovanje nacionalnega prava, če bi to določalo oz. urejalo neko vprašanje drugače, če bi bila direktiva pravilno implementirana (gl. zadevo C-208/90, Emmott, ZOdl. 1991, str. I-4269, in Craig, de Burca, 2003: 241–242).

s plinom, potrebo izpolniti obveznosti javnih storitev in zagotoviti zanesljivost oskrbe, položaj podjetja plinskega gospodarstva na trgu s plinom in dejansko stanje konkurence na tem trgu, resnost gospodarskih in finančnih težav, s katerimi se soočajo podjetja plinskega gospodarstva in podjetja za prenos ali upravičeni odjemalci, datume podpisov in pogoje takšne pogodbe ali pogodb, vključno z obsegom, v katerem ti pogoji omogočajo upoštevanje sprememb na trgu, opravljena prizadevanja pri iskanju rešitev problema, obseg resnih verjetnih težav, ki bi jih podjetje ob prevzemu obveznosti vzemi ali plačaj, ob upoštevanju določb te direktive, lahko razumno predvidelo, raven povezanosti sistema z drugimi sistemi in stopnjo usklajenosti obratovanja teh sistemov, ter učinke odobritve odstopanja na pravilno uporabo Direktive 2009/73 glede nemotenega delovanja notranjega trga z zemeljskim plinom.

Kot pojasnjuje *Talus*, je cilj te derogacije varstvo že delujočih tržnih subjektov pred nerazumnimi posledicami sprememb oz. paradigme »*from state to market*«. Teorija tudi opozarja, da bi eliminacija klavzule »vzemi ali plačaj« pomenila odvzem glavnega temelja, na podlagi katerega so te pogodbe sklenjene (*Talus*, 2011: 288). To pa bi zahtevalo popolnoma nov mehanizem, s katerim bi se sploh uvažal plin v EU in EU bi najprej morala takšen mehanizem razviti. Zaradi možnih negativnih učinkov so torej klavzule »vzemi ali plačaj« veljavne, čeprav ostajajo komercialno občutljivo vprašanje, kajti še vedno pomenijo poglobljeno orodje za zagotavljanje varnosti dobav in oskrbe s plinom. Z razvojem energetskega trga po letu 2008 se vprašanje klavzul »vzemi ali plačaj« manjša zaradi vse več tržnih subjektov, ki poslušajo s kratkoročnimi pogodbami.

4. Konkurenčnopравни vidiki pogodb s klavzulo »vzemi ali plačaj«

4.1. Uvodno

Kar zadeva skladnost klavzule »vzemi ali plačaj« s členoma 101 in 102 PDEU, je treba najprej kratko pojasniti samo vsebino navedenih dveh členov. Člen 101(1) PDEU prepoveduje sporazume, sklepe podjetniških združenj in usklajena ravnanja med podjetji, ki imajo za cilj ali učinek omejevanje konkurence na trgu. Namen tega člena je preprečiti, da bi podjetja odločitve glede ravnanja na trgu sprejemala v sodelovanju. Izjemnega pomena je člen 101(3) PDEU, ki določa t. i. izjemo od prepovedi omejevanja konkurence, ki se uporabi, če pozitivni učinki, ki izhajajo iz sporazuma, pretehtajo njegove negativne učinke. V takem primeru sporazum ni prepovedan in ničen. V zvezi z izjemami od prepovedani omejevanja konkurence je treba opozoriti tudi na t. i. skupinske izjeme od prepovedi omejevanja konkurence, ki iz prepovedi

omejevanja konkurence izvzemajo cele kategorije sporazumov in so določene v posameznih uredbah Komisije EU. Skupinsko izjemo za vertikalne sporazume določa Uredba Komisije 330/2010 z dne 20. aprila 2010 o uporabi člena 101(3) Pogodbe o delovanju Evropske unije za skupine vertikalnih sporazumov in usklajenih ravnanj⁷ (v nad.: Uredba 330/2010). Čeprav se Uredba 330/2010 uporabi šele v primeru, da vertikalni sporazum omejuje konkurenco po členu 101(1) PDEU, sta njena vloga in pomen v praksi daljnosežnejša. Podjetja skupinske izjeme pogosto uporabljajo tudi za vodilo, da sporazum ne omejuje konkurence. Če namreč vertikalni sporazum sodi v obseg skupinske izjeme, je ta dopusten, ne glede na oceno njegovih morebitnih negativnih oz. protikonkurenčnih učinkov, ki jih v danem primeru sploh ni treba ugotavljati oz. analizirati (gl. Whish, 2009: 618). Naj dodamo še, da Uredba 330/2010 temelji na načelu, da je dopustno vse, kar ni izrecno prepovedano. Kombinacija vseh teh jamstev v Uredbi 330/2010 omogoča podjetjem, da natančno vedo, katere so klavzule oz. omejitve, ki se jim morajo izogniti (Wijckmans, 2011: 12–13).

Člen 102 PDEU pa prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja podjetja.⁸ V tem primeru gre torej za enostransko ravnanje podjetja s posebnim položajem na trgu, tj. položajem izjemno velike tržne moči. Posledično imajo taka podjetja večjo odgovornost, saj je konkurenca na trgih, na katerih delujejo, že tako oslABLJENA. Ta določba sicer ne določa izjem od prepovedi zlorabe prevladujočega položaja, so pa se v praksi razvili posebni t. i. objektivno opravičljivi razlogi (zlasti so to učinkovitosti, ki izhajajo iz ravnanja podjetja s prevladujočim položajem⁹), zaradi katerih je ravnanje podjetja dopustno, čeprav ima konkurenčno omejevalni učinek. Upoštevati je torej treba, da vsako ravnanje podjetja s prevladujočim položajem ne pomeni tudi zlorabe prevladujočega položaja. Pri oceni tega se morajo upoštevati objektivno opravičljivi razlogi za določeno ravnanje podjetja s prevladujočim položajem. Kot zloraba se šteje predvsem tisto ravnanje podjetij, ki ne temelji na njihovi ekonomski učinkovitosti. Če torej lahko podjetje s prevladujočim položajem strankam prodaja blago po precej nižjih cenah in so nižje cene upravičene na podlagi zmanjšanja stroškov zaradi ekonomije obsega,¹⁰ ekonomije

⁷ UL L 102, 23. 4. 2010, str. 1–7.

⁸ To je položaj take moči podjetja, ki mu omogoča, da v veliki meri ravna neodvisno od kupcev, konkurentov in potrošnikov (zadeva 27/76, United Brands Company in United Brands Contintental BV proti Komisiji, ZOdl. 1978, str. 207, zadeva 85/76, Hoffmann-La Roche proti Komisiji, ZOdl. 1979, str. 461, in druge).

⁹ Gl. Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj (UL C 45, 24. 2. 2009, stran 1–7; v nad.: Navodila glede člena 102 PDEU).

¹⁰ Pojav, ko povprečni stroški proizvodnje upadajo pri določenem obsegu, ko se proizvodnja povečuje (če neka oseba proizvede eno dobrino, mora ta pokriti vse stroške ustanovitve in

povezanosti¹¹ ali podobnega, ne gre za zlorabo. Objektivno opravičljivi razlogi pa so lahko tudi tisti, ki temeljijo na poslovnih razlogih (npr. stranka ni plačilno sposobna ali ne izpolnjuje svojih pogodbenih obveznosti), ali pa zdravstveni, varnostni ali drugi utemeljeni razlogi.¹²

Klavzula »vzemi ali plačaj« s klasično vsebino, po kateri mora kupec plačati pogodbeno količino plina v vsakem primeru, četudi je ni prevzel, z vidika konkurenčnega prava kot taka pravzaprav ni sporna in ne omejuje konkurence. Komisija EU zgolj in posebej o klavzuli »vzemi ali plačaj« ni odločala, je pa o tem leta 2010 odločal nemški konkurenčni organ (Talus, 2011: 275). Vsebovana je bila v pogodbi, sklenjeni na spodnjem vertikalno povezanem trgu. Odločil je, da klavzula »vzemi ali plačaj« v taki pogodbi o prodaji plina sama po sebi ni sporna z vidika konkurenčnega prava. Problematična pa lahko postane v primeru kombinacije z dolgoročnimi pogodbami o dobavi plina, kar je zelo pogosto, kot smo navedli že zgoraj, ali pa v kombinaciji s kakšnimi drugimi pogodbenimi klavzulami oz. obveznostmi, kot so npr: prepoved nadaljnje prodaje, teritorialne omejitve, omejitve glede rabe predmeta pogodbe, klavzule o razdelitvi dobička, redukcijske klavzule in druge podobne klavzule.

3.2. Klavzula »vzemi ali plačaj« in prepoved nadaljnje prodaje

Pogodba o dobavi plina lahko poleg klavzule »vzemi ali plačaj« vsebuje tudi klavzulo glede omejitve prodaje, v skladu s katero mora kupec plin uporabiti za svoje lastne potrebe in ga ne sme prodajati tretjim osebam oz. se lahko tem osebam proda le s pisnim dovoljenjem dobavitelja, ki mora biti dano pred prodajo tretji osebi.

O tovrstnih omejitvah v pogodbi, ki pa je vključevala tudi klavzulo »vzemi ali plačaj«, je odločal nemški konkurenčni organ leta 2010 (gl. Talus, 2011: 275). Člen 101 PDEU prepoveduje sporazume, sklepe podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki imajo vpliv na trgovino med državami članicami in katerih cilj ali učinek je omejevanje konkurence. Razlika med ciljem in učinkom omejevanja konkurence je v tem, da pri sporazumih, ki že po cilju omejujejo konkurenco, dokazovanje kakršnihkoli protikonkurenčnih učinkov

delovanja tovarne, če proizvede 100.000 dobrin, pa se stroški razpršijo na vseh 100.000 in ne zgolj na eno dobrino).

¹¹ Pojav, ko je z manjšimi stroški mogoče proizvajati dvoje ali več dobrin skupaj, kot pa vsako posebej. Najbolj običajen primer je uporaba skupnega produkcijskega faktorja. Na primer, za proizvodnjo volne in ovčjega mesa je potrebna ovca. Zato ni optimalno, da ima podjetje obrate, ki so specializirani za proizvodnjo posamezne dobrine.

¹² Gl. tč. 28–31 Navodil glede člena 102 PDEU.

ni potrebno, ker se ti domnevajo. Uredba 330/2010 v členu 4 našteva klavzule, katerih prisotnost v sporazumu oz. pogodbi prepreči uporabo skupinske izjeme za celoten sporazum in za katere je značilno, da že po cilju omejujejo konkurenco. To so klavzule, ki imajo dokazano protikonkurenčni učinek. Med temi klavzulami v členu 4 Uredbe 330/2010 je tudi prepoved nadaljnje prodaje, pri čemer pa je treba opozoriti, da vse prepovedi nadaljnje prodaje niso prepovedane. Člen 4(b) Uredbe 330/2010 določa, da se skupinska izjema ne uporabi za sporazume, katerih namen je, neposredno ali posredno, samostojno ali v kombinaciji z drugimi dejavniki pod nadzorom pogodbenic omejitev odjemalcev, katerim kupec lahko prodaja z izjemo omejitve sedeža njegovega podjetja. V zvezi s to prepovedjo pa obstajajo tudi izjeme. Posledično so dopustne omejitve aktivne prodaje¹³ izključni skupini odjemalcev, ki si jo je pridržal dobavitelj ali jo je dodelil drugemu kupcu, omejitve prodaje končnim uporabnikom, naložene kupcu, ki deluje na stopnji veletrgovine, omejitve prodaje nepooblaščenim distributerjem s strani članov selektivnega distribucijskega sistema na ozemlju, ki ga je dobavitelj določil za uporabo tega sistema in pa omejitev kupca glede prodaje sestavnih delov (člen 4(b)(i)(ii)(iii) in (iv) Uredbe 330/2010).

Klavzula o prepovedi nadaljnje prodaje je bila predmet presoje tudi v zadevi *Distrigaz*¹⁴ v skladu s katero so se kupci zavezali, da uporabijo plin za lastne potrebe in ne za namene nadaljnje prodaje. Zaradi ukrepanja Komisije EU se jih je podjetje *Distrigaz* zavezalo¹⁵ umakniti iz pogodb, obenem pa se je zavezalo tudi, da takih klavzul ne bo vključevalo v nove pogodbe. V zadevi

¹³ Pojma aktivne in pasivne prodaje pojasnjujejo Smernice o vertikalnih omejitvah v tč. 51. Aktivna prodaja pomeni aktivno nagovarjanje posameznih odjemalcev ali aktivno nagovarjanje posebne skupine odjemalcev (na primer s pošiljanjem neželene elektronske pošte ali z obiski) ali pa odjemalcev na določenem ozemlju z oglaševanjem v medijih, prek interneta ali z drugimi promocijskimi akcijami, ki so posebej usmerjene na zadevno skupino odjemalcev ali namenjene odjemalcem na zadevnem ozemlju. Kot aktivna prodaja se prav tako obravnavata oglaševanje ali promocija, ki sta za kupca privlačna samo, če (hkrati) dosejata posebno skupino odjemalcev ali odjemalce na posebnem ozemlju. Pasivna prodaja pa je odzivanje na nenaročene zahteve posameznih odjemalcev, vključno z dostavo blaga ali storitev takim odjemalcem. Splošno oglaševanje ali promocija, ki sicer dosežeta odjemalce na (izključnem) ozemlju drugega distributerja ali njegove (izključne) skupine odjemalcev, vendar sta smiselni način za doseganje odjemalcev zunaj zadevnih ozemelj ali skupin odjemalcev, na primer odjemalcev na lastnem ozemlju, štejeta kot pasivna prodaja. Splošno oglaševanje ali promocija se štejeta za smiselni način za doseganje takih odjemalcev, če bi bilo za kupca zanimivo, da opravi te naložbe, četudi ne bi dosegla odjemalcev na (izključnem) ozemlju drugega distributerja ali njegove (izključne) skupine odjemalcev. Uredba 330/2010 določa zgolj prepoved pasivnih, ne pa tudi aktivnih prodaj.

¹⁴ Zadeva COMP/37966.

¹⁵ O taki možnosti gl. v členu 9 Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL L 1 4. 1. 2003, str. 1–25).

*Long-term contracts France*¹⁶ pa se je podjetje s prevladujočim položajem zavezalo enako kot podjetje Distrigas, dodatno pa še, da bo omogočilo nadaljnjo prodajo elektrike svojim kupcem tako, da bo dovolilo izbiro alternativnega dobavnega mesta. S tem je Komisija EU enako obravnavala omejitve nadaljnje prodaje, naložene kupcem, katerih nadaljnja prodaja je njihova primarna dejavnost, in kupci, ki predvsem uporabljajo proizvod kot sestavni del oz. surovino za proizvodnjo drugega proizvoda (Kjølbye, 2011: 276).

3.3. Klavzula »vzemi ali plačaj« in teritorialne omejitve

Klavzule o teritorialnih omejitvah prepovedujejo kupcu prodajo plina zunaj pogodbenega območja. Primeri takih klavzul so: »Prepoved izvoza uvoženega proizvoda« ali »Proizvod je namenjen porabi v državi A« ali »Kupec se zaveže prodati proizvod le v državi A« (Faull & Nikpay, 2007: 1406). Pogosto se pojavljajo v distribucijskih in prodajnih pogodbah. V industriji energetike so lahko tudi del prevoznih pogodb ali pogodb o zagotavljanju storitev in drugih pogodb. Poudarja se tudi, da so omejitve prodaje druga največja kategorija vertikalnih omejitev, ki so zlasti relevantna v sektorju energetike (Kjølbye, 2011: 267).

Učinek klavzul o teritorialnih omejitvah je, da dobavitelju omogočijo zaračunavanje različnih cen in posledično diskriminatorno obravnavanje. Tudi te klavzule so v vertikalnih razmerjih prepovedane v členu 4 Uredbe 330/2010 kot klavzule, ki po cilju omejuje konkurenco. Člen 4(b) določa prepoved klavzul, ki imajo neposredno ali posredno za cilj omejitev območij, na katerih lahko kupec prodaja blago oz. zagotavlja storitve. Enako kot v primeru prepovedi nadaljnje prodaje, pa tudi pri teritorialnih omejitvah obstajajo izjeme od te prepovedi, kar posledično pomeni, da so nekatere teritorialne omejitve tudi dopustne.

Komisija EU je v preteklosti v zvezi s teritorialnimi omejitvami ukrepala proti proizvajalcem plina v pogodbah z evropskimi uvozniki, ki so smeli dobavljati plin le v točno določeni državi članici. Cilj teh omejitev je bil omejitev uvoznikovih tržnih dejavnosti na državo članico, v kateri so bili ustanovljeni in v kateri so nadzorovali plinsko omrežje. Ker je večina proizvajalcev uporabljalo take klavzule, je to imelo za posledico omejitve konkurence pri uvoznikih plina. Komisija EU je opravila preiskavo pri ruskih, alžirskih in nigerijskih proizvajalcih plina, Gazprom, Sonatrach in NLNG v zvezi s teritorialnimi omejitvami v njihovih pogodbah z uvozniki. Vendar pa v teh

¹⁶ Zadeva COMP/39.386.

primerih Komisija EU ni sprejela odločitve o prepovedi omejevanja konkurence po členu 101(1) PDEU, kar je bilo v nasprotju z njeno preteklo prakso, ampak je pozvala podjetja, da se zavežejo, da v novih pogodbah ne bodo vključevali klavzul o teritorialnih omejitvah ali klavzul s podobnim učinkom. Kar zadeva obstoječe pogodbe, pa je podjetja pozvala, da klavzule o teritorialnih omejitvah umaknejo iz pogodb. Proizvajalci so tako imeli priložnost, da poiščejo komercialno rešitev konkurenčnega problema (Kjølbye, 2011: 269 in 270).

Pogodbene stranke se pogosto želijo tem klavzulam izogniti z vključitvijo drugih, ki lahko prav tako vodijo do enakega rezultata. Primer tega je mehanizem delitve dobička (profit-splitting mechanism) in omejitve glede rabe predmeta pogodba. Prvi omogoča dobavitelju oz. prodajalcu, da nadzira ali vpliva na odločitve kupca o nadaljnji prodaji, ker mora kupec dati prodajalcu del prihodka pri prodaji zunaj dogovorjenega območja (več o tem gl. pri Kjølbye, 2011: 272–275). Omejitve glede uporabe pa omejujejo kupčevo možnost glede odločanja o rabi predmeta pogodbe, kar npr. pomeni, da se plin, ki je prodan proizvajalcu elektrike, ne more uporabiti za druge namene (Talus, 2011: 281).

3.4. Klavzula »vzemi ali plačaj« in redukcijska klavzula

Redukcijska klavzula je pogodbeno določilo, s katerim pogodbeni stranki zmanjšata oz. spremenita obseg obveznosti v zvezi s klavzulo »vzemi ali plačaj«. Gre za t. i. nujni mehanizem prilagajanja (necessary adjustment mechanism). Kupec, ki je običajno veletrgovec, se napram dobavitelju zaveže zmanjšati nakup letne količine plina, če prične dobavitelj dobavljati na trgu, ki je pridržan za kupca. Taka klavzula zmanjša spodbudo dobavitelja po prodaji vsem drugim kupcem. Dobavitelj bo zainteresiran za prodaje drugim kupcem, če bodo novi kupci plačali ceno, ki je višja od cene, ki jo plačuje obstoječi kupec. Na drugi strani pa tudi novi kupec ne bo sklenil sporazuma z dobaviteljem, če ta ne bo prodajal po nižji ceni¹⁷ (Faull & Nikpay, 2007: 1422).

V zadevi *DONG/DUC*¹⁸ sta se stranki dogovorili, da prilagodita sporazum o dobavi plina in s tem klavzulo »vzemi ali plačaj«, če DUC prične prodajati plin na Danskem. Komisija EU je menila, da ima redukcijska klavzula podoben učinek kot ekskluzivna klavzula, tj. preprečiti dobavitelju (v danem primeru podjetju DUC) vstop na spodnje vertikalno povezane trge ali pa

¹⁷ Omenimo naj, da pri plinu obstaja predvsem cenovna konkurenca.

¹⁸ Zadeva IP/03/566.

povzročiti, da neposredne prodaje na te trge postanejo zanj manj privlačne. V danem primeru je bilo tako ravnanje nesprejemljivo, ker je imel kupec (podjetje DONG) prevladujoč položaj (Schnichels & Valli, 2003). Komisija EU je o redukcijski klavzuli odločala tudi v zadevi *EdF Trading/Wingas*,¹⁹ ki pa se ni našala na kupca s prevladujočim položajem oz. znatno tržno močjo. Ugotovila je, da bi redukcijska klavzula omogočila dobavitelju prodajo plina nekaterim družbam (predvsem tistim s tržno močjo), drugim pa ne, kar je štela za diskriminatorno ravnanje.

3.5. Klavzula »vzemi ali plačaj« in dolgoročne ekskluzivne pogodbe

Že zgoraj je bilo omenjeno, da se klavzula »vzemi ali plačaj« pogosto pojavlja v dolgoročnih pogodbah, ki pa so ponavadi tudi ekskluzivne oz. izključne. Direktiva 2009/73 ne prepoveduje sklepanja dolgoročnih pogodb, niti pogodb z klavzulo »vzemi ali plačaj«, vendar pa v členu 32(3) določa, da morajo te izpolnjevati tudi prepise EU o konkurenci.

S klavzulo o izključnem nakupu se kupec zaveže v določenem časovnem obdobju vse svoje nakupe ali pa znatni del svojih nakupov opraviti pri enem dobavitelju. V prvi vrsti se postavlja vprašanje, kaj se šteje za znatni del vseh nakupov kupca. Smernice o vertikalnih omejitvah navajajo, da je to primer, ko mora kupec več kot 80 % svojih nakupov opraviti pri enem dobavitelju.²⁰ Pri tem z vidika konkurenčnega prava ni pomembno, ali je izključnost posledica pravne (de iure) podlage ali pa je nastala na dejanski (de facto) podlagi. Pomembno je le, da mora kupec opraviti vse ali večino svojih nakupov pri določenem dobavitelju. Izključnost je lahko posledica rabatne sheme, pri kateri je pridobitev rabata pogojena z zahtevo po nakupu celotnega zemeljskega plina pri dobavitelju, ali posledica tega, ker tehnično ni možno ali pa ekonomsko ni smiselno kupovati od drugega dobavitelja (Kjølbye, 2011: 236). V zadevi *DistriGas* je Komisija EU menila, da so lahko le zelo veliki kupci z letnim nakupom plina, ki je presegal 500 GWh, kupovali pri več kot enem dobavitelju. Posledično so se pogodbe z drugimi kupci, ki so vsebovale minimalno obveznost nakupa, šteje za *de facto* izključne.²¹

Dolgoročne pogodbe so sicer prisotne na vseh stopnjah trgovine, pri čemer pa se na spodnjem vertikalno povezanem trgu pojavljajo v kombinaciji z

¹⁹ Zadeva IP/02/1293.

²⁰ Tč. 129 Smernic o vertikalnih omejitvah.

²¹ Dodamo naj, da je Komisija EU v zadevi COMP/39.386 – Long-term contracts France, ki se ni nanašala na dobavo zemeljskega plina, ampak na dobavo elektrike, menila, da lahko imajo vse kategorije industrijskih odjemalcev elektrike več kot enega dobavitelja (gl. Kjølbye v Jones [ur.], 2011: 236).

obveznostjo kupca po izključnem nakupu (Faull & Nikpay, 2011: 1412–1413). Temeljni problem dolgoročnih ekskluzivnih pogodb se v konkurenčnem pravu kaže v učinku omejevanja dostopa na trg. Kupci plina so vezani na določenega dobavitelja plina z dolgoročno pogodbo, kar zmanjšuje, lahko pa tudi izključuje, možnost zamenjave dobavitelja v pogodbeno dogovorjenem roku. Take pogodbe so torej lahko problematične v okviru člena 101 PDEU, prav tako pa tudi v okviru člena 102 PDEU, če ima dobavitelj prevladujoč položaj.

Komisija EU je o dolgoročnih pogodbah odločala v več primerih,²² najpomembnejši med njimi je primer *Distrigaz* iz leta 2007,²³ ki je zadeval spodnji vertikalno povezani trg plina. Na tem mestu naj omenimo, da se trajanje pogodbe računa od dneva prve načrtovane dostave do dneva načrtovane zadnje dostave blaga. Pri tem se pogodbe, ki ne določajo zadnje načrtovane dostave, štejejo za pogodbe, sklenjene za nedoločen čas.²⁴ Enako velja za molče podaljšanje pogodbe²⁵ in za pogodbo s t. i. angleško klavzulo, po kateri lahko dobavitelj kupcu proda predmet pogodbe po ceni, ki jo zaračunava konkurenčni dobavitelj, preden kupec zamenja dobavitelja (Talus, 2011: 272). Tudi te pogodbe se ne morejo obravnavati kot kratkoročne pogodbe, ker ima dobavitelj možnost odločiti o podaljšanju pogodbe s kupcem (Faull & Nikpay, 2007: 1415). Dodati je treba, da se kot kratkoročne pogodbe v vseh industrijskih sektorjih obravnavajo vsaj tiste, ki ne trajajo več kot eno leto.²⁶

Dolgoročne pogodbe o dobavi plina niso *per se* prepovedane, je pa treba njihov vpliv preučiti od primera do primera z upoštevanjem številnih dejavnikov oz. elementov: pogodbene količine, določene v individualni ekskluzivni pogodbi, trajanja pogodbe, kumulativnih učinkov mrež takih pogodb, učinkovitosti oz. koristi, ki izhajajo iz pogodbe, nakupne moči, narave kupca in vstopnih ovir. To pomeni, da dolgoročne pogodbe o dobavi plina po cilju ne omejujejo konkurence, zaradi česar je treba preučiti njihov učinek na konkurenco na individualni ravni (gl. tudi Glachant & de Hauteclocque, 2009; Neuhoﬀ & von Hirschhausen, 2005).

²² Primer COMP/37.542 – Gas Natural, E.ON Ruhrgas (Talus, 2011: 271), COMP/B-1/38348 – Repsol in Synergen (Press Release, Commission clears Irish Synergen Venture between ESB and Statoil Following Strict Commitments (IP/02/792) z dne 31. 5. 2002.

²³ COMP/B-1/37966.

²⁴ Smernice o vertikalnih omejitvah, tč. 66.

²⁵ Glej DG Competition report on energy sector inquiry (SEC(2006)1724, 10 January 2007), tč. 785.

²⁶ Smernice o vertikalnih omejitvah, tč. 133.

V skladu z določbami skupinske izjeme za vertikalne sporazume te pogodbe ne bodo problematične, če dobavitelj ne bo presegal 30-odstotnega tržnega deleža na upoštevem trgu, na katerem prodaja plin, in če kupec ne bo presegal 30-odstotnega tržnega deleža na upoštevem trgu, na katerem kupuje plin (člen 3 Uredbe 330/2010). V primeru, da dobavitelj ali kupec presejata navedeno mejno tržno vrednost, pa se ocena oz. analiza pogodbe mora opraviti z upoštevanjem dejavnikov, ki so bili navedeni zgoraj.

V praksi je pogodbeni količina, s katero je vezan kupec, skupaj s trajanjem pogodbe, najpomembnejši dejavnik pri oceni dolgoročnih pogodb s pravili konkurenčnega prava. Take pogodbe določajo tudi izključnost, kot smo navedli že zgoraj, ki od kupca na primer zahteva, da opravi vse ali pa velik del nakupov pri enem samem prodajalcu. Pri oceni dejavnika pogodbene količine je pomembno upoštevati številne dejavnike, kot so: količina v razmerju do celokupnega povpraševanja kupca, količina v razmerju do celotne količine, ki jo prodaja dobavitelj, količina v razmerju do celotne količine na trgih in razliko med količino, ki se dostavi, in dogovorjeno količino. Ta razlika je pomembna, ker klavzule »vzemi ali plačaj« običajno omogočajo določeno stopnjo fleksibilnosti (Talus, 2011: 271).

V zadevi *E.ON Ruhrgas*,²⁷ ki je sicer ni obravnavala Komisija EU, ampak nemški konkurenčni organ²⁸ v zvezi s kršitvijo člena 101 in 102 PDEU, so bili postavljeni pragovi dopustnosti oz. nedopustnosti pogodb glede pogodbene količine in trajanja, pri čemer so bili v tem primeru problematični tudi mrežni učinki podobnih sporazumov. Odločil je, da pogodbe o dobavi plina, ki trajajo več kot dve leti in pokrivajo 80 % vseh kupčevih nakupov, niso dopustne. Enako se kot protikonkurenčne obravnavajo pogodbe, ki trajajo več kot štiri leta in ki pokrivajo več kot 50 % vseh kupčevih nakupov. Kot skladna s pravili konkurenčnega prava pa se je obravnavala pogodba, ki je trajala manj kot dve leti in v skladu s katero je moral kupec opraviti več kot 80 % vseh svojih nakupov pri prodajalcu.

V zadevi *Distriqaz* je Komisija EU analizirala tovrstne pogodbe v okviru zlorabe prevladujočega položaja, torej člena 102 PDEU. Pri tem je upoštevala, da ima kupec v nekem časovnem obdobju zgolj enega prodajalca, zaradi česar je konkurenca za ostale prodajalce možna le s sklenitvijo novega sporazuma. V taki situaciji lahko dolgoročne pogodbe vodijo do omejevanja dostopa na trg in s tem do omejevanja konkurence. Komisija EU je še zlasti ugotovila, da bi imelo več tovrstnih pogodb na trgu lahko tovrstni učinek

²⁷ Primer B.8-113/03-1 z dne 13.1.2006.

²⁸ Poudariti pa je treba, da je nemški konkurenčni organ odločitev v tej zadevi sprejel v tesnem sodelovanju s Komisijo EU.

(mrežni učinki enakih ali podobnih pogodb). Mrežni učinki niso relevantni, če ima največji dobavitelj tržni delež, ki je manjši od 30% in je skupni delež petih največjih dobaviteljev pod 50%.²⁹ Poudarja pa se, da ta domneva ne izključi omejitev dostopa na trg na mnogih energetskih trgih, ker so mnogi od teh trgov v EU koncentrirani (Kjølbye, 2011: 237).

Iz zadeve *Distrigaz* izhajajo še druge pomembne ugotovitve, ki lahko prav tako služijo kot smernice pri oceni tovrstnih pogodb. V skladu z zavezami, ki jih je sprejelo podjetje *Distrigaz*, le-to ni smelo skleniti pogodbe o dobavi plina s preprodajalci, ki bi trajala več kot dve leti, in nobene nove pogodbe z industrijskimi odjemalci ali proizvajalci elektrike v trajanju več kot pet let. Poleg tega je podjetje smelo le 30 % celotne prodajne količine vezati z dolgoročnimi pogodbami v trajanju več kot leto dni, pri čemer dolgoročne pogodbe s preprodajalci niso smele trajati več kot dve leti, z industrijskimi uporabniki in proizvajalci elektrike pa so lahko trajale le do pet let.

Prav tako se poudarja, da Komisija EU pogodb, ki so sklenjeni med podjetji, ki nimajo prevladujočega položaja in ki trajajo manj kot eno leto, ne obravnava kot dolgoročnih pogodb, ki bi imele učinek omejevanja dostopa na trg, medtem ko pogodbe, ki trajajo več kot pet let, redko vodijo do učinkovitosti, ki bi pretehtale učinek omejevanja dostopa na trg. Za pogodbe, ki trajajo več kot eno leto in manj kot pet let, pa je treba opraviti oceno dejanskega primera, pri čemer je treba upoštevati stopnjo vezanosti kupcev glede njihovega povpraševanja, tržne moči dobavitelja in druge dejavnike.³⁰

Kar zadeva izključne pogodbe, ki jih sklepa podjetje s prevladujočim položajem, pa Komisija EU v Navodilih glede člena 102 PDEU navaja, da na splošno ni verjetnosti omejevanja učinkovite konkurence, če lahko konkurenti enakovredno tekmujejo za celotno povpraševanje vsakega posameznika kupca. Temu seveda ni tako v primeru dolgotrajnih izključnih sporazumov, ki strankam otežijo menjavo dobavitelja. Pri tem Komisija EU poudarja, da lahko tudi kratkotrajna obveznost izključne dobave povzroči protikonkurenčne učinke, ki se kažejo v omejevanju dostopa na trg, če je podjetje s prevladujočim položajem neizogibni trgovinski partner za vse ali večino strank.³¹ Ne definira pa Komisija EU s tem v zvezi pojma kratkotrajnih obveznosti, kar bo zopet treba presojati od primera do primera in s sklicevanjem na smernice, ki so bila postavljena v zgoraj omenjenih zadevah *E. ON Rubrgas* in *Distrigaz*, pri čemer pa za sklicevanje na smernice iz

²⁹ Smernice o vertikalnih omejitvah, tč. 135.

³⁰ Tč. 133 Smernic o vertikalnih omejitvah.

³¹ Tč. 36 Navodil glede člena 102 PDEU.

teh primerov velja določena stopnja previdnosti zaradi okoliščin vsakega posameznega primera in tudi posameznega trga.

3.2. Klavzula »vzemi ali plačaj« in izključne dobave

V vertikalnih razmerjih se omejitve nujno ne pojavljajo na strani kupca, čeprav Uredba 330/2010 navaja predvsem omejitve na strani kupca, ampak tudi na strani prodajalca oz. dobavitelja. Klavzula »vzemi ali plačaj« se lahko v pogodbi npr. pojavi skupaj s klavzulo o izključni dobavi. V zvezi s tem gre s konkurenčnopravnega vidika za omejitvev na strani dobavitelja oz. prodajalca in torej ne za omejitvev na strani kupca. Klavzula o izključni dobavi pomeni, da dobavitelj plina dobavlja plin le uvozniku za določeno državo, pri čemer mu je torej prepovedana prodaja plina drugim operaterjem na dogovorjenem območju. Primera klavzul, ki vsebujejo take omejitve, sta: »Dobavitelj prodaja plin zgolj družbi A na zadevnem območju« in »Dobavitelj sme prodajati plin tudi drugim družbam na zadevnem območju, vendar zgolj s soglasjem družbe A.« (Faull & Nikpay, 2007: 1421).

Klavzule o izključni dobavi z vidika konkurenčnega prava niso problematične, če tržna deleža dobavitelja in kupca ne presegata 30 % upoštevne trga (člen 3 Uredbe 330/2010) in če ne vsebujejo dodatnih klavzul, navedenih v členu 4 Uredbe 330/2010. V primeru, da je mejni prag tržnega deleža presežen ali gre za vključitev klavzule iz člena 4 Uredbe 330/2010, pa je za ugotovitev dopustnosti sporazuma pomembna ocena dejavnikov, kot so: tržni položaj dobavitelja in njegovih konkurentov, vstopne ovire, nakupna moč, zrelost trga, stopnja trgovine itd.³² Klavzula o izključni dobavi lahko namreč ustvarja posebni problem v konkurenčnem pravu, in sicer zaprtje trga oz. omejevanje dostopa na trg. Konkurenčni kupci ne morejo kupiti zemeljskega plina od dobavitelja, ki je pogodbeno zavezan s kupcem, da dobavlja izključno njemu. Na ta način se varuje prevladujoč položaj tistega kupca, ki ima koristi zaradi take klavzule oz. pogodbe o izključni dobavi. Poleg tega pa imajo tudi učinek na dobavitelja, ker ta ne more vstopiti na spodnje vertikalno povezane trge z neposredno prodajo večjim industrijskim uporabnikom (Faull & Nikpay, 2007: 1421–1422).

³² Gl. Smernice o vertikalnih omejitvah, tč. 151 in nad.

4. Pozitivni učinki dolgoročnih pogodb s klavzulo »vzemi ali plačaj«

4.1. Uvodno

Četudi sporazumi omejujejo konkurenco po členu 101(1) PDEU so lahko izvzeti iz prepovedi omejevanja konkurence, ker ustvarjajo pozitivne učinke (npr. nižja cena proizvodov, boljša kakovost proizvodov, večja izbira, inovacije itd.), ki pretehtajo negativne. Tako tehtanje pozitivnih in negativnih učinkov dopušča člen 101(3) PDEU, ki določa t. i. izjeme od prepovedi omejevanja konkurence. V konkretnem primeru morajo biti pozitivni učinki tako pomembni, da je zaradi njih vredno žrtvovati svobodno konkurenco (Zabel, 1999: 63). Dokazno breme nosi podjetje, ki se na te pogoje oz. izjemo sklicuje (četrti odstavek 6. člena ZPOmK-1). Čeprav člen 102 PDEU tega izrecno ne določa, so tudi določena enostranska ravnanja lahko izvzeta iz zlorabe prevladujočega položaja zaradi obstoja objektivno opravičljivih razlogov.

Ker namen tega prispevka ni natančna analiza člena 101(3) PDEU, podajamo le ključne vsebine, ki so potrebne za samo razumevanje problematike.

4.2. Pogoji za uporabo člena 101(3) PDEU

Pogoji, ki morajo biti izpolnjeni, da omejevalni sporazum izrabi ugodnost izjeme od prepovedi omejevanja konkurence iz člena 101(3) PDEU, so:³³

1. Sporazum prispeva k izboljšanju proizvodnje ali razdelitve dobrin ali pospešuje tehnični in gospodarski razvoj.

To pomeni, da se s sporazumom ustvarjajo učinkovitosti, ki jih razvrščamo v dve širši kategoriji: stroškovne učinkovitosti, ki izvirajo predvsem iz ekonomije obsega in ekonomije povezanosti, ter kvalitativne učinkovitosti, to so novi proizvodi, proizvodi boljše kakovosti ipd.³⁴.

2. Sporazum zagotavlja potrošnikom pravičen delež doseženih koristi.

Koristi, ki se prenesejo na potrošnike, npr. večji učinek proizvoda, manjša poraba energije, znižanje cen in stroškov ipd., morajo vsaj nadomestiti vsak

³³ Več o tem gl. pri Jones in Sufirin, 2008: 269 in nad., Habermeier v Hirsch, Montag in Säcker, 2007: 671 in nad., in drugih.

³⁴ Tč. 59–72 Smernic 101(3) PDEU.

dejanski ali verjeten negativen vpliv, ki ga omejevanje konkurence povzroči, pri čemer se upoštevata celoten vpliv - in ne zgolj vpliv na posameznega potrošnika - ter določeno obdobje, v katerem se koristi realizirajo in se nanj prenesejo).³⁵

3. Sporazum ne nalaga udeležnim podjetjem omejitev, ki niso nujne za doseganje ciljev.

Izjema od prepovedi omejevanja konkurence se ne uporabi, če so omejitve konkurence v sporazumu večje, kot je potrebno, da se dosežejo koristi iz takega sporazuma; upošteva se načelo sorazmernosti³⁶).

4. Sporazum udeležnim podjetjem ne omogoča, da bi izključila konkurenco glede znatnega dela proizvodov in storitev, ki so predmet sporazuma.

Pri presoji izključitve konkurence glede znatnega dela proizvodov in storitev so pomembni tržni deleži, vendarle pa je dodatno treba opraviti tudi obsežnejše kvalitativne in kvantitativne analize).³⁷

4.3. Pozitivni učinki dolgoročnih pogodb o dobavi plina s klavzulo vzemi ali plačaj

Zagotovitev dobave plina se lahko obravnava kot učinkovitost v kontekstu člena 101(3) PDEU, ki navaja pogoje za izjemo od prepovedi omejevanja konkurence s sporazumi, sklepi podjetniških združenj in usklajenimi ravnanji. Komisija EU je v zadevi *Electrabel*³⁸ odločila, da je zagotovitev dobave lahko potencialna učinkovitost, ki izhaja iz sporazuma, ki vključuje nekonkurenčno klavzulo. Tudi zakonodajalec EU je v Aneksu II Uredbe 994/2010 z dne 20. oktobra 2010 o ukrepih za zagotavljanje zanesljivosti oskrbe s plinom in o razveljavitvi Direktive Sveta 2004/67³⁹ navedel, da dolgoročne in kratkoročne pogodbe predstavljajo ukrepe za zanesljivost oskrbe s plinom.⁴⁰ Točka 22

³⁵ Tč. 90 in 91 Smernic 101(3) PDEU.

³⁶ Primer omejitve, ki je nujno potrebna za doseganje ciljev (učinkovitosti) sporazuma, je na primer obveznost starševskih podjetij v sporazumu o raziskavah in razvoju, s katero se vzdržijo raziskav na področju, ki je zaupano njihovemu skupnemu podjetju.

³⁷ Tč. 105–116 Smernic 101(3) PDEU.

³⁸ Zadeva IP/97/351, 25.04.1997.

³⁹ UL L 295, 12.11.2010, str. 1–22.

⁴⁰ Osnovno zahtevo po kontinuirani (zanesljivi) dobavi zemeljskega plina v RS postavlja EZ. Ta v členih 32. č. 32. e in 112. členu določa obveznost zanesljive oskrbe in pri tem zahteva, da je zemeljski plin potrebno dobavljati po pravih standardov zanesljivosti dobave zemeljskega

Direktive 2009/73 zahteva oz. izhaja iz stališča, da je zahteva po varni dobavi nujen in osrednji element javne varnosti in tudi pogoj za delovanje notranjega trga. Poudarja tudi, da je varnost dobav potrebno presojati v luči dejanskih okoliščin, od primera do primera, obveznosti, ki izhajajo iz mednarodnega prava, od razpoložljive infrastrukture itd. (gl. tudi točko 33 preambule). Direktiva 2009/73 prav tako zahteva, da se stalnost dobav nadzoruje (točka 40 preambule). Poudarja pa se tudi, da je varstvo stalnih dobav temeljna zahteva javne službe in tudi temeljna zahteva omenjene direktive (točka 44 preambule Direktive 2009/73). Direktiva 2009/73 državam članicam omogoča dolgoročno planiranje (oz. ga od njih zahteva), kar pa je seveda tesno povezano z dolgoročnimi pogodbami.

Dolgoročne pogodbe prispevajo k zagotovitvi oskrbe s tem, ko podpirajo obsežne investicije proizvajalcev v iskanje, izkoriščanje in proizvodnjo plina v tretjih državah, kot tudi investicije v gradnjo povezav med »*upstream*«
plinovodi in trans-evropsko mrežo »*downstream*«. Take investicije lahko omogočijo nove vire dobave in zagotovijo obstoj obstoječih. Če so ti elementi izpolnjeni v konkretnem primeru, potem obstaja možnost, da so določene vertikalne omejitve v sporazumu, kot je npr. dolgoročna nakupna obveznost, dopustne (Kjølbye, 2011: 258).

Prav tako je učinkovitost, ki nastane pri pogodbah, sklenjenimi na spodnjem vertikalno povezanem trgu, investiranje v novo infrastrukturo, kar opravičuje bodisi večjo količino nakupa bodisi daljše trajanje pogodbe. Kot primerna učinkovitost se je obravnavala tudi podpora pri vstopu novih dobaviteljev na trg. Poudarja se, da so v takem primeru izpolnjeni pogoji za izjemo na podlagi člena 101 (3) PDEU, če dolgoročno pogodbo sklepa dobavitelj, ki prvič vstopa na trg.⁴¹ Podobno se obravnava možnost potencialnega vstopa na trg.⁴² Potencialni vstop novih igralcev na trg je bil pomemben tudi v zadevi *GFU*⁴³ in sicer v zvezi z dostopom novih kupcev proizvajalcem na zgornjem vertikalno povezanem trgu. Po mnenju Komisije EU mnogo evropskih kupcev išče nove alternativne vire dobave. Komisija EU je dosegla, da sta se dva glavna igralca strinjala, da ponudita pomembno količino plina v prodajo novih kupcem v 4-letnem časovnem obdobju. To je povzročilo zaobitev

plina. Ti standardi so zapisani v 32.e členu EZ za posebne odjemalce in določajo zahtevo zadostnih količin zemeljskega plina tudi za primere izjemnih razmer.

⁴¹ V zadevi COMP/E-4/37.732 – Synergen je 15-letna pogodba o dobavi plina omejevala konkurenco po členu 101 (1) PDEU, vendar je bila izvzeta iz prepovedi omejevanja konkurence, ker je bila to prva večja pogodba o dobavi za podjetje na Irskem, ki mu je zagotovila prisotnost na irskem trgu plina.

⁴² Tako Komisija EU v zadevi COMP/37.542 – Gas Natural.

⁴³ Zadeva COMP/36.072.

dominantnih dobaviteljev, ki so imeli sklenjene dolgoročne pogodbe (Talus, 2011: 273 in 274).

Navedene učinkovitosti so se upoštevale v okviru člena 101(3) PDEU, vendarle pa menimo, da ni razloga, da se ne bi mogla upoštevati tudi v okviru objektivno opravičljivih razlogov po členu 102 PDEU oz. 9. členu ZPOmK-1, če jih je možno izkazati in če so izpolnjeni ostali pogoji, ki jih v ta namen določa Navodilo glede člena 102 PDEU.

5. Modeli za izognitev konflikta s konkurenčnim pravom

Sporazumi, ki imajo protikonkurenčne učinke po členu 101(1) PDEU, so sicer lahko izvzeti iz prepovedi omejevanja konkurence na podlagi izjeme, določene v členu 101(3) PDEU, za kar pa morajo biti izpolnjeni v ta namen predpisani pogoji. Prav tako se lahko podjetje, ki ima prevladujoč položaj, v določenih primerih izogne kršitvi člena 102 PDEU, če za ravnanje, ki sicer omejuje konkurenco, obstajajo objektivno opravičljivi razlogi (učinkovitosti, varnostni razlogi itd.).

V literaturi pa se navajata tudi dve dodatni možnosti, ki ju imajo na razpolago dobavitelji zemeljskega plina, za izognitev potencialnih konfliktov s pravili konkurenčnega prava v zvezi s sklepanjem pogodb o dobavi zemeljskega plina. To sta t. i. *overall foreclosure* model in pogodbeni model (contractual model). Cilj obeh modelov je zagotoviti, da lahko zadostno število kupcev vsako leto zamenja dobavitelja. S tem se novim dobaviteljem omogoči sklenitev pogodbe s kupci, ki so bili prej v dolgoročnem razmerju z obstoječim dobaviteljem (Faull & Nikpay, 2007: 1419).

Po *overall foreclosure* modelu lahko dobavitelji, ki imajo veliko tržno moč sklenejo pogodbe tako, da lahko zadosten delež njihovega portfelja vsako leto učinkovito zamenja dobavitelja. Po pogodbenem modelu pa sklenejo pogodbe s krajšim trajanjem, tj. eno do dve leti, pri čemer je čas trajanja odvisen od zadevnega trga. Oba modela imata posamezne pomanjkljivosti oz. povzročata težave pri izvedbi v praksi. Težava *overall foreclosure* modela je v tem, da ni jasne opredelitve v zvezi z zadostnim deležem portfelja. Ta se verjetno nanaša na količino in ne na število kupcev (Faull & Nikpay, 2007: 1419), verjetno pa je tudi, da je vprašanje zadostnega deleža portfelja odvisno tudi od razmer na posameznih trgih. Prednost tega modela pa je velika stopnja fleksibilnosti pri sklepanju pogodb. Kot je bilo že navedeno, se za namene izognitve konfliktom s pravili konkurenčnega prava pri pogodbenem modelu pogodbe sklepajo kratkoročne. Podobna težava kot pri *overall foreclosure* modelu se pojavijo tudi pri pogodbenem modelu, ker ni jasna opredelitev oz.

razlaga kratkoročnih pogodb. Problem tega modela pa je lahko tudi ta, da kupci ne želijo drugega dobavitelja, s čimer se zmanjša možnost sklepanja kratkoročnih pogodb s prvotnim dobaviteljem (Faull & Nikpay, 2007: 1419).

6. Zaključek

Podjetja, ki v praksi sklepajo pogodbe s klavzulo »vzemi ali plačaj«, morajo biti posebej pozorna na dve okoliščini. Prva okoliščina je vključitev te klavzule v dolgoročne in izključne pogodbe, ki obenem ne vsebujejo drugih klavzul, ki bi po cilju omejevale konkurenco. Za oceno dopustnosti take pogodbe bodo relevantni številni dejavniki, predvsem pa tržni položaj dobavitelja, tržni položaj njegovih konkurentov, mrežni učinki podobnih pogodb, vstopne ovire, nakupna moč idr. Posamezne zaključke v zvezi z dopustnostjo takih pogodb je mogoče najti v obstoječi praksi Komisije EU in nacionalnih konkurenčnih organov. Pri tem je treba opozoriti, da večji, kot je tržni delež dobavitelja, večja je možnost omejevanja dostopa na trg in s tem večja možnost po ravnanju v nasprotju s pravili konkurenčnega prava, bodisi člena 101 PDEU bodisi člena 102 PDEU.

Druga okoliščina, na katero morajo biti podjetja posebej pazljiva, pa je vključitev klavzule »vzemi ali plačaj« v pogodbe, ki vključuje klavzule, ki že po cilju omejujejo konkurenco. Primeri takih klavzul so npr. teritorialne omejitve, prepoved nadaljnjih prodaj, določanje cen idr. Take pogodbe omejujejo konkurenco (razen posameznih izjem v primeru dopustnosti posameznih teritorialnih omejitev ali omejitev nadaljnje prodaje), poleg tega pa obstaja zelo majhna verjetnost njihovega izvzema iz prepovedi omejevanja konkurence po členu 101(3) PDEU, saj praviloma ne ustvarjajo pozitivnih učinkov, katerih koristi bi se lahko prenesle na potrošnika.

Literatura / References

Craig, P. in de Burca, G. (2003) *EU Law, Text, Cases and Materials* (Oxford: Oxford University Press).

Creti, A. in Villeneuve, B. (2005), Longterm Contracts and Take-or-Pay Clauses in Natural Gas Markets, *Energy Studies Review*, 13(1), str. 75–94.

Faull, J. in Nikpay, A. (2007) *The EC Law of Competition* (Oxford: Oxford University Press, Oxford).

Glachant, J.-M. in de Hauteclocque, A. (2009) Long-term energy supply contracts in European competition policy: fuzzy not crazy, *EU I Working Papers*, RSCAS.

Habermeier, S. v Hirsch, G., Montag, F. in Säcker, J. (2007) *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Band I – Europäisches Wettbewerbsrecht)* (München: Verlag C. H. Beck).

Jones, A. in Sufrin, B. (2008) *EC Competition Law (Text, Cases, and Materials)* (Oxford University Press: Oxford).

Kjølbye, L., v Jones, C. [ur.] (2011) *EU Energy Law (EU Competition Law and Energy Markets)* (Leuven: Claeys & Casteels).

Neuhoff, K. in von Hirschhausen, C. (2005) Long-term v. Short-term Contracts: A European Perspective on Natural Gas
(<http://www.coll.mpg.de/sites/www.coll.mpg.de/files/workshop/Neuhoff.pdf>; obiskano: 10.10.2013).

Polkinghorne, M. (2013) *Take-or-pay Conditions in Gas Supply Agreements*, *Paris Energy Series* No. 7.

Repas, M. (2010) *Konkurenčno pravo v teoriji in praksi – omejevalna ravnanja in nadzor koncentracij* (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije).

Schnichels, D. in Valli, F. (2003) Vertical and horizontal restraints in the European gas-sector – lessons learnt from the DÖNG/DUC case, *Antitrust*, 2, str. 60–63.

Talus, K. (2011) Long-term natural gas contracts and antitrust law in the European Union and the United States, *Journal of World Energy Law and Business*, 4(3).

Whish, R. (2009) *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press).

Wijckmans, F. v Gheur, C. in Petit, N. (ur.) (2011) *Vertical Restraints and Distribution Agreements under EU Competition Law* (Bruxelles: Bruylant).

Zabel, B. v Grilc, P. et al. (1999) *Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem* (Ljubljana: GV Založba).