

Vpliv ekonomskega pristopa na presojo vezanih in paketnih prodaj v konkurenčnem pravu EU

MARTINA REPAS

Povzetek

Prispevek obravnava vezano in paketno prodajo v luči zlorabe prevladujočega položaja, ki je prepovedana po členu 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije. Tovrstne prodaje splošno pomenijo skupno prodajo samostojnih oz. ločenih proizvodov, ki praviloma ne sodijo na isti proizvodni trg, in so v praksi precej pogoste, čeprav so problematične le v primeru, ko ima podjetje, ki se teh praks poslužuje, določeno stopnjo tržne moči. V skladu z ekonomsko teorijo vezane in paketne prodaje nedvomno ustvarjajo protikonkurenčne in prokonkurenčne učinke. Zato pristop, po katerem bi se tovrstne prodaje obravnavale kot per se nezakonite brez natančne analize učinkov na konkurenco, ni na mestu, čeprav analiza klasičnih primerov vezanih poslov, ki sta jih obravnavala Komisija in Sodišče, ne kaže tako. Prispevek v zvezi s tem prikaže razvoj obravnavanja vezanih in paketnih prodaj v konkurenčnem pravu EU in ZDA, ki se je od zastopanja per se stališča preusmeril k pristopu, ki poudarja dejanske ali pričakovane ekonomske učinke domnevno nezakonitega ravnanja. Ta pristop se v EU kaže v zadevi Microsoft proti Komisiji, sprejet pa je tudi v Navodilih Komisije glede prednostnih nalog izvrševanja pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja.

Ključne besede: • konkurenčno pravo EU • prevladujoč položaj • vezani posli • paketna prodaja • pravilo utemeljenosti • per se pravilo nezakonitosti • objektivno opravičljivi razlogi • potrošnik • omejevanje konkurence

KONTAKTNI NASLOV: Dr. Martina Repas, izredna profesorica, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: martina.repas@uni-mb.si

ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2010 LeXonomica (Maribor)

UDK: 339.137.2:061.1EU

JEL: A12, K21

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

Influence of Economic Principles on Tying and Bundling in EU Competition Law

MARTINA REPAS

Abstract

Article deals with tying and bundling in the light of abuse of dominant position, which is prohibited under Article 102 of the Treaty on the Functioning of European Union. These practices generally refer to joint sale of distinct (independent) products not belonging to the same product market and are quite frequent. However, they can be problematic if the undertaking using these practices has a certain degree of market power. According to economic theory, tying and bundling creates pro-competitive and anticompetitive effects. Therefore, per se illegality approach is not appropriate without in-depth analysis of effects on competition, although the analysis of classical tying cases decided by the Commission and the Court of Justice of the European Union do not point in this direction. In this regard, article reviews development in treating of tying and bundling in competition law of EU and USA, which shifted from per se illegality approach to the approach that emphasizes actual and potential economic effects of allegedly illegal practice and not form. This approach can be found in the case *Microsoft v Commission*. It is also accepted in the European Commission's Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 (EC) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings.

Keywords: • EU competition law • dominant position • tying • bundling • rule of reason • per se illegality rule • objective justification • consumer • restriction of competition

CORRESPONDENCE ADDRESS: Dr. Martina Repas, Associate Professor, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenia, e-mail: martina.repas@uni-mb.si

ISSN 1855-7147 Print / 1855-7155 On-line © 2010 LeXonomica (Maribor)

UDC: 339.137.2:061.1EU

JEL: A12, K21

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

1. Uvod

T. i. vezane in paketne prodaje so splošne poslovne prakse, s katerimi se potrošniki vsakodnevno srečujemo. Avtomobili se prodajajo skupaj s klimo, računalniki z operacijskim sistemom, hoteli ponujajo prenočišče z zajtrkom, nogometni klubi prodajajo sezonske karte, knjigarne ponujajo tri knjige za ceno dveh ipd. (o tem gl. O'Donoghue, Padilla, 2006: 477; Schmidt, 2009: 355). Splošno tovrstne prakse pomenijo prodajo več proizvodov skupaj, nakup posameznih proizvodov pa je možen v odvisnosti od tega, za kakšno vrsto vezane oz. paketne prodaje gre v posameznem primeru.

Tovrstne prakse imajo dokazano pozitivne, pa tudi negativne učinke na konkurenco. Pozitivni učinki se kažejo v zagotovitvi boljših oz. kakovostnejših proizvodov in ugodnejši (cenejši) ponudbi, po drugi strani pa lahko negativno vplivajo na konkurenco z omejevanjem dostopa do trga. To zlasti velja v primeru, ko tovrstne prakse uporabljajo podjetja, ki imajo veliko tržno moč, in praviloma v primeru vezanih oz. paketnih prodaj različnih (samostojnih) proizvodov, tj. proizvodov, ki se niti po naravi niti po poslovnih običajih ne prodajajo skupaj. S problematiko vezanih oz. paketnih prodaj se konkurenčni organi srečujejo ne le v okviru zlorabe prevladujočega položaja (člen 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije;¹ v nad.: PDEU), se pravi v primerih podjetij z znatno tržno močjo (prevladujoč položaj), ampak tudi v okviru omejevanja konkurence s sporazumi, sklepi podjetniških združenj in usklajenimi ravnanji (člen 101 PDEU) ter v okviru presoje dopustnosti koncentracij med podjetji po Uredbi (ES) 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij.² Zaradi obsežnosti tematike je ta prispevek omejen zgolj na oceno oz. presojo vezanih in paketnih prodaj v okviru zlorabe prevladujočega položaja po pravilih konkurenčnega prava EU.

Pristop Komisije EU (v nad.: Komisija) in Sodišča (prej Sodišče ES) pri obravnavi tovrstnih ravnanj v okviru člena 102 PDEU je bil predmet kritike, ker je bil osnovan na obliki (formi) in je ignoriral dejstvo, da lahko obstajajo vezane prakse tudi zaradi doseganja učinkovitosti, katerih koristi se lahko prenesejo na potrošnika. Sodišče se je v praksi bolj osredotočalo na posamezne oblike vezanih oz. paketnih prodaj, ne pa na spoznanja ekonomske teorije. Ta formalistični pristop skuša danes »popraviti« Komisija, ki je sprejela Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja

¹ UL C 83, 30.3.2010, str. 47–199.

² UL L 24, 29.1.2004, str. 1–22. V zvezi s tem gl. zadeve *Tetra Laval/Sidel* (M2416, 2001) in *GE/Honeywell* (M2220, 2001), Smernice o nehorizontalnih koncentracijah – konglomeratni učinki. Gl. tudi Völker, 2003; Fox, 2007: 397 in nad.; ter Schwalbe, Zimmer, 2009: 381 in nad.

zlorablajo svoj položaj³ (v nad.: Navodila 102 PDEU), v katerih se jasno kaže bolj ekonomsko naravnani pristop, tudi glede obravnavanja vezanih in paketih prodaj.

Čeprav je bila EU – zaradi formalističnega pristopa – deležna kritik s strani Združenih držav Amerike (v nad.: ZDA), se vendarle ugotavlja, da se pristop v ZDA ni tako dosti razlikoval od tistega v EU. Ideje čikaške šole⁴ niso bile revolucionarne pri obravnavanju teh ravnanj v ZDA, ampak so le prispevale k modifikaciji *per se* nezakonitega pristopa,⁵ kar je sicer pomenilo, da je za nezakonitost in s tem za ravnanje v nasprotju s pravili konkurenčnega prava zadoščalo že, da je podjetje s prevladujočim položajem vezalo samostojne (ločene) proizvode. Pristop *per se* nezakonitosti je nastal pod vplivom ordoliberalistične šole⁶ in torej temelji na prepričanju, da so vezani posli škodljivi za konkurenco v primeru, da se jih poslužuje podjetje s prevladujočim položajem. Postčikaški model⁷ pa je zagotovil privlačno teoretično osnovo, ki omogoča opustitev formalističnega pristopa in uporabo pristopa, ki temelji na učinku. V EU je primer tega pristopa razviden iz odločbe Splošnega sodišča v zadevi *Microsoft proti Komisiji*.⁸

Članek najprej obravnava pojem, vrste in učinke vezanih in paketnih prodaj, pri čemer negativne učinke na konkurenco analizira v luči predčikaškega, čikaškega in postčikaškega obdobja. Nato na kratko predstavi predpostavke za uporabo člena 102 PDEU, ki so pomembne za splošno razumevanje obravnavane tematike članka, sledi pa analiza primerov vezanih in paketnih

³ UL C 45, 24.2.2009, str. 7–20.

⁴ Čikaška šola se je opirala na teoretična izkustva. Njen temeljni pristop je videti v tem, da je edini cilj konkurenčnega prava maksimiranje blaginje potrošnikov, ki je po mnenju večine predstavnikov te šole izenačeno s pojmom ekonomske učinkovitosti (Jones, Sufrin, 2008: 23).

⁵ V primeru *Jefferson Parish Hospital District N 2 v Hyde* (466 US 2 (1984)) je Vrhovno sodišče ZDA vpeljalo določen prag, pod katerim vezani posli niso nezakoniti – tj. tržni delež v višini 30 %. To so nekateri videli kot nekakšen odmik od *per se* nezakonitosti teh ravnanj. Ta pristop je v EU nepomemben, ker člen 102 PDEU kot predpostavko za uporabo tega člena zahteva obstoj prevladujočega položaja, ki normalno preseže prag 30-odstotnega tržnega deleža (Rousseva, 2010: 226–227).

⁶ Ordoliberalni koncept konkurence je razvila freiburška šola. Po mnenju predstavnikov te šole je centralni problem ekonomske miselnosti izguba stika s socialno in politično realnostjo. Zato je edini način za doseg trajnega gospodarskega delovanja in stabilnosti gospodarske ureditev, osnovana na konkurenci. Le-ta pa ne more izpolniti svoje izpopolnjevalne funkcije, če ne zavzema ustrezne oblike. S tem je mišljena vzpostavitev popolne konkurence in čim večja difuzija tržne moči (Hildebrand, 2009: 159 in nad.). O različnih vidikih ordoliberalizma gl. Hojnik, 2009: 3.

⁷ Postčikaška šola je pravzaprav definirana s kritikami na stališča čikaške šole, po kateri so bili čikaški modeli preveč abstraktni in poenostavljeni, preveč so se osredotočali na ekonomsko teorijo, imeli so preveliko zaupanje v tržno disciplino, koncept učinkovitosti je bil preveč omejen idr. (gl. Hildebrand, 2009: 150 in nad.).

⁸ Zadeva T-201/04, ZOdl. 2007, str. II-3601.

prodaj v praksi, ki so jih obravnavali pristojni organi oz. institucije v ZDA in EU. Analiza primerov namreč daje pomembne ugotovitve o pristopih, ki so jih v teh primerih zavzemali ti organi. Še posebej je v zvezi s tem izpostavljena zadeva *Microsoft proti Komisiji*, v kateri sta Komisija in Splošno sodišče (prej Sodišče prve stopnje) zavzela drugačen in bolj ekonomsko naravnani pristop. Zadnje poglavje pa se dotika ureditve te tematike v Navodilih 102 PDEU.

2. Vrste vezanih in paketnih prodaj ter njihov učinek na konkurenco

2.1 Vrste vezanih in paketnih prodaj

Teorija loči med vezano prodajo (tying) in paketno prodajo (bundling), pri čemer je razlikovanje med njima zgolj tehnično. Komisija in Sodišče sta pravila konkurenčnega prava EU uporabljala enako za obe vrsti ravnanj (gl. Rouseva, 2010: 219; prim. Ahlborn, Evans Padilla, 2004: 311).⁹

Paketna prodaja običajno označuje način oblikovanja ponudbe in cene proizvoda.¹⁰ Čeprav gre za različne prakse, je treba poudariti, da lahko imajo v praksi vezane in paketne prodaje negativne konkurenčne učinke. Pri obojih gre za prodajno strategijo, pri kateri ponudnik v prodajo ponuja kombinacijo različnih proizvodov (Bishop, Walker, 2010: 276). V okviru paketnih prodaj razlikujemo med čisto (pure bundling) in mešano paketno prodajo (mixed bundling). O čisti paketni prodaji govorimo v primeru, ko lahko kupec kupi le oba proizvoda hkrati, kar pomeni, da pri istem prodajalcu ne more kupiti samo enega proizvoda. Pri tem je pomembno še, da se oba proizvoda prodajata v fiksnem razmerju (npr. 1 steklenica vina in 1 steklenica soka). Poudarja se, da je čista paketna prodaja najbolj dobičkonosna oblika vezane oz. paketne prodaje, če je z vidika kupcev vrednost proizvodov negativno soodnosna, kar pomeni, da imajo kupci visoko rezervacijsko ceno za proizvod A in nizko za proizvod B.¹¹ O mešani paketni prodaji pa govorimo

⁹ Ker je tehnična vezava bolj delikatno ravnanje in ima ugotovitev nezakonite tehnične vezave resnejše posledice kot ugotovitev nezakonitosti pogodbene vezave, se pojavljajo stališča, da bi zanje moral veljati drugačen pristop, ki bi upošteval posebnosti tehnološke integracije (Schmidt, 2009: 358).

¹⁰ Navodila 102 PDEU, tč. 48.

¹¹ Če je kupec X pripravljen plačati 4 evre za proizvod A in 6 evrov za proizvod B, kupec Y pa 6 evrov za proizvod A in 4 evre za proizvod B, ima monopolni dobavitelj proizvoda A in B na voljo naslednjo cenovno strategijo. Če prodaja proizvoda ločeno po ceni 6 evrov za vsakega, bo prodal eno enoto vsakega, pri čemer bo skupni prihodek znašal 12 evrov. Če prodaja proizvoda ločeno po 4 evre, bo prodal dve enoti vsakega, pri čemer bo skupni prihodek znašal 16 evrov. Če pa prodaja proizvod A in B kot en proizvod (se pravi, ne več ločeno, ampak v

v primeru, ko lahko kupec pri istem prodajalcu kupi dva proizvoda v paketu, pri čemer ima možnost, da kupi tudi vsak proizvod posamezno. Primeri mešanih paketnih prodaj so npr. McDonald's meniji, sezonske karte ipd. (O'Donoghue, Padilla, 2006: 478).

Vezani posli so tisti, pri katerih mora kupec, če želi kupiti en proizvod (zavezujoč proizvod), kupiti tudi drugi proizvod (vezani proizvod). Npr. podjetje X proizvaja proizvod A in proizvod B, pri čemer ima monopolni položaj na trgu proizvoda A, medtem ko na trgu proizvoda B obstajajo konkurenti. Kupci proizvoda A potrebujejo tudi proizvod B. Če podjetje X zavrne prodajo proizvoda A, ker kupec pri njem ne kupi tudi proizvoda B, lahko s takim ravnanjem izrine konkurenčne proizvajalce proizvoda B s trga. Je pa treba omeniti, da se za vezane prodaje ne štejejo zgolj tiste, kjer gre za vezavo dveh proizvodov ali dveh ali več storitev, ampak tudi tiste, kjer gre za vezavo proizvoda in storitve. Primer tega je *Napier Brown – British Sugar*,¹² v katerem je podjetje zlorabilo prevladujoč položaj, ker je prodajalo proizvod skupaj z dostavo proizvoda. Prav tako se lahko vezana prodaja pojavi pri vezavi istega proizvoda na različnih geografskih trgih. Govorimo o vezanju geografskih trgov (gl. primer *IRI/Nielsen*,¹³ Faull, Nikpay, 2007: 373).

Tudi vezane prodaje lahko razdelimo v posamezne kategorije: pogodbeno vezana prodaja, ukinitvev ali zadržanje garancije in zavrnitev dobave ter tehnična vezava. Pogodbeno vezana prodaja je posledica specifične pogodbe. Primer tega je *Hilti proti Komisiji*,¹⁴ v katerem je Hilti od uporabnikov pištol na žeblje zahteval, da izključno pri njem kupijo tudi žeblje. Vezane prodaje so lahko tudi v obliki zavrnitve dobave. Učinek vezave je v tem primeru dosežen s tem, ko podjetje s prevladujočim položajem zavrne dobavo zavezujočega proizvoda, razen če kupec pri njem kupi tudi vezan proizvod. Z ukinitvijo ali zadržanjem garancij pa se vezava doseže s tem, ko podjetje s prevladujočim položajem ukine ali zadrži koristi iz garancije, razen če kupec uporabi tudi sestavne dele tega podjetja in ne sestavnih delov, ki jih prodajajo njegovi konkurenti. Tehnična vezava pa pomeni, da je vezan proizvod fizično integriran v zavezujoč proizvod, tako da je nemogoče kupiti en proizvod brez drugega – primer tega je zadeva *Microsoft proti Komisiji*¹⁵ (Whish, 2009: 679 in

paketu) po 10 evrov, bo prodal dva paketa, kar bo znašalo 20 evrov. V tem primeru se strategija vezanega posla izkaže za dobičkonosno, ker kupci različno vrednotijo individualne sestavine paketa (Lindsay, 2003: 398).

¹² Zadeva UL L 284/41, 1990.

¹³ Komisija: XXVI Poročilo o politiki konkurence, str. 36 (v tem primeru je podjetje, ki je opravljalo storitve kupcem, ponujalo popust v zameno za naročilo njegovih storitev v različnih državah).

¹⁴ Zadeva T-30/89, ZOdl. 1991, str. 1439.

¹⁵ Zadeva T-201/04, ZOdl. 2007, str. II-3601.

680), ki bo podrobneje obravnavana v nadaljevanju. Gre za posebno obliko čiste paketne prodaje s tehnično vezavo dveh proizvodov, ki ju potrošniki fizično ne morejo ločiti (Kühn, Stillman, Caffarra, 2005: 85 in 88). Navaja se, da so konkurenčni organi zavzeli strožje stališče do vezanib prodaj na pogodbeni ravni v primerjavi s tehničnimi vezanimi prodajami. Razlog za to je, da so slednje bolj dovzetne za učinkovitosti, ki koristijo potrošnikom in ki jih ni mogoče doseči na drugi način (O'Donoghue, Padilla, 2006: 478). V okviru vezane prodaje pa je treba omeniti tudi t. i. *full-line forcing*, ki pomeni, da mora kupec kupiti vse proizvode prodajalca, če želi kupiti določen proizvod, in pa t. i. selektivno vezano prodajo (*selective tying*), po kateri se nakup pogojuje le določenim kupcem.

Učinek vezanib prodaj je mogoče doseči tudi s cenovnimi praksami. Primeri tega so rabati, ki imajo učinek vezane prodaje. V zadevi *Enrofix–Bauco/Hilti*¹⁶ je Komisija odločila, da je zniževanje popustov tistim kupcem, ki pri podjetju Hilti kupijo le pištole, ne pa tudi žeblicev, zloraba prevladujočega položaja, kar je potrdilo tudi Splošno sodišče.¹⁷ Enako velja za t. i. »čezmejne rabate«. V zadevi *Hoffmann–La Roche proti Komisiji*¹⁸ so bili rabati dani kupcem, ki so pri podjetju Hoffmann kupili celoten repertoar vitaminov zato, da posameznih vitaminov ne bi kupili pri konkurentih. V tako cenovno prakso sodi sicer tudi paketna prodaja, kjer podjetje prodaja dva ali več proizvodov v paketu po nižji ceni, kot jih sicer zaračunava za vsak posamezen proizvod.¹⁹ Taka paketna prodaja lahko ima enak učinek kot vezan posel (Whish, 2009: 727–728).

3. Učinek vezanib in paketnih prodaj na konkurenco

Ekonomisti menijo, da vezana in paketna prodaja pogosto izboljšata ekonomsko učinkovitost, ki se lahko uporabi tudi v protikonkurenčne namene, motivacija posluževanja teh poslov pa je lahko tudi cenovna diskriminacija z negotovimi posledicami za ekonomsko blaginjo (O'Donoghue, Padilla, 2006: 480 in tam navedena literatura). V skladu z ekonomsko teorijo lahko imajo tovrstne prakse pozitivne in negativne učinke na konkurenco. Za navajanje kakršnikoli zaključkov pa je v zvezi s tem potrebna temeljita analiza.

¹⁶ UL L 65/19, 1988.

¹⁷ Zadeva T-30/89, Hilti proti Komisiji, ZOdl. 1991, str. 1439.

¹⁸ Zadeva 85/76, ZOdl. 1979, str. 461.

¹⁹ V primeru *Digital* je podjetje ponujalo bolj privlačne cene tistim kupcem, ki so poleg storitev programske opreme kupili tudi storitve strojne opreme, za razliko od tistih, ki so kupili zgolj storitve programske opreme. Komisija: XXVII poročilo o politiki konkurence (1997), str. 153–154.

3.1 Pozitivni oz. prokonkurenčni učinki

Pozitivni učinki vezanih in paketnih prodaj se kažejo v doseganju boljše učinkovitosti in kakovosti proizvodov (Hildebrand, 2009: 377). Znižajo lahko proizvodne in distribucijske stroške, in sicer ustvarjajo ekonomijo obsega²⁰ in ekonomijo povezanosti²¹ v proizvodnji in distribuciji (npr. izkoriščanje naprav tako, da proizvajajo dvoje ali več proizvodov, s čimer lahko proizvajalec zmanjša velikost in kompleksnost tovarn ali npr. na medijskem trgu s ponudbo, znano kot "*triple play*" (dostop do interneta, plačljiva televizija in telefon v paketu) ali proizvajalec fotokopirnih strojev, ki dobavlja tudi črnilo, papir in rezervne dele, bo lahko zmanjšal stroške, če lahko vse te materiale dobavi kupcem istočasno) ter znižujejo stroške iskanja najbolj ugodne kombinacije proizvodov, ki zadovoljijo kompleksne potrebe (na začetku so se računalniške tehnologije, kot so orodne vrstice, modem, zvok ipd. prodajale posamično, danes pa se univerzalno ponujajo v paketu operacijskega sistema). Vezane in paketne prodaje prispevajo k novim ali izboljšanim proizvodom in storitvam (če se proizvodi ponujajo vezano ali v paketu so skupaj lahko vredni več kot posamično), pripomorejo h kakovosti (ker podjetja v paketni ali vezani prodaji združijo znanje, spretnost in izkušnje) in povzročijo izogib problemu dvojne marginalizacije²² (O'Donoghue, Padilla, 2006: 481 in nad.).

Nekateri avtorji navajajo, da se pozitivni učinki vezanih in paketnih prodaj lahko kažejo tudi v doseganju diskriminacije med kupci, ki ima sicer negotov učinek na družbeno blaginjo in blaginjo potrošnika. Cenovna diskriminacija, ki temelji na vezani prodaji, se pojavi, ko zavezujoč proizvod zahteva določen vložek (input), na trgu katerega obstaja konkurenca in torej konkurenčni dobavitelji. Za primer lahko navedemo igralne konzole in igrice ali tiskalnike in kartuše ter papir. Če v takem primeru monopolist veže prodajo vezanega proizvoda (igric, papirja) s prodajo zavezujočega proizvoda, lahko to prodajno strategijo učinkovito izkoristi tako, da zaračunava nižjo ceno kupcem, ki so veliki uporabniki zavezujočega proizvoda, za razliko od tistih kupcev, ki to niso. S tem lahko potencialno poveča svoj dobiček. Učinek na

²⁰ Ekonomija obsega je pojav, ko povprečni stroški proizvodnje padajo pri določenem obsegu, ko se proizvodnja povečuje. V določeni točki se povprečni stroški ne zmanjšujejo več in povečanje proizvodnje ne prinaša več koristi.

²¹ Ekonomija povezanosti je pojav, ko je z manjšimi stroški mogoče proizvajati dvoje ali več dobrin skupaj.

²² Dvojna marginalizacija se pojavi, ker monopolist na enem trgu določi maksimalno dobičkonosno ceno, kar pomeni, da količino proizvodnje prilagodi tisti stopnji, kjer je mejni prihodek enak mejnim stroškom. Posledično monopolist na drugem povezanem trgu prav tako določi svojo maksimalno dobičkonosno ceno, pri čemer strošek nakupa od monopolista na prvem trgu predstavlja del mejnih stroškov monopolista na drugem trgu, kar odseva zaporedno zvišanje cene proizvodov dveh monopolistov (Lindsay, 2003: 362).

blaginjo družbe in potrošnika je lahko negotov. Če taka vezana prodaja vodi do tega, da več potrošnikov kupuje zavezujoč proizvod, je zvišanje blaginje družbe in potrošnika verjetna (Bishop, Walker, 2010: 278; gl. tudi Rousseva, 2010: 240).

3.2 Negativni oz. protikonkurenčni učinki

3.2.1 Splošno

Vezane in paketne prodaje lahko imajo negativni učinek na konkurenco, ki pa je seveda odvisen od sposobnosti oz. zmožnosti podjetja s prevladujočim položajem, da tovrstne prakse strateško uporabi z namenom izključitve konkurentov in zaprtja trga vezanega proizvoda. Navodila 102 PDEU v tč. 49 navajajo, da lahko podjetje s prevladujočim položajem na enem ali več trgih zavezujočega proizvoda škoduje potrošnikom, če se poslužuje vezanih ali paketnih prodaj, s katerimi onemogoči vstop na trg drugim proizvodom, ki so del vezane ali paketne prodaje (trg vezanega proizvoda), posredno pa vpliva tudi na dostop na trg zavezujočega proizvoda. V teh primerih gre za t. i. učinek vzvoda (leverage), ko podjetje s prevladujočim položajem razširi svoj prevladujoč položaj z enega trga na druge povezane, vendar ločene trge. Posledično so ti drugi trgi manj konkurenčni. S tako strategijo lahko podjetje s prevladujočim položajem združi dva ali več proizvodov in doseže večji dobiček iz vezane ali paketne prodaje v primerjavi z ločeno prodajo (Bishop, Walker, 2010: 277).

Zaradi protikonkurenčnih učinkov, ki jih vezana in paketna prodaja ustvarjata, se je stališče konkurenčnega prava do teh praks skozi čas spreminjalo, in sicer od njihovega obravnavanja kot *per se* nezakonitih praks do blažjega obravnavanja v okviru uporabe pravila utemeljenosti (rule of reason). Pravzaprav bi obdobja obravnavanja vezanih in paketnih prodaj lahko splošno razvrstili na predčikaško, čikaško in postčikaško obdobje.

3.2.2 Predčikaško obdobje

V predčikaškem obdobju je veljalo, da vezane in paketne prodaje ustvarjajo učinke vzvoda, kar pomeni, da želi podjetje s prevladujočim položajem na trgu enega proizvoda razširiti tržno moč tudi na trg drugega proizvoda, kjer sicer obstaja konkurenca. Monopolno podjetje ima v takem primeru spodbudo po razširitvi tržne moči prek vezanih in paketnih prodaj na trge drugih proizvodov zaradi večjega dobička. Zato so se vezane in paketne prodaje v konkurenčnem pravu obravnavale kot *per se* nezakonite. Posledično

sta Komisija in Sodišče obravnavala ta ravnanja preveč formalistično, kar je bila tudi najpogostejša kritika. Posamezna ravnanja, ki so bila okvalificirana kot *per se* nezakonita, so namreč lahko imela tudi nevtralne ali celo prokonkurenčne učinke.

Ob tem se seveda zastavlja vprašanje, kaj sploh pomeni pravilo *per se* nezakonitosti v kontekstu člena 102 PDEU. Pravilo *per se* nezakonitosti splošno pomeni, da je neko ravnanje nezakonito, ne da bi bilo treba pri tem opraviti natančne analize dejanskih ali potencialnih učinkov na konkurenco. To pravilo je lahko absolutno ali modificirano, pri čemer absolutno pomeni, da niso dopustne nobene izjeme, medtem ko so pri modificiranem pristopu te dopustne oz. gre za ovrgljivo domnevo nezakonitosti (O'Donoghue, Padilla, 2006: 183). Pri odgovoru na vprašanje pomena pravila *per se* nezakonitosti je lahko v pomoč člen 101 PDEU, ki prepoveduje kakršnakoli sodelovanja podjetij pri sprejemanju odločitev na trgu. Člen 101 PDEU razlikuje med sporazumi med podjetji, ki imajo za cilj omejevati konkurenco, in tistimi, ki imajo učinek omejevanja konkurence. V primeru omejevanja konkurence po cilju ni potrebe po dokazovanju protikonkurenčnih učinkov, ker se ti domnevajo. Te omejitve so *per se* prepovedane. Gre za omejitve, ki so vključene kot prepovedane (t. i. *hard core* omejitve) v posameznih uredbah Komisije o skupinskih izjemah²³ (npr. določanje cen, razdelitev trgov). V kontekstu člena 102 PDEU bi to pomenilo, da so določena ravnanja podjetij s prevladujočim položajem tako očitno protikonkurenčna, da ni potrebe po dokazovanju škodljivih učinkov. Za nezakonitost posameznega ravnanja v okviru člena 102 PDEU bi torej zadoščala že uvrstitev takega ravnanja na seznam *per se* nezakonitih ravnanj. Vendarle pa je treba spomniti, da so lahko tudi resne (*hard core*) omejitve iz člena 101 PDEU dopustne, čeprav je to malo verjetno, in izvzete iz prepovedi omejevanja konkurence na podlagi člena 101(3) PDEU, če ustvarjajo pozitivne učinke. To pomeni, da v okviru člena 101 PDEU ni mogoče govoriti o *per se* nezakonitosti posameznih ravnanj, ampak le o domnevni nezakonitosti (Whish, 2009: 195–196).

Stališča avtorjev so, da obravnavanje posameznih ravnanj v kontekstu člena 102 PDEU kot *per se* nezakonitih ni primerno. Pri tem se navajajo naslednji razlogi: ekonomika ravnanj podjetij s prevladujočim položajem je kompleksna; pristop *per se* nezakonitosti lahko vodi do prepovedi ravnanj, ki so v resnici prokonkurenčna; pristop *per se* nezakonitosti je neskladen s splošno usmeritvijo konkurenčne politike, ki teži k spremembi po bolj ekonomskem pristopu, ki upošteva učinke na trg in tak pristop ne upošteva sklicevanja prevladujočega podjetja na objektivno opravičljive razloge za

²³ Npr. Uredba Komisije št. 330/2010 o uporabi člena 101(3) Pogodbe o delovanju Evropske unije za skupine vertikalnih sporazumov in usklajenih ravnanj (UL L 102, 23.4.2010, str. 1–7).

ravnanje, ki je v nasprotju s členom 102 PDEU. Navedeno pomeni, da tudi v okviru člena 102 PDEU – podobno kot v okviru člena 101 PDEU – ravnanje ne more pomeniti *per se* zlorabe prevladujočega položaja, temveč zgolj domnevno zlorabo oz. domnevno nezakonito ravnanje. Ta domneva pa se lahko izpodbije z objektivno opravičljivimi razlogi. Ker je torej *per se* nezakonitost ravnanja v kontekstu člena 102 PDEU neprimerna, je potrebna temeljita in natančna analiza ravnanja (Whish, 2009: 197–198).

3.2.3 Čikaško obdobje

Čikaška šola je svoj pristop obravnavanja vezanih in paketnih prodaj razvila na podlagi kritik in negativnega pristopa do učinka vzvoda. Ta šola je dvomila v teorijo vzvoda vezanih in paketnih prodaj, kar je dokazovala s tem, da teorija vzvoda sploh ni mogoča oz. ni dobičkonosna strategija podjetja s prevladujočim položajem.

Po mnenju čikaške šole učinek vzvoda za monopolista ne pride v poštev, ker le-ta nima interesa monopolizirati drugega trga, ker lahko ves dobiček doseže na trgu, na katerem je že monopolist. V zvezi s tem gre za teorem enega monopolnega dobička, kar pomeni, da monopolist lahko pridobi le en monopolni dobiček. Če monopolist veže komplementarne proizvode, ki se uporabljajo v fiksnem razmerju, je povpraševanje po zavezujočem in vezanem proizvodu soodvisno. To pomeni, da je povpraševanje po enem proizvodu odvisno od skupne cene kombinacije obeh proizvodov. Vezana oz. paketna prodaja bi v takih okoliščinah določila identiteto prodajalca, količina dejansko prodanega vezanega proizvoda pa se ne bi razlikovala od količine, ki bi se prodala v primeru določitve najugodnejše cene za zavezujoč proizvod. V takem primeru monopolist nima nobenega ekonomskega interesa po monopolizaciji trga vezanega proizvoda, ker lahko monopolni dobiček doseže s ceno zavezujočega proizvoda. Monopolist ima večji interes po tem, da ostane trg vezanega proizvoda konkurenčen, saj večje povpraševanje po vezanem proizvodu povečuje tudi povpraševanje po zavezujočem proizvodu (Bowmann S. (1957) Tying Arrangement and Leverage Problem, 67 Yale Law Journal 19, str. 23, cit. v Rousseva, 2010: 239).

Predpostavimo, da obstajata dva proizvoda X in Y, da se uporabljata v fiksnem razmerju in da imajo vsi potrošniki enake preference.²⁴ Nadalje predpostavimo, da je trg proizvoda X monopoliziran in ga potrošniki vrednotijo po ceni P_x . To pomeni, da so potrošniki pripravljeni plačati ceno

²⁴ Slednja predpostavka je dodana zaradi poenostavitve prikaza in ni ključnega pomena za rezultat (Bishop, Walker, 2010: 282).

do P_x za proizvod X in ne več. Prav tako predpostavimo, da je trg proizvoda Y konkurenčen, na katerem obstaja veliko dobaviteljev, ki lahko v odsotnosti vezanih prodaj dobavijo proizvod, in da potrošniki vrednotijo proizvod Y po ceni P_y . Zaradi poenostavitve predpostavimo še, da se proizvod Y dobavlja po konstantni enoti stroškov, tj. C_y . Ker je trg proizvoda Y popolnoma konkurenčen v odsotnosti vezane prodaje, je cena proizvoda Y v odsotnosti vezane prodaje C_y . Glede cene proizvoda X v odsotnosti vezane prodaje to pomeni naslednje. Ker se proizvoda X in Y uporabljata v fiksnem razmerju, bo vsak potrošnik, ki bo kupil proizvod Y, moral kupiti tudi proizvod X. Cena, ki jo je potrošnik pripravljen plačati, je $P_x + P_y$ za oba. Če plača C_y za proizvod Y, bo plačal tudi $P_x + P_y - C_y$ za proizvod X. V odsotnosti vezane prodaje potrošnik torej plača $P_x + P_y$. Če monopolist veže prodajo proizvoda X na proizvod Y, učinkovito zaračunava le eno ceno za oba proizvoda. Ker potrošniki vrednotijo proizvoda po $P_x + P_y$, je to največ, kar lahko monopolist zaračuna za oba proizvoda. Posledično torej potrošnik plača isti znesek v primeru vezane prodaje in v primeru odsotnosti vezane prodaje. Predstavljeno pomeni, da – po mnenju čikaške šole – monopolist veže prodajo dveh proizvodov le iz razloga učinkovitosti, ne pa iz protikonkurenčnih razlogov (Bishop, Walker, 2010: 282–283). Vidik učinkovitosti vezane prodaje pa je drugi velik prispevek te šole pri celotni obravnavi vezanih prodaj.

Čikaškemu razmišljanju, da so najrazličnejše učinkovitosti, predstavljene v prejšnjem poglavju, najverjetnejša posledica vezanih prodaj, se danes pridružujejo mnogi. Poudarjanje učinkovitosti vezane prodaje čikaške šole pa vodi do tega, da je ta šola vezane prodaje obravnavala kot *per se* zakonite (Rousseva, 2010: 241).²⁵

3.2.4 Postčikaško obdobje

Postčikaška šola je kritizirala model čikaške šole kot preveč poenostavljen, ker upošteva le statični vidik trga in kratkoročno maksimiranje dobička. Postčikaška šola je z upoštevanjem dinamičnega vidika in dolgoročnega maksimiranja dobička dokazala, da se lahko vzvodenje izkaže tudi za dobičkonosno strategijo monopolista.

Po mnenju postčikaške šole ugotovitve čikaške šole glede teorema enega monopolnega dobička držijo v situaciji, ko je spodnji vertikalno povezan trg popolnoma konkurenčen in je dobavitelj monopolist na zgornjem vertikalno

²⁵ Čikaška teorija nikoli ni bila popolnoma sprejeta v ZDA in tudi ni imela velikega vpliva na vezane prodaje, čeprav ZDA sicer zagovarjajo ideje čikaške šole.

povezanem trgu. Dvojni monopolni dobiček je mogoč, razen če se proizvoda uporabljata v fiksnem razmerju in je trg vezanega proizvoda popolnoma konkurenčen. Po mnenju postčikaške šole vezane prodaje vedno tudi ne vodijo v učinkovitosti, ker lahko ustvarjajo tudi protikonkurenčne učinke (več o tem gl. Bishop/Walker, 2010: 284–286). Ta šola vztraja na zadostnem dokazovanju učinkovitosti, ki morajo biti tudi strogo povezane z zadevnim ravnanjem. Glede na pozitivne in negativne učinke vezane prodaje, teorija postčikaške šole temelji na analizi utemeljenosti (rule of reason), kar pomeni tehtanje negativnih in pozitivnih učinkov vezane prodaje. Argument, da vezana prodaja lahko vodi tudi do negativnih učinkov na konkurenco, spodkopava stališče čikaške šole, po mnenju katere so vezani posli vedno učinkoviti. Postčikaška šola je torej bolj previdna glede učinkovitosti, povezanih z vezano prodajo, z vztrajanjem, da morajo biti te dokazane, izmerjene in se morajo nanašati na proizvod. Meni tudi, da se učinkovitosti, povezane z vezano prodajo, pogosto dajo doseči tudi drugače. Argument, da vezana prodaja dopušča ekonomijo povezanosti v proizvodnji, ne pomeni, da se morata zato proizvoda prodajati skupaj.

Ker po mnenju postčikaške šole vezana prodaja ustvarja tako negativne kot pozitivne učinke, se poudarja, da njihova teorija temelji na analizi utemeljenosti (rule of reason), ki vključuje tehtanje teh vrst učinkov. Vendarle pa model ne predvideva tudi konkretnih metod analiziranja teh učinkov, kar vodi v kritiko postčikaške šole, da modeli ne morejo izmeriti relativnih stroškov in koristi vezane prodaje. Kljub tej pomanjkljivosti ima postčikaška šola velik vpliv v ZDA. *Ahlborn, Evans* in *Padilla* zagovarjajo pristop utemeljenosti pri obravnavanju vezanih poslov in za to navajajo več razlogov, ki utemeljujejo ta pristop. Prvič, treba je upoštevati, da so vezani posli izjemno pogoste prakse na konkurenčnih trgih, da morajo povzročati učinkovitosti, pri čemer ekonomska teorija – kot je bilo že navedeno – identificira več vrst učinkovitosti. Drugič, vezani posli lahko ustvarjajo tudi protikonkurenčne učinke, če so za to izpolnjeni pogoji. Tretjič, po nobeni ekonomski teoriji tržna moč ali prevladujoč položaj ne zadošča za ugotovitev obstoja protikonkurenčnih učinkov vezanih poslov. Enako velja za odsotnost ločenega oz. samostojnega povpraševanja. Četrtrič, zahteva se analiza dejstev za ugotovitev protikonkurenčnih učinkov. Petič, zahteva se tudi analiza dejstev za ugotovitev obstoja prokonkurenčnih učinkov, in šestič, pravilo utemeljenosti je primerno za izvedbo analize dejstev ugotovitve protikonkurenčnih in prokonkurenčnih učinkov (*Ahlborn, Evans, Padilla*, 2004: 289).

4 Zloraba prevladujočega položaja in člen 102 PDEU

4.1 Predpostavke za uporabo člena 102 PDEU

Ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja po členu 102 PDEU zahteva prisotnost naslednjih elementov: obstoj podjetja, določitev upoštevne trga, določitev prevladujočega položaja na predhodno določenem upoštevne trgu, ki predstavlja znatni del notranjega trga, ugotovitev vpliva ravnanja na trgovino med državami članicami EU, zlorabo in odsotnost objektivno opravičljivih razlogov.

Ker predmet tega prispevka niso elementi ugotovitve učinka ravnanja na trgovino med državami članicami EU, določitev oseb, ki so zavezane ravnati po pravilih konkurenčnega prava (podjetja), določitev upoštevne trga in določitev prevladujočega položaja, pač pa analiza posebne vrste zlorabe prevladujočega položaja, jih na tem mestu zgolj kratko omenjamo zaradi razumevanja in zaokrožitve tematike, medtem ko pojem zlorabe in objektivno opravičljivih razlogov obravnavamo na drugem mestu.

Uporaba člena 102 PDEU je v prvi vrsti omejena na osebe, ki so zavezane ravnati v skladu s tem členom oz. na splošno v skladu s pravili konkurenčnega prava. Te osebe se v konkurenčnem pravu imenujejo podjetja. Pojem podjetja v PDEU ni opredeljen, ga je pa opredelila praksa. V skladu s sodno prakso EU je podjetje oseba, ki opravlja gospodarsko dejavnost, pri čemer pravni status osebe in način financiranja nista pomembna.²⁶ Gospodarska dejavnost pa je dejavnost ponujanja blaga ali storitev na trgu²⁷ (več o tem gl. Whish, 2009: 82 in nad.; Faull/Nikpay, 2007: 188–195; Jones/Sufrin, 2008: 128–139; Säcker/Hermann, 2007: 444–461).

Prav tako je uporaba člena 102 PDEU omejena zgolj na tiste primere zlorab prevladujočega položaja podjetja, ki lahko imajo učinek na trgovino med državami članicami EU. Ta element je kriterij, ki razmejuje uporabo konkurenčnega prava EU (člena 102 PDEU) od uporabe nacionalnega konkurenčnega prava (npr. 9. člen Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence;²⁸ ZPOmK-1), pri čemer je treba izpostaviti, da Urad RS za varstvo konkurence v primeru, da ima zloraba vpliv na trgovino med

²⁶ Zadeva C-41/90, Höfner and Elser proti Macroton, Zodl. 1991, str. I-1979.

²⁷ Združene zadeve C-180–184/98, Pavel Pavlov in drugi proti Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, ZOdl. 2000, str. I-6451.

²⁸ Uradni list RS, št. 36/2008 in 40/2009 (ZPOmK-1-A). Določba 9. člena ZPOmK-1 prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja na trgu Republike Slovenije in je podobna členu 102 PDEU.

državami članicami EU, uporabi člen 102 PDEU in 9. člen ZPOmK-1.²⁹ Zgolj 9. člen ZPOmK-1 pa uporabi le v primeru, ko zloraba nima vpliva na trgovino med državami članicami EU. Koncept vpliva na trgovino med državami članicami EU je opredelila Komisija v Smernicah o učinku na trgovino, vsebovanem v členu 81 in 82 Pogodbe (danes 101 in 102 PDEU;³⁰ v nad.: Smernice o učinku na trgovino). Sodišče je pojem učinka na trgovino med državami članicami EU interpretiralo široko, tako da zajema vse čezmejne dejavnosti, z ustanovitvijo vred.³¹ Podan mora biti učinek na čezmejne dejavnosti med vsaj dvema državama članicama EU, pri čemer pa se ne zahteva, da ravnanje podjetja učinkuje na trgovino med celotnim območjem ene in druge države. Prav tako se ne zahteva, da ima ravnanje dejansko učinek na trgovino med državami članicami EU, ampak zadošča že, da lahko ima tak učinek. V skladu s standardnim testom, ki ga je razvilo Sodišče, zadošča, da je možno z objektivnimi dejanskimi ali pravnimi razlogi z zadostno stopnjo verjetnosti predvideti neposredni ali posredni, dejanski ali potencialni učinek določenega sporazuma ali ravnanja na vzorec trgovanja med državami članicami EU.³² Pri tem se ne zahteva katerikoli učinek, pač pa le tisti, ki je tudi znaten. Ocena znatnosti vpliva je odvisna od okoliščin vsakega posameznega primera, še posebej od narave ravnanja, narave proizvodov in položaja zadevnih podjetij na trgu. Smernice o učinku na trgovino določajo merila za primer, ko vpliv na trgovino praviloma ne bo znaten.³³

Temeljni pogoj za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja je, poleg že omenjenih predpostavk, obstoj prevladujočega položaja. Člen 102 PDEU se namreč lahko uporabi le, če ima podjetje, ki je predmet postopka, prevladujoč položaj (posamičen prevladujoč položaj) ali če ima več podjetij skupaj prevladujoč položaj (skupen ali kolektiven prevladujoč položaj³⁴). Ugotovitev prevladujočega položaja zahteva izvedbo dveh korakov. Prvi je določitev upoštevnega proizvodnega in geografskega trga, drugi pa je določitev tržne moči podjetja na tako določenem upoštevem trgu. Določitev upoštevnega proizvodnega in geografskega trga je pomembna, ker se na ta način določi trg, na katerem se bo posamezno ravnanje podjetja presojalo. Ožje določen

²⁹ Določba prvega odstavka 25. člena ZPOmK-1.

³⁰ UL C 101, 27.4.2004, str. 81–96.

³¹ Glej v zadevi 172/80, Gerhard Züchner proti Bayerische Vereinsbank AG, ZOdl. 1981, str. 2021, in v zadevi C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh in Price Waterhouse Belastingadviseurs BV proti Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, ob udeležbi Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, ZOdl. 2002, str. I-1577, idr.

³² Več o tem glej v Smernicah o učinku na trgovino, tč. 23–43.

³³ Smernice o učinku na trgovino, tč. 52.

³⁴ O kolektivnem prevladujočem položaju govorimo, ko vsako posamično podjetje nima prevladujočega položaja, imajo pa takšen položaj neodvisna podjetja skupaj, ki ravnajo kot kolektivna enota.

upoštevni trg pomeni večjo verjetnost obstoja prevladujočega položaja in obratno. Pravila za določitev upoštevne proizvodnega in geografskega trga so določena v Obvestilu Komisije o opredelitvi upoštevne trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti³⁵ (več o tem gl. Repas, 2010: 35 in nad.). Drugi korak pri določitvi prevladujočega položaja pa se nanaša na ugotovitev tržne moči podjetja. Tržna moč je moč podjetja, da vpliva na tržne cene, proizvedeno količino, raznovrstnost blaga in storitev ali na druge parametre konkurence na trgu v določenem (daljšem, pomembnem) časovnem obdobju. Pri tem so zlasti pomembni tržni delež³⁶ in tržna koncentracija, vstopne ovire³⁷ in nakupna moč oz. moč kupcev.³⁸ Komisija je elemente prevladujočega položaja opredelila v Navodilih 102 PDEU.

Sodišče je v zadevi *United Brands proti Komisiji*³⁹ prevladujoč položaj opredelilo kot položaj ekonomske moči podjetja, ki mu omogoča preprečiti učinkovito konkurenco na upoštevne trgu, da lahko v znatni meri ravna neodvisno od konkurentov, strank ali potrošnikov. Pojem neodvisnega ravnanja je povezan s stopnjo konkurenčnega pritiska, ki mu je podjetje izpostavljeno. Pri prevladujočem položaju ta konkurenčni pritisk ni dovolj učinkovit, zaradi česar podjetje v daljšem časovnem obdobju uživa znatno tržno moč, kar pomeni, da ukrepi in reakcije konkurentov, strank in potrošnikov na odločitve podjetja ne vplivajo.⁴⁰ Prevladujoč položaj mora za uporabo člena 102 PDEU obstajati na celotnem ali znatnem oz. pomembnem delu notranjega trga. Ta predpostavka pravzaprav pomeni uporabo pravila *de minimis*, ki je poznana iz člena 101 PDEU, po kateri sporazumi neznatnega pomena (tj. sporazumi, ki zgolj v minimalni meri omejujejo konkurenco) niso relevantni in ne sodijo v okvir prepovedi v členu 101(1) PDEU. Obstoj te predpostavke pa ni podan le v primeru, ko ima podjetje prevladujoč položaj na celotnem notranjem trgu, ampak tudi v primeru, ko je njegova znatna tržna moč oz. prevladujoč položaj omejen. Ta predpostavka je tako podana

³⁵ UL C 372, 9.12.1997, str. 5–13.

³⁶ Tržni delež je pomemben dejavnik pri oceni obstoja prevladujočega položaja, ni pa ključni dejavnik. Večji je tržni delež podjetja, večja je možnost obstoja prevladujočega položaja. Tržni delež v višini 100 % je v odsotnosti zakonskih privilegijev redek položaj, so pa primeri v praksi, ko so podjetja imela izjemno visok tržni delež.

³⁷ Tudi ta dejavnik ima pri oceni obstoja prevladujočega položaja izjemno pomembno vlogo. Večje so ovire za vstop konkurentov na zadevni trg, večja je verjetnost obstoja prevladujočega položaja. Primeri vstopnih ovir so npr. pravne ovire, nepovratni stroški (sunk cost), stroški zamenjave dobavitelja idr. O tem gl. O'Donoghue, Padilla, 2006: 119–124; in Bishop, Walker, 2010: 70 in nad.).

³⁸ Ta obstaja zgolj v primeru, da so kupci dobro obveščeni in imajo resnično izbiro med različnimi dobavitelji ter možnost zamenjave dobaviteljev (Whish, 2009: 183; gl. tudi Navodila 102 PDEU, tč. 18).

³⁹ Zadeva 27/76, ZOdl. 1978, str. 207.

⁴⁰ Navodila 102 PDEU, tč. 10.

tudi v primeru, ko ima podjetje prevladujoč položaj le na trgu ene države članice EU ali celo zgolj na njenem delu⁴¹ (več o tem gl. Whish, 2009: 186–187).

Ob tem je kot pomembno treba izpostaviti, da sam obstoj prevladujočega ali celo monopolnega položaja ni prepovedan, prepovedana je zgolj njegova zloraba. Podjetje s prevladujočim položajem lahko ta položaj zlorabi na različne načine: z zaračunavanjem pretirano visokih cen, roparskih cen, z zavrnitvijo dobave, s popusti in rabati, z vezanimi posli in drugimi ravnanji.

4.2 Zloraba prevladujočega položaja

Člen 102 PDEU ne definira zlorabe prevladujočega položaja.⁴² Namesto tega zgolj primeroma⁴³ navaja posamezna ravnanja, ki lahko pomenijo zlorabo. To so neposredno ali posredno določanje nepoštenih cen ali drugih nepoštenih prodajnih pogojev; omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega razvoja na škodo potrošnikov; nalaganje neenakih pogojev za enake transakcije z drugimi poslovnimi strankami, s čimer se jih postavlja v konkurenčno manj ugoden položaj. Med temi zlorabami člen 102 PDEU določa tudi sklepanje pogodb pod pogojem, da stranka sprejme tudi dodatne obveznosti, ki po svoji naravi ali po običajni rabi nimajo povezave s predmetom pogodbe (člen 102(d) PDEU). Člen 102 PDEU torej med zlorabami prevladujočega položaja izrecno omenja tudi vezano prodajo in druge podobne prakse.

Splošno se razlikuje med dvema vrstama zlorab. To so izkoriščevalske in izključevalne zlorabe (Goyder, 2003: 283). Prve predvsem neposredno vplivajo na zmanjšanje blaginje potrošnika (pretirano visoke cene, diskriminatorne cene), druge pa neposredno na konkurente, ki se jih želi izriniti s trga (zavrnitev dobave, roparske cene itd.), pri čemer tudi slednje posredno vplivajo na blaginjo potrošnika. Seveda pa lahko posamezne oblike zlorab sodijo hkrati med izkoriščevalske in izključevalne zlorabe. Nekateri

⁴¹ Gl. združene zadeve 40–48, 50, 54 do 56, 111, 113 in 114–73, Suiker Unie proti Komisiji, ZOdl. 1975, str. 1663, zadevo 77/77, BP proti Komisiji, ZOdl. 1978, str. 1513, idr.

⁴² Je pa o tem v diskusiji izključitvenih ravnanj v primeru *Hoffmann-la Roche proti Komisiji* (zadeva 85/76, ZOdl. 1979, str. 461) Sodišče definiralo zlorabo kot objektivni koncept, ki se nanaša na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, s katerim podjetje vpliva na strukturo trga, na katerem je zaradi prisotnosti takega podjetja konkurenca oslABLJENA in ki ima z metodami, drugačnimi od tistih, ki pogojujejo konkurenca na podlagi transakcij komercialnih operaterjev, učinek omejevanja obstoječe stopnje konkurence, ki še obstaja na trgu ali ki prepreči rast konkurence (gl. Whish, 2009: 194).

⁴³ Da so ta ravnanja navedena zgolj primeroma, priča tudi dejstvo, da sta Komisija in Sodišče uporabila člen 102 PDEU (prej člen 82 PES) tudi v primerih, ki v tej določbi niso izrecno navedeni.

omenjajo še tretjo vrsto zlorab – povračilne zlorabe (reprisal abuse), za katere je značilno, da podjetje s prevladujočim položajem kaznuje ali disciplinira konkurenta, s čimer želi preprečiti, da bi mu ta konkuriral, ali pa ta cilj doseže na bolj posreden način. Za primer lahko navedemo primer United Brands proti Komisiji,⁴⁴ v katerem je dobavitelj prekinil pogodbo z distributerjem, ker se je ta udeležil oglaševalske kampanje podjetja, ki je bilo konkurent zadevnemu dobavitelju (gl. O'Donoghue, Padilla, 2006: 175). Komisija je za oceno (ne)dopustnosti izključevalnih zlorab sprejela dolgo pričakovana Navodila 102 PDEU, v katerih navaja prednostne naloge pri obravnavi tovrstnih zlorab.

V primeru ocene zlorab prevladujočega položaja konkurenčni in sodni organi še zdaleč nimajo lahke naloge, saj morajo ugotoviti, ali se ravnanje podjetja s prevladujočim položajem odmika od normalne ali poštene ali neizkrivljene konkurence in od tega, ali je zadevno podjetje pridobilo boljši položaj na trgu zaradi lastne učinkovitosti. Ne glede na to, ali govorimo o normalni ali pošteni ali neizkrivljeni konkurenci, gre za pojme, katerih vsebino je težko določiti (Whish, 2009: 189). Ker ima kršitev člena 102 PDEU hude posledice, je seveda izjemno pomembno, da so pravila jasna, da se podjetja znajo v skladu z njimi tudi ravnati. Pri odločanju o tem, katero ravnanje je z vidika člena 102 PDEU protikonkurenčno, morajo nujno biti razjasnjeni cilji oz. namen te določbe (več o tem gl. Repas, 2010: 72–74). V preteklosti je bila Komisija deležna kritik, da pretirano varuje konkurente, ki so lahko tudi neučinkoviti, kot pa samo konkurenco. Varstvo konkurentov kot cilj konkurenčnega prava je posledica ordoliberalne šole, ki zagovarja gospodarsko svobodo kot primarni cilj konkurenčne politike, vključno s pravico dostopa na trg, ki je prost ovir. Po stališču te šole prisotnost podjetij s prevladujočim položajem slabi konkurenčni proces in zmanjšuje gospodarsko svobodo drugih udeležencev na trgu. Vse to je vodilo do sprejema zelo formalističnih pravil, ki pa lahko imajo tudi nasprotne učinke od tistih, ki se jih želi s konkurenco doseči. To pomeni, da so organi EU v začetkih uporabe instituta zlorabe prevladujočega položaja odločali v odsotnosti ekonomske analize. Njihove odločitve so bolj temeljile na intuiciji, ali je določeno ravnanje opravičljivo ali ne, zato so bile pogosto kritizirane kot preveč formalistične in intervencionistične (gl. tudi Niels, Jenkins, 2005: 605). Doktrina vzvoda (leverage), ki se je razvila v predčikaškem obdobju in po kateri je monopolno podjetje vedno imelo spodbudo po razširitvi tržne moči na drugi trg z željo po pridobitvi dvojnega dobička, je, kot je bilo že pojasnjeno, privedla do tega, da so se številna ravnanja podjetij s prevladujočim položajem štela za *per se* nezakonita. Danes Komisija zagovarja

⁴⁴ Zadeva 27/76, United Brands Company in United Brands Contineental BV proti Komisiji, ZOdl. 1978, str. 207.

stališče po varstvu blaginje potrošnikov, kar izhaja tudi iz Navodil 102 PDEU.⁴⁵ Gre za poudarjanje ekonomske učinkovitosti.⁴⁶

V odsotnosti ustrezne definicije zlorabe prevladujočega položaja so pomembne določene smernice oziroma načela (Whish, 2009: 194–195):

- zlorabo lahko pomeni le ravnanje, ki povzroči ali lahko povzroči jasno in očitno škodo potrošnikom;
- člen 102 PDEU se ne sme uporabiti le zaradi varovanja konkurentov. Njegov namen ja varstvo blaginje potrošnika, potrošniki pa običajno nimajo koristi od neučinkovitih konkurentov;
- ocena zlorabe ne sme biti zgolj kratkoročna. Če podjetja s prevladujočim položajem zaračunavajo roparske cene v določenem obdobju, da preprečijo konkurentom vstop na trg, kupci plačujejo nižje cene, kar je zanje dobro. Vendar pa to ne more zadostovati kot opravičilo zaračunavanja nižjih cen. Dolgoročno je namreč treba oceniti, kakšen vpliv bodo imele nižje cene, ki lahko vodijo do manjše konkurence in višjih cen na daljši rok.

Ob navedenem je treba dodati, da čeprav člen 102 PDEU ne vsebuje sklicevanja na protikonkurenčni cilj ali učinek (različno od člena 101 PDEU), se lahko določeno ravnanje prevladujočega podjetja opredeli kot zloraba le, če omejuje konkurenco. Konkurenčno pravo je namreč pravo o konkurenci, zaradi česar se ne smejo spregledati cilji varstva konkurence, ne glede na to, kateri cilji to konkretno so. Če je sprejeti cilj konkurenčnega prava blaginja potrošnikov, potem se kot protikonkurenčno ravnanje pač šteje škoda, ki jo imajo zaradi ravnanja potrošniki (Akman: 31–32). Ta element je izjemno pomemben, ker se lahko kot zloraba opredeli le tisto ravnanje podjetja, katerega temelj ni njegova lastna uspešnost. Z drugimi besedami povedano, podjetje, ki je boljše od konkurenčnih podjetij zaradi ekonomskih učinkovitosti (ekonomija obsega, povezanosti ipd.), ne more kršiti člena 102 PDEU.

Zato je zadnji pogoj za uporabo člena 102 PDEU odsotnost objektivno opravičljivih razlogov za ravnanje podjetja. Ta pogoj sicer ni naveden v členu 102 PDEU, za razliko od člena 101(3) PDEU, ki določa izjeme od prepovedi omejevanja konkurence s sporazumi, sklepi podjetniških združenj in

⁴⁵ Navodila 102 PDEU, tč. 6 (gl. tudi Kallaugher, Weitbrecht, 2010: 310).

⁴⁶ V literaturi se navajajo pomisleki in kritike Navodil 102 PDEU, ker Komisija ignorira prakso Sodišča. Navodila 102 PDEU zožujejo obseg člena 102 PDEU na blaginjo potrošnika, s čimer uporaba te določbe nujno zahteva uporabo pristopa, ki temelji na učinku. Takšno osredotočanje na blaginjo potrošnika je nekonsistentno s preteklo prakso Sodišča, ki se upošteva ne le učinke, ampak tudi obliko in cilje, poleg tega pa poleg blaginje potrošnika poudarja tudi strukturo trga in s tem konkurence (Lovdahl Gormsen, 2010: 47).

usklajenimi ravnanji, po katerem je protikonkurenčne učinke mogoče opravičiti s prokonkurenčnimi učinki sporazuma.⁴⁷ Kljub temu pa tudi v okviru člena 102 PDEU ni mogoče govoriti o absolutni prepovedi zlorabe prevladujočega položaja. Prvi razlog za to je, da člen 102 PDEU pri ilustrativnem naštevanju zlorab določa, da so ti primeri »lahko« zlorabe. Uporaba besede »lahko« daje prostor za obstoj okoliščin, zaradi katerih se naštetna ravnanja ne obravnavajo kot zlorabe, s čimer se posredno omogoča uporaba opravičljivih razlogov. Drugi razlog pa je ta, da sta Komisija in Sodišče v praksi razvila možnost upoštevanja objektivno opravičljivih razlogov (Albors-Llorens, 2007: 1727),⁴⁸ čeravno ti v večini primerov niso zadostovali za to, da bi se podjetje s prevladujočim položajem razbremenilo odgovornosti zaradi kršitve člena 102 PDEU. Navodila 102 PDEU v zvezi s tem določajo, da lahko podjetje s prevladujočim položajem dokaže,⁴⁹ da je bilo njegovo ravnanje objektivno potrebno, ali da je posledica njegovega ravnanja bistveno večja učinkovitost, ki pretehta protikonkurenčne učinke na potrošnike. Pri odločanju o uspešnem sklicevanju na objektivno potrebne in opravičljive razloge se upoštevata nujnost ravnanja in sorazmernost ravnanja s ciljem, ki naj bi ga podjetje s prevladujočim položajem skušalo doseči.⁵⁰ Navodila 102 PDEU navajajo dve vrsti objektivno opravičljivih razlogov: zdravstveni ali varnostni razlogi, ki so povezani z značilnostmi zadevnega proizvoda,⁵¹ in večja učinkovitost podjetja s prevladujočim položajem. V zvezi s slednjimi mora podjetje s prevladujočim položajem dokazati izpolnitev naslednjih pogojev:⁵² da večja učinkovitost je ali bo dosežena kot posledica ravnanja, da je ravnanje nujno za doseganje te učinkovitosti, da morebitna

⁴⁷ Člen 101(3) PDEU določa: »V naslednjih primerih se lahko določi, da se člen 101(1) ne uporablja za:

- sporazume ali skupine sporazumov med podjetji,
- sklepe ali skupine sklepov podjetniških združenj, in
- usklajeno ravnanje ali skupine usklajenih ravnanj,

ki prispevajo k izboljšanju proizvodnje ali distribucije blaga oziroma k pospeševanju tehničnega ali gospodarskega napredka, pri čemer zagotavljajo potrošnikom pravičen delež doseženih koristi, in ki:

- a) zadevnim podjetjem ne določajo omejitev, ki za doseganje teh ciljev niso nujne;
- b) takšnim podjetjem glede znatnega dela zadevnih izdelkov ne dajejo možnosti izključitve konkurence.«

⁴⁸ Gl. npr. *Sirena proti Eda* (zadeva 40/70, ZOdl. 1971, str. 69), *United Brands proti Komisiji* (zadeva 2776, ZOdl. 1978, str. 207), *BP proti Komisiji* (zadeva 77/77, ZOdl. 1978, str. 1513), *Eurofix Limited in Banco proti Hilti* (zadeva UL L 65/19, 1998) idr.

⁴⁹ Zagotovitev potrebnih dokazov je na podjetju s prevladujočim položajem, Komisija pa poda končno oceno (Navodila 102 PDEU, tč. 31).

⁵⁰ Navodila 102 PDEU, tč. 28.

⁵¹ Pri tem je treba opozoriti, da je določanje in uveljavljanje javnih zdravstvenih in varnostnih standardov običajno naloga javnih organov. Komisija se pri tem izrecno sklicuje na zadevo *Hilti proti Komisiji* (zadeva T-30/89, ZOdl. 1991, str. 1439). Navodila 102 PDEU, tč. 29.

⁵² Navodila 102 PDEU, tč. 29 in 30.

izboljšanja učinkovitosti, ki so nastala zaradi zadevnega ravnanja, odtehta vse morebitne negativne učinke na konkurenco in blaginjo potrošnikov na prizadetih trgih ter da ravnanje ne izključuje učinkovite konkurence.

5. Vezane in paketne prodaje kot oblika zlorabe prevladujočega položaja

5.1. Pristop do vezanih in paketnih prodaj v ZDA

Pristop k obravnavanju vezanih prodaj se je v konkurenčnem pravu ZDA spreminjal skozi čas. Razlikovati je mogoče zgodnje obdobje, ki ga zaznamuje t. i. pristop *per se* nezakonnosti, nadalje pristop modificirane *per se* nezakonnosti in pristop utemeljenosti (rule of reason).

Za prvo obdobje je značilna *per se* nezakonitost vezanih poslov, kar pomeni, da odraža negativen odnos do tovrstnih ravnanj. V tem obdobju so se ti posli v veliki meri šteli za ravnanja, ki omejujejo konkurenco (Ahlborn, Evans, Padilla, 2004: 290–291). V zadevi *United States Steel v. Fortner*⁵³ je Vrhovno sodišče ZDA navedlo, da vezani posli splošno ne služijo nobenemu legitimnemu poslovnemu namenu, ki se ga ne bi moglo doseči na manj omejevalni način. Najbolj nazoren primer tega pristopa je *Northern Pacific Railway v. United States*.⁵⁴ Železnica je bila lastnica velikega dela zemljišča v severozahodnih državah. V prodajnih in zakupnih sporazumih glede tega zemljišča je vključila klavzulo o preferenčnih progah, ki je obvezovala kupce ali zakupnike, da uporabljajo Northern Pacific za prevoz blaga, ki je proizvedeno na tem zemljišču, če so njene cene enake cenam konkurenčnih prevoznikov. Vrhovno sodišče ZDA je odločilo, da je imela Northern Pacific znatno tržno moč, zaradi česar so klavzule o preferenčnih progah vodile v nezakonit vezan posel. Družbam z znatno tržno močjo je bilo prepovedano sklepati vezane posle ne glede na protikonkurenčne učinke in dosežene učinkovitosti iz takih ravnanj. Vezani posel s strani prodajalca z znatno tržno močjo na trgu zavezujočega proizvoda je bil *per se* nezakonit, če so učinki tega posla na trgu vezanega proizvoda preseglji minimalni prag vpliva na trgovino.

Drugo obdobje zaznamuje modificiran *per se* pristop nezakonnosti, ki se odraža v zadevi *Jefferson Parish Hospital Dist. No 2 et al. V. Hyde*,⁵⁵ v kateri so se kriteriji (test ločenih proizvodov) za obstoj vezanih poslov uporabili kot nadomestek negativnih učinkov na konkurenco in učinkovitosti na podlagi

⁵³ Zadeva 393 U.S. 495, 503 2 (1969).

⁵⁴ Zadeva 356 U.S. 1 (1958).

⁵⁵ Zadeva 466 U.S. 2 (1984).

tega, da vezani sporazumi ne povzročajo učinka zaprtja trga vezanega proizvoda, če ni povpraševanja potrošnikov po vezanih proizvodih. Ta primer je zadeval vezavo bolnišničnih in anestezioloških storitev. Za razliko od zgodnjih primerov, ki so se obravnavali po pristopu *per se* nezakoničnosti, je bilo Vrhovno sodišče ZDA mnenja, da lahko vezani posli vsaj v določenih okoliščinah povečujejo blaginjo. Poleg tega pa je ugotovitev, da ima podjetje le 30-odstotni tržni delež, vodila v neobstoj tržne moči. Na ta način se je podjetje izognilo pravilu *per se* nezakoničnosti. Glede testa ločenosti proizvodov pa je Vrhovno sodišče ZDA v zadevi *Jefferson Parish Hospital Dist. No 2 et al. V. Hyde* zavrnilo pristop, ki je temeljil na funkcionalnem razmerju (ali se vezana proizvoda splošno prodajata kot enota v fiksnem razmerju, ali se sestavni deli računajo posebej, ali drugi udeleženci na trgu prodajajo proizvoda individualno ali skupaj). Namesto tega se je osredotočilo na lastnosti povpraševanja po teh proizvodih. Kljub temu pa je tudi ta pristop ostal *per se* pristop, ker ni zahteval ocene vpliva posameznega vezanega posla. Domnevalo se je, da so protikonkurenčni učinki večji od doseženih učinkovitosti, vsaj v primerih, kjer so bili izpolnjeni kriteriji za obstoj vezanih poslov (ločenost vezanih proizvodov in prisila po nakupu drugega proizvoda). Če torej testu ločenih proizvodov ni bilo zadoščeno (tj. ni obstajalo ločeno povpraševanje po vezanem proizvodu), je vezan posel vodil do zaključka, da ni škodljivih učinkov za konkurenco, ker ni ločenega oz. samostojnega trga vezanega proizvoda, na katerem bi lahko prišlo do učinka zaprtja, in da ima vezani posel pozitivne učinke na blaginjo. V nasprotnem primeru gre za škodljive učinke na konkurenco (Ahlborn, Evans, Padilla, 2004: 300). Odločba Vrhovnega sodišča ZDA v tem primeru je bila deležna kritik, ker ni odločno opustila pristopa *per se* nezakoničnosti vezanih poslov in določila jasnih pravil, ki bi se uporabile pri analizi teh poslov (Rousseva, 2010: 227).

Za tretje obdobje pa je značilen pristop uporabe pravila utemeljenosti in se odraža v zadevi *United States v. Microsoft Corp.*,⁵⁶ v kateri je Microsoft pogodbeno in tehnično vezal Internet Explorer z operacijskim sistemom Windows. Pristop utemeljenosti zahteva tehtanje protikonkurenčnih in prokonkurenčnih učinkov vezanih poslov. Sodišče je v tem primeru zavrnilo modificiran *per se* pristop, ker je bilo to neprimerno zaradi tega, ker so se v njem postavila nova vprašanja in ker se ni mogel uporabiti test ločenih proizvodov iz zadeve *Jefferson Parish Hospital Dist. No 2 et al. V. Hyde* (Ahlborn, Evans, Padilla, 2004: 302–305).

⁵⁶ Zadeva 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

5.2. Pristop do vezanih in paketnih prodaj v EU

Vezane oz. paketne prodaje so v konkurenčnem pravu EU kot primer zlorabe prevladujočega položaja določene že v členu 102(d) PDEU. Ta določa, da se kot zloraba prevladujočega položaja šteje ravnanje podjetja, ki zahteva, da se za sklepanje pogodb sprejmejo dodatne obveznosti, ki po svoji naravi ali glede na trgovinske običaje niso povezane s predmetom pogodbe. Pri oceni vezanih oz. paketnih prodaj v praksi je v kontekstu člena 102 PDEU treba razlikovati med klasičnimi primeri zlorab prevladujočega položaja (*Hilti proti Komisiji*,⁵⁷ *Tetra Pak proti Komisiji*⁵⁸ in *Hoffmann-La Roche proti Komisiji*⁵⁹) in primerom v zadevi *Microsoft proti Komisiji*,⁶⁰ ki pomeni prelomnico in korak naprej k modernizaciji člena 102 PDEU, s čimer mislimo na upoštevanje ekonomskih principov pri obravnavanju te tematike.

5.2.1. Analiza klasičnih primerov vezanih oz. paketnih prodaj

5.2.1.1. Splošno

Iz prakse EU, ki se nanaša na klasične primere vezanih oz. paketnih prodaj in ki jo predstavljamo in analiziramo v nadaljevanju, izhaja, da je za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja zadostovalo, da je imelo podjetje prevladujoč položaj bodisi na trgu zavezujočega ali na trgu vezanega proizvoda, da so proizvodi, ki so bili predmet vezane oz. paketne prodaje, sodili na različne proizvodne trge, ter da je podjetje s prevladujočim položajem uporabilo »prisilo«. ⁶¹ Izpolnitev teh predpostavk je pomenila, da ima vezana oz. paketna prodaja učinke prikrajšanja potrošnikov do izbire glede vira dobav za vezan proizvod, s čimer je konkurenca neodvisnih proizvajalcev vezanega proizvoda otežkočena ali celo nemogoča. Temeljna skrb Sodišča je v teh klasičnih primerih vezanih oz. paketnih prodaj bila, da je podjetje s prevladujočim položajem s takim ravnanjem želelo izriniti konkurente s trga (gl. Rousseva, 2010: 225).

Prva predpostavka pomeni, da mora imeti podjetje prevladujoč položaj na trgu proizvoda, kar bo praviloma na trgu zavezujočega proizvoda, lahko pa

⁵⁷ Zadeva 53/92 P, ZOdl. 1994, str. I-667.

⁵⁸ Zadeva C-333/94 P, ZOdl. 1996, str. I-5951.

⁵⁹ Zadeva 85/76, ZOdl. 1979, str. 461.

⁶⁰ Zadeva T-201/04, ZOdl. 2007, str. II-3601.

⁶¹ Rousseva v zvezi s tem navaja, da se je sicer tudi v klasičnih primerih vezane prodaje Sodišče sklicevalo na to, da so bili s takim ravnanjem kupci prikrajšani do izbire, vendar v zvezi s tem ni šlo za element testa zlorabe, ampak za nezaželeno posledico nezakonitega ravnanja (Rousseva, 2010: 237).

tudi na trgu vezanega proizvoda. Samo v takem primeru lahko namreč podjetje uspešno izvršuje vezano prodajo. Podjetje bo lahko prisililo kupce, da kupijo ločena (samostojna) proizvoda skupaj le, če so kupci odvisni od podjetja glede dobave enega od teh proizvodov (Faull, Nikpay, 2007: 369).

V skladu z drugo predpostavko gre za vezano prodajo takrat, kadar podjetje s prevladujočim položajem prisili kupce, da kupijo dva samostojna proizvoda ali storitvi skupaj. Posledično bo torej za obstoj vezane prodaje treba izkazati ločenost proizvodov oz. storitev. Določitev ločenih oz. samostojnih proizvodov se po členu 102(d) PDEU opravi z analizo narave proizvodov ali storitev ali z oceno trgovskih običajev, po katerih bi se zadevni proizvodi oz. storitve prodajali skupaj. Test za ugotovitev ločenih proizvodov, ki se v praksi uporablja, se osredotoča na povpraševanje potrošnikov in se glasi, ali obstaja dejansko ali potencialno povpraševanje potrošnikov samo za vezan proizvod.⁶² Ta kriterij je Sodišču v večini primerov zadostoval pri odločanju. V skladu s tem sta proizvoda samostojna, če bi precejšnje število strank od istega dobavitelja kupilo zavezujoč proizvod, ne pa tudi vezanega proizvoda, s čimer bi bila omogočena samostojna proizvodnja zavezujočega in vezanega proizvoda. Dokazi o tem so lahko neposredni ali posredni. Za neposredne dokaze gre, če bi stranke v primeru izbire zavezujoč in vezan proizvod kupile ločeno od različnih dobaviteljev, za posredne pa, če na trgu obstajajo podjetja, ki so specializirana za proizvodnjo ali prodajo vezanega proizvoda brez zavezujočega proizvoda ali vsakega od obeh proizvodov, ki jih v paketu prodaja podjetje s prevladujočim položajem. Prav tako gre za posredne dokaze, če podjetja z majhno tržno močjo, zlasti na konkurenčnih trgih, takih proizvodov po večini ne prodajajo vezano ali v paketu.⁶³ Poudariti je treba še, da se v določenih primerih opisani test oz. kriterij za določitev odvisnih ali neodvisnih proizvodov ne more uporabiti. To bo zlasti v primeru novih proizvodov na trgu. V takem primeru se analiza preusmeri z vprašanja, ali sta proizvoda, ki se prodajata skupaj, ločena, na vprašanje, ali je njuna skupna prodaja objektivno opravičljiva. Kot rešitev se ponuja tudi alternativna analiza, v okviru katere se predvidi verjetnost skupne prodaje zadevnih proizvodov v prihodnosti. Da je v takih primerih potrebna posebna previdnost, kaže zadeva *IBM System 370*, v kateri je Komisija štela prodajo centralne enote računalnika skupaj s pomnilno napravo in osnovno aplikacijo programske opreme za nezakonito vezano prodajo. Kmalu za tem je integracija in prodaja teh sestavnih delov kot enega proizvoda postala običajna v računalniški industriji (Faull, Nikpay, 2007: 370; gl. tudi Whish, 2009: 661).

⁶² Ta test izhaja iz tč. 215 Smernic o vertikalnih omejitvah (UL C 130, 19.5.2010, str. 1).

⁶³ Navodila 102 PDEU, tč. 51.

Element prisile, imenovan tudi odsotnost izbire pri potrošnikih (Jones, Sufrin, 2008: 517), ki jo nekateri navajajo kot tretjo predpostavko za ugotovitev vezane oz. paketne prodaje kot zlorabe prevladujočega položaja, pa pomeni, da so kupci prisiljeni kupiti proizvod proti svoji volji. V literaturi se opozarja na obstoj različnih stopenj prisile. Te je mogoče razvrstiti od najbolj ekstremne prisile do manj ekstremnih prisil. O najbolj ekstremni prisili je mogoče govoriti v primeru, ko je nakup enega proizvoda absolutno pogojen z nakupom drugega proizvoda. Pritisk oz. prisila pa se lahko na kupce izvaja tudi drugače, npr. z ukinitvijo določenih ugodnosti kupcu (garancija⁶⁴), če ti ne kupijo obeh proizvodov pri podjetju s prevladujočim položajem, ali s cenovnimi spodbudami. Primer slednjega so npr. rabati v primeru nakupa obeh proizvodov (Faull, Nikpay, 2007: 370–371).

Na podlagi analize klasičnih primerov je mogoče zaključiti, da sta Komisija in Sodišče sprejela skoraj pristop *per se* nezakonnosti vezanih oz. paketnih prodaj – skoraj zaradi tega, ker se je za obstoj nezakonnosti oz. zlorabe v členu 102 PDEU zahteval obstoj prevladujočega položaja (Schmidt, 2009: 366). Problem klasičnih primerov vezane prodaje, ki sta jih obravnavala Komisija in Sodišče, je bil v tem, da so se protikonkurenčni učinki domnevali, ne da bi se analizirali.

5.2.1.2. Hilti proti Komisiji⁶⁵

Družba Hilti je prodajala pištrole za žeblje, trakove za naboje in žeblje, ki so bili prilagojeni specifični znamki pištrole. Na trgu žebeljev je imela 55-odstotni, na trgu trakov za naboje pa 70-odstotni tržni delež. Prodajo žebeljev je vezala na prodajo trakov za naboje, žeblje, ki so ustrezali Hiltijevim trakovom za naboje, pa so prodajali tudi drugi neodvisni proizvajalci. V postopku odločanja o zlorabi prevladujočega položaja podjetja Hilti je bilo ključno vprašanje, ali pištrole, trakovi za naboje in žebli sodijo na isti upoštevni trg. Komisija je ugotovila, kar je potrdilo tudi Sodišče, da obstajajo trije ločeni trgi teh proizvodov. Razlogi za to so bili, da ima vsak od teh proizvodov samostojno strukturo povpraševanja in ponudbe, da sta življenjski dobi pištol na eni strani in trakov ter žebeljev na drugi strani različni, trakovi in žebli pa se tudi niso prodajali skupaj s pištolami.

⁶⁴ V zadevi *Novo Nordisk* (gl. XXVI Poročilo Komisije o politiki konkurence, 1996, str. 35) je proizvajalec inzulinskih injekcijskih peresnikov zavrnil garancijo tem proizvodom, če so se uporabljali skupaj s skladnimi komponentami (odstranljive igle), ki so jih proizvajali njegovi konkurenti.

⁶⁵ Zadeva 53/92 P, ZOdl. 1994, str. I-667.

V obravnavanem primeru sta Komisija in Sodišče na podlagi ugotovitve, da je podjetje Hilti pogojevalo prodajo trakov za naboje z nakupom določene količine žeblicev, brez nadaljnje analize odločila, da je ravnanje podjetja Hilti zloraba prevladujočega položaja in s tem v nasprotju s členom 102 PDEU. Prav tako nista upoštevala razlogov za tako ravnanje, ki jih je v postopku navajalo podjetje Hilti in ki so se nanašali na razloge javne varnosti in zdravja potrošnikov, s čimer je podjetje Hilti želelo opravičiti svoje ravnanje na podlagi objektivno opravičljivih razlogov. Komisija in Sodišče nista analizirala učinkov Hiltijevega ravnanja na konkurenco, kot negativne učinke pa sta navedla: izključitev samostojnih proizvajalcev žeblicev, prikrajšanje potrošnikov do izbire alternativnih dobaviteljev in okrepitev prevladujočega položaja podjetja Hilti na trgu žeblicev. Z vidika potrošniške blaginje sta se Komisija in Sodišče ukvarjala zgolj z omejeno izbiro potrošnikov za nakup žeblicev, ne pa tudi s koristmi, ki bi jih zaradi ravnanja Hiltija potrošniki lahko imeli. V danem primeru je mogoče ugotoviti, da je zgolj dejstvo, da je vezano prodajo izvrševalo podjetje s prevladujočim položajem, Komisijo in Sodišče odvrnilo od nadaljnje analize ravnanja podjetja. Organi torej niso analizirali negativnih učinkov ravnanja na konkurenco in niti niso izvedli ocene morebitnih učinkovitosti, ki bi izvirale iz ravnanja. Posledično sta Komisija in Sodišče v danem primeru uporabila pravilo *per se* nezakonitosti vezane prodaje (tako Rousseva, 2010: 222; gl. tudi Schmidt, 2009: 364).

5.2.1.3. Tetra Pak proti Komisiji⁶⁶

Ta primer se je odvijal na trgu septičnega in aseptičnega kartona. Komisija je ugotovila, da aseptične naprave za pakiranje, aseptični kartoni, septične naprave za pakiranje in septični kartoni sodijo na štiri različne upoštevne trge. Podjetje Tetra Pak je imelo prevladujoč položaj na trgu aseptičnih naprav in kartona (na obeh trgih je imel 90-odstotni tržni delež), zlorabilo pa je ta svoj položaj na septičnem trgu s tem, ko je pogojevalo dobavo septičnih naprav z dobavo kartona. Prav tako so morali kupci pri Tetra Paku kupiti tudi sestavne dele in pri njem opraviti servis. Tetra Pak je menil, da naprave in karton predstavljajo integriran distribucijski sistem in da je vezan posel v vsakem primeru upravičen iz tehničnih razlogov, javnega zdravja in varstva ugleda (več o tem gl. Mestmäcker, Schweitzer, 2004: 420). Komisija je te argumente zavrnila.⁶⁷ Odločitev Komisije sta podprla Splošno sodišče,⁶⁸ po pritožbi podjetja Tetra Pak pa je odločbo Splošnega sodišča podprlo tudi Sodišče.

⁶⁶ Zadeva C-333/94 P, ZOdl. 1996, str. I-5951.

⁶⁷ Zdravstveni in varnostni razlogi ter razlogi ugleda družbe so bili zavrnjeni kot opravičljivi za vezano prodajo, ker po mnenju Komisije ni bila obveznost družbe, da določi standarde varnosti, prav tako pa naj bi obstajali manj omejujoči ukrepi za varstvo ugleda družbe in za zagotovitev standardov varnosti.

Ta primer je posebej zanimiv, ker je Sodišče potrdilo odločitev Splošnega sodišča, da v danem primeru ne gre za naravno vez med proizvodoma, ki sta bila predmet vezane prodaje, in odločilo še, da primeri zlorab prevladujočega položaja v členu 82 PES (danes 102 PDEU) niso navedeni izčrpno. Zlorabo lahko pomeni tudi vezan posel, čeprav med zavezujočim in vezanim proizvodom obstaja naravna vez oz. je vezana prodaja v skladu s trgovskimi običaji, razen če je tak vezan posel objektivno opravičljiv.⁶⁹

Tudi v tem primeru je za kršitev člena 102 PDEU zadoščala ugotovitev, da ima podjetje Tetra Pak prevladujoč položaj na trgu zavezujočega proizvoda in da sta proizvoda, ki sta bila predmet vezave, sodila na različne proizvodne trge. Splošno sodišče je navedlo, da je Tetra Pak želel napraviti kupce popolnoma odvisne od njegovih dobav in s tem izključiti konkurenco na obeh trgih. Menilo je, da je treba oceniti, ali je vezana prodaja objektivno opravičljiva v kontekstu trgovskih običajev in narave proizvodov, kot je to zatrjeval Tetra Pak. Ne glede na to pa je brez nadaljnje analize zaključilo, da četudi bi po trgovskih običajih obstajala vez med napravami in kartonom, to ne bi moglo opravičiti ravnanja podjetja s prevladujočim položajem, ker čeprav bi tako ravnanje bilo sprejemljivo v normalnih situacijah na konkurenčnem trgu, ne more biti sprejemljivo na trgu, kjer je konkurenca zaradi prevladujočega položaja podjetja oslABLJENA oz. omejena.⁷⁰

Komisija in Sodišče sta vezanim poslom pripisala enake negativne učinke kot v zadevi *Hilti proti Komisiji*:⁷¹ omejitev konkurence na trgu vezanega proizvoda s preprečevanjem dostopa do neodvisnih proizvajalcev vezanega proizvoda, prikrajšanje kupcev za izbiro in okrepitev prevladujočega položaja na trgu zavezujočega in/ali vezanega proizvoda (gl. Rousseva, 2010: 224).

5.2.1.4. Hoffmann-La Roche proti Komisiji⁷²

Ta primer se nanaša na bolj prikrito oz. posredno obliko vezane prodaje, za razliko od ostalih primerov, ki so predmet analize tega prispevka in ki pomenijo neposredno obliko vezane prodaje. Podjetje Hoffmann-La Roche je prodajalo vrsto vitaminov, ki so sestavljali osem različnih skupin vitaminov, pri čemer je vsaka skupina vitaminov predstavljala ločen (samostojen) proizvodni trg. Prevladujoč položaj je imelo na sedmih proizvodnih trgih in je kupcem, ki so se strinjali z nakupom vseh skupin vitaminov, ponudilo popust.

⁶⁸ Zadeva T-83/91, Tetra Pak proti Komisiji, ZOdl. 1994, str. II-755.

⁶⁹ Zadeva C-333/94 P, Tetra Pak proti Komisiji, ZOdl. 1996, str. I-5951, t. 37.

⁷⁰ Zadeva T-83/91, Tetra Pak proti Komisiji, ZOdl. 1994, str. II-755, tč. 137.

⁷¹ Zadeva 53/92 P, ZOdl. 1994, str. I-667.

⁷² Zadeva 85/76, ZOdl. 1979, str. 461.

Kupci so torej prejeli popust, če so od podjetja Hoffmann-La Roche kupili vitamine, ki so sodili na različne proizvodne trge. Komisija in Sodišče sta odločila, da tak popust kupcem preprečuje izbiro do nakupa vitaminov od drugih dobaviteljev, ki ne prodajajo celotne vrste vitaminov. Razlog temu je bila izguba popusta.

Za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja sta tudi v tem primeru zadostovala obstoj prevladujočega položaja in skupna prodaja ločenih (samostojnih) proizvodov. Vprašanje morebitnih objektivno opravičljivih razlogov za tako ravnanje podjetja Hoffmann-La Roche se v postopku ni postavilo (Rousseva, 2010: 225).

5.2.2. Analiza primera Microsoft proti Komisiji⁷³

5.2.2.1. Splošno

Leta 2004 je Komisija ugotovila, da družba Microsoft krši takratni člen 82 PES (danes člen 102 PDEU) s tem, ko proizvajalcem računalnikov in uporabnikom ne daje možnosti nakupa operacijskega sistema Windows brez njegovega medijskega predvajalnika Windows Media Player. Komisija je bila mnenja, da je s takim ravnanjem omejena konkurenca na trgu medijskih predvajalnikov. Microsoft se je skliceval na učinkovitosti tega ravnanja, kar pa je Komisija zavrnila, ker vezan posel ni bil nujno potreben za zagotovitev učinkovitosti. Družba Microsoft se je na odločbo Komisije pritožila na Splošno sodišče.

Odločba *Microsoft proti Komisiji*, ki jo se sprejelo Splošno sodišče, je odziv na kritike pristopa, ki je bil zastopan v klasičnih primerih vezane prodaje, in pomeni korak naprej k modernizaciji člena 102 PDEU. Splošno sodišče je v obravnavani odločbi združilo legalističen in ekonomski pristop. Posebnost tega primera je bila v tem, da paketna prodaja ni popolnoma izključila možnosti pridobitve konkurenčnega medijskega predvajalnika. Ta posebnost je bila razlog, da sta Komisija in Splošno sodišče uporabila drugačen test ugotovitve zlorabe prevladujočega položaja v primerih vezanih oz. paketnih prodaj, čeprav tega izrecno nista priznala. Namesto tega sta obravnavala primer kot specifičen, ki pa ga je mogoče analizirati v skladu z načeli, ki so se razvili v klasičnih primerih vezanih in paketnih prodaj. Metodologija ugotovitve nezakonite vezane prodaje v primeru *Microsoft proti Komisiji* je zahtevala obstoj naslednjih elementov (Rousseva, 2010: 249–259):

- vezan in zavezujoč proizvod sta ločena proizvoda;

⁷³ Zadeva T-201/04, ZOdl. 2007, str. II-3601.

- prisila;
- izključitev konkurentov (zaprtje trga) in
- odsotnost objektivno opravičljivih razlogov.

Rousseva navaja, da je le prvi element tisti, ki se ujema s sodno prakso prejšnjih klasičnih primerov vezanih poslov. Splošno sodišče je namreč potrdilo pristop ločenih oz. samostojnih proizvodov iz prejšnjih odločb. Drugi element uvaja prisilo, ki ni bila izrecno omenjena s strani Sodišča kot pogoj za obstoj zlorabe v klasičnih primerih vezanih prodaj, saj se je tam obravnavala kot nezaželena posledica vezane prodaje, ne pa kot pogoj za obstoj zlorabe. Tretji element je najbolj pomembna novost, ker je Komisija v teh zadevah prvič temeljito preučila učinek zaprtja trga in s tem sprejela postčikaško miselnost. Kar zadeva zadnji element, je Splošno sodišče kot pravilo dovolilo možnost upoštevanja učinkovitosti na podlagi objektivno opravičljivih razlogov za vezano prodajo, ni pa jasno definiralo okoliščin, v katerih se argumenti učinkovitosti lahko upoštevajo (*Rousseva*, 2010: 237 in 250).

Ker se pristop Splošnega sodišča do prvega elementa ugotovitve nezakonite vezane prodaje ne razlikuje od pristopa v prejšnjih odločbah Komisije in Sodišča, v nadaljevanju analiziramo zgolj elemente prisile, izključitev konkurentov in odsotnost objektivno opravičljivih razlogov v luči te zadeve.

5.2.2.2. Prisila kot element nezakonite vezane prodaje

Komisija je prisilo izrecno navedla kot pogoj za zlorabo. Ta obstaja, če podjetje s prevladujočim položajem prikrajša kupce za realno izbiro nakupa zavezujočega proizvoda brez vezanega proizvoda ali kjer nalaga drugo dodatno obveznost. Družba Microsoft je v zvezi s tem navajala, da od kupcev ni zahtevala dodatnega plačila za medijsko funkcionalnost Windows-ov, da niso bili zavezani uporabljati vgrajenega medijskega predvajalnika in da so uporabniki še vedno lahko vgradili in uporabljali medijske predvajalnike konkurentov družbe Microsoft. Navedeni argumenti, kljub svoji teži, niso bili zadostni, da ovržejo obstoj prisile v danem primeru. Komisija in Splošno sodišče sta namreč prisili podala drugačno vsebino. Ta zahteva le, da potrošniki ne morejo kupiti operacijskega sistema Windows brez vgrajenega medijskega predvajalnika Windows Media Player. Temu je treba dodati, da tudi originalni proizvajalci niso dobili licenc za operacijski sistem Windows brez vgrajenega medijskega predvajalnika Windows Media Player, kar je še dodatno kazalo na prisilo, medtem ko argument družbe Microsoft glede brezplačne pridobitve medijskega predvajalnika ni bil relevanten, poleg tega je bil ta že vstet v skupno ceno.

V literaturi je v zvezi s prisilo, kot sta jo opisala Komisija in Splošno sodišče, zaslediti utemeljene kritike. Domnevna prisila naj ne bi dokazovala drugega kot to, da je bil medijski predvajalnik Windows Media Player že vgrajen v operacijski sistem Windows, kar je bilo nesporno dejstvo. Je pa v danem primeru pomembno, da so potrošniki imeli izbiro, saj so lahko svobodno pridobili in vgradili (naložili) alternativni medijski predvajalnik. Vendarle pa je treba upoštevati relevantno okoliščino, da se medijski predvajalnik Windows Media Player vedno pojavi na zaslonih uporabnikov. To vpliva na potrošnika, saj s tem postane zanje bolj privlačen od drugih alternativnih medijskih predvajalnikov. Kljub temu pa tega ni mogoče obravnavati kot prisilo, ampak kot enega izmed vidikov ocene učinka na ravnanje (Rousseva, 2010: 252).

5.2.2.3. Izključitev konkurentov kot element nezakonite vezane prodaje

Ta element pomeni najbolj pomembno novost testa vezanih prodaj, ki ga je potrdilo tudi Splošno sodišče. V klasičnih primerih vezanih prodaj sta Komisija in Sodišče učinek zaprtja trga demonstrirala s skupno prodajo ločenih proizvodov. V zadevi *Microsoft proti Komisiji* pa je vezana prodaja zahtevala bolj natančno oceno učinka tega ravnanja na konkurenco, ker so v tej zadevi uporabniki v določeni meri lahko od tretjih oseb kupili medijski predvajalnik na spletu, včasih so ga lahko pridobili tudi brezplačno. Komisija je navedla, da obstajajo dobri razlogi, zaradi katerih ni mogoče domnevati, da lahko ravnanje že po svoji naravi povzroči zaprtje trga brez natančnejše preiskave. To priča o odmiku od starega vidika, ki je temeljil na *per se* nezakonitosti vezanih prodaj. V tem pa se kaže sprejem postčikaškega pristopa pri obravnavanju vezanih prodaj.

Pri analizi učinka obravnavane vezane prodaje je bila v zadevi *Microsoft proti Komisiji* upoštevana teorija vzvoda, nemožnost odstranitve prvotno vgrajenega medijskega predvajalnika Windows Media Player, s čimer vgraditev alternativnega medijskega predvajalnika ni bila smiselna (stroškovno gledano), nepopolne informacije uporabnikov, upad konkurentov na trgu medijskih predvajalnikov in znatni posredni mrežni učinki.

Teorija vzvoda je bila uporabljena le kot teoretična osnova za ugotovitev učinka zaprtja. Družba Microsoft je imela skorajda monopol na trgu operacijskih sistemov. Vgraditev medijskega predvajalnika v operacijski sistem Windows je povzročila lahek dostop medijskega predvajalnika Windows Media Player na trg medijskih predvajalnikov, kjer je obstajala konkurenca (Rousseva, 2010: 253). Problem je predstavljalo tudi to, da je Microsoft prodajal operacijski sistem le skupaj s svojim medijskim predvajalnikom, ki ga ni bilo mogoče odstraniti. Tako tudi originalni

proizvajalci naprav niso mogli učinkovito vezati dodatnega medijskega predvajalnika. Razlog za to je bil ta, da uporabniki ne bi imeli interesa plačati višje cene za takšen paket. To pa ni spodbudno vplivalo na proizvajalce, ki bi imeli dodatno delo in stroške, ti pa ne bi bili povrnjeni. Tako ravnanje Microsofta je torej oslabilo možnost konkuriranja. Negativnemu učinku na konkurenco so botrovale tudi nepopolne informacije. Splošno sodišče je menilo, da je zgolj dejstvo prednamestitve medijskega predvajalnika Windows Media Player odvrnilo uporabnike od tega, da bi iskali alternativne medijske predvajalnike, o čemer pa bi razmislili v primeru, da medijski predvajalnik Windows ne bi bil vgrajen v operacijski sistem. Prenos s spleta je bil dosti manj učinkovita možnost v primerjavi s prednamestitvijo medijskega predvajalnika zaradi pomanjkanja informacij na strani uporabnikov. Prenos se je zdel kompliciran ali je pomenil izgubo časa, poleg tega so uporabniki menili, da prvotno vgrajeni medijski predvajalnik deluje bolje. Komisija in Splošno sodišče sta se pri analizi ravnanja družbe Microsoft osredotočila tudi na mrežne učinke, ki so lastnost trga medijskih predvajalnikov. Večje je število uporabnikov določene platforme programske opreme, več je investicij v razvoj proizvodov, ki so skladni s tako platformo, kar zopet povzroči popularnost med uporabniki. Ugotovilo se je, da množična prisotnost medijskega predvajalnika Windows Media Player na trgu kot posledica vezane prodaje močno vpliva na spodbudo zagotavljalcev vsebin in oblikovalcev programske opreme po ustvarjanju proizvodov, ki temeljijo na platformi medijskega predvajalnika Windows, ker jim to zagotavlja širši trg prodaje. Vse to povzroči konkurenčno prednost družbi Microsoft in oteži vstop novim tekmečem. Zadnji element analize učinka na konkurenco pa je v danem primeru bil izkazan upad prisotnosti konkurentov na trgu medijskega predvajalnika s pojavom Microsoftovega paketa. Microsoft je v zvezi s tem zatrjeval, da so nekaj let po začetku domnevne zlorabe prevladujočega položaja na trgu medijskega predvajalnika še vedno prisotni številni konkurenti, vendar pa je Splošno sodišče izpostavilo, da o kršitvi člena 82 PES (danes 102 PDEU) ni mogoče govoriti le v primeru, ko so konkurenti popolnoma izključeni s trga. Pomembno je, da ravnanje podjetja s prevladujočim položajem zmanjša konkurenco in da konkurenčna struktura v prihodnosti ne bo zagotovljena.⁷⁴

Iz tega izhaja, da učinek izključitve s trga ni opredeljen s popolnim izkrivljanjem konkurence, ampak zadošča že, da podjetje s prevladujočim položajem oteži položaj konkurentov, katerih proizvodi zaradi tega niso predmet konkurence. Podjetje z močnim prevladujočim položajem se bo težko razbremenilo negativnih učinkov na konkurenco, ker je tržna moč najbolj odločilni dejavnik oz. pokazatelj izključitve konkurentov s trga.

⁷⁴ Zadeva T-201/04, Microsoft proti Komisiji, ZOdl. 2007, str. II-3601, tč. 955–1090.

Kakršnakoli prednost, ki bi jo tako podjetje pridobilo na povezanem trgu, bi se morala opravičiti z objektivnimi razlogi oz. razlogi učinkovitosti (Rousseva, 2010: 255).

5.2.2.4. Odsotnost objektivno opravičljivih razlogov kot element nezakonite vezane prodaje

Splošno sodišče je načeloma dopustilo možnost, da se podjetje s prevladujočim položajem sklicuje na razloge, ki objektivno opravičujejo vezano prodajo. To pomeni, da vezana prodaja ne bo pomenila zlorabe prevladujočega položaja, če se jo da opravičiti iz objektivnih razlogov. Najbolj očiten razlog je lahko ta, da vezana prodaja povzroča učinkovitosti, ker so stroški večji, če se proizvoda proizvajata ali distribuirata ločeno. Primer tega je npr. skupna prodaja proizvodov, ki jih sicer večina ljudi kupuje skupaj, kar povzroča prihranek dodatnih stroškov, kot sta npr. pakiranje in shranjevanje. Drugi razlogi pa se lahko nanašajo na kakovost, varnost in dobro uporabo proizvodov (Faull, Nikpay, 2007: 371 in 372).

Iz odločbe Komisije in Splošnega sodišča v zadevi *Microsoft proti Komisiji* izhaja, da objektivno opravičljivi razlogi vključujejo koristi in učinkovitosti ravnanja, ki so zadostne, da odtehtajo protikonkurenčne učinke ravnanja. Microsoft je zatrjeval, da je medijski predvajalnik Windows Media Player potreben za boljše delovanje operacijskega sistema Windows, česar pa Komisija in Splošno sodišče nista sprejela. Problem je bil v tem, da Microsoft ni mogel dokazati, da bi bile te prednosti izgubljene, če bi potrošniki lahko izbrali medijski predvajalnik, ki bi ga sami želeli. Posledično lahko ugotovimo, da Splošno sodišče za zadostnost razlogov, ki bi opravičili zlorabo prevladujočega položaja, zahteva, da je domnevna zloraba prevladujočega položaja nujno potrebna za dosego učinkovitosti. Analiza opravičljivih razlogov v kontekstu uporabe člena 102 PDEU se tako približuje analizi izjem od prepovedi omejevanja konkurence v členu 101(3) PDEU. Ker so bili razlogi opravičljivosti vezane prodaje zavrženi, Splošno sodišče ni doseglo stopnje, kjer bi se opravilo tehtanje pozitivnih in negativnih učinkov. Postčikaški modeli ne povedo dosti o tem, kako bi se morale učinkovitosti vključiti v skupno oceno ravnanja. Kljub temu konsistentna uporaba člena 101 in 102 PDEU nalaga uporabo enakih pristopov. Člen 101(3) PDEU zahteva dvojje: da se učinkovitosti prenesejo na potrošnike in da sporazum ne sme omejiti konkurence na znatnem delu zadevnega proizvoda. Enake zahteve bi torej bilo treba uporabiti tudi v okviru člena 102 PDEU. V nasprotnem primeru bi lahko prišlo do paradoksalne situacije, kjer bi se vezane prodaje bolj strogo obravnavale pri podjetjih, ki nimajo

prevladujočega položaja, kar pa bi bilo neprimerno in neustrezno (Rousseva, 2010: 256).

5.2.3. Navodila 102 PDEU in vezane oz. paketne prodaje

5.2.3.1. Ekonomski pristop

Kot že omenjeno, je Komisija leta 2009 sprejela Navodila 102 PDEU, v katerih je opredelila njene prednostne naloge glede uporabe člena 102 PDEU. Navodilo člena 102 PDEU ne zajema vseh vrst zlorab prevladujočega položaja, ampak zgolj izključevalne zlorabe. Ker med tovrstne zlorabe sodijo tudi vezane oz. paketne prodaje, se je Komisija opredelila tudi do teh ravnanj, ki jih obravnava v tč. 47–62.

Komisija je v Navodilih 102 PDEU zavzela ekonomski pristop obravnavanja izključevalnih zlorab prevladujočega položaja, s čimer se je odmaknila od pretekle prakse, tudi od prakse Sodišča. Navodila 102 PDEU torej ne temeljijo na pristopu *per se* nezakonitih vezanih oz. paketnih prodaj, ker je treba v vsakem posameznem primeru za obstoj zlorabe prevladujočega položaja preučiti tudi protikonkurenčne učinke. Temeljijo pa na blaginji potrošnika, kar pomeni, da morajo vezane oz. paketne prodaje biti škodljive za potrošnike.⁷⁵ Tak pristop, glede na preteklo prakso Komisije in nedavno sprejete nezavezujoče akte na področju člena 101 PDEU in koncentracij med podjetji, ne preseneča.

Navodila 102 PDEU najprej opredeljujejo pojem vezane in paketne prodaje,⁷⁶ nato pa omenjajo protikonkurenčne učinke vezanih oz. paketnih prodaj podjetij, ki imajo prevladujoč položaj na zavezujočem trgu, ki se kažejo v škodi za potrošnike, ker omejujejo dostop do trga za druge proizvode, ki so del vezane oz. paketne prodaje, posredno pa omejujejo tudi dostop do zavezujočega trga.⁷⁷ Predpostavke za ukrepanje Komisije na podlagi člena 102 PDEU v primeru vezanih oz. paketnih prodaj so: (i) podjetje ima prevladujoč položaj na zavezujočem trgu, ne pa nujno tudi na vezanem trgu (pri paketni prodaji mora imeti prevladujoč položaj na enem od trgov proizvodov, ki se prodajajo v paketu), (ii) zavezujoč in vezan proizvod sta samostojno proizvoda in (iii) vezana oz. paketna prodaja povzroča protikonkurenčno omejevanje dostopa.

⁷⁵ Navodila 102 PDEU, tč. 49.

⁷⁶ Navodila 102 PDEU, tč. 48.

⁷⁷ Navodila 102 PDEU, tč. 49.

Glede na navedene pogoje za opredelitev vezane oz. paketne prodaje kot zlorabe prevladujočega položaja lahko ugotovimo, da je Komisija zasledovala pristop Splošnega sodišča v zadevi *Microsoft proti Komisiji*.⁷⁸ Pri analizi protikonkurenčnega omejevanja dostopa se v skladu z Navodili 102 PDEU upoštevajo splošni in posebni dejavniki. Splošni dejavniki⁷⁹ so navedeni v tč. 20 Navodil 102 PDEU in so naslednji: položaj prevladujočega podjetja (močnejši je, večja je verjetnost omejevanja dostopa in izključitve konkurentov), pogoji na upoštevem trgu (pogoj vstopa in širitve, na katerega vpliva ekonomija obsega in povezanosti ter mrežni učinki), položaj konkurentov podjetja s prevladujočim položajem, položaj strank in dobaviteljev (najdejo se stranke, ki se odzovejo na ponudbe drugih dobaviteljev itd.) in obseg domnevnih zlorab (daljše je trajanje in večji je odstotek skupne prodaje, večja je verjetnost protikonkurenčnega učinka). Posebni dejavniki⁸⁰ so navedeni v tč. 53–58 in so še posebej pomembni. Učinek protikonkurenčnega omejevanja dostopa bo večji ob prisotnosti naslednjih dejavnikov: trajno oblikovanje strategije vezane in paketne prodaje (predvsem v obliko tehnične vezave); v primeru paketne prodaje, ko ima podjetje prevladujoč položaj za več kot enega od proizvodov v paketu (več je takih proizvodov v paketu, večja je možnost omejevanja konkurence, predvsem če ima konkurent težave pri sestavljanju enakega paketa); premalo strank, ki bi kupile samo vezan proizvod, da bi se konkurenti obdržali na trgu vezanega proizvoda, zvišuje cene za stranke; če so cene na zavezujočem trgu regulirane, lahko vezana prodaja podjetju s prevladujočim položajem omogoči, da poviša cene na vezanem trgu in s tem nadomesti izpad prihodkov zaradi regulacije zavezujočega trga; če je vezani proizvod pomemben dopolnilni proizvod za stranke zavezujočega proizvoda, lahko zmanjšanje števila alternativnih dobaviteljev vezanega proizvoda in s tem zmanjšana dostopnost tega proizvoda otežita vstop na trg zavezujočega proizvoda.

Navodila 102 PDEU omenjajo tudi objektivno opravičljive razloge za izvrševanje vezanih oz. paketnih prodaj. V takem primeru morajo seveda biti izpolnjeni splošni pogoji, določeni v tč. 28–31 Navodil 102 PDEU, ki so navedeni že zgoraj.⁸¹

⁷⁸ Zadeva T-102/04, ZOdl. 2007, str. II-3601.

⁷⁹ Splošni zato, ker se uporabljajo za vse vrste izključevalnih zlorab prevladujočega položaja, opredeljenih v Navodilih 102 PDEU.

⁸⁰ Posebni zato, ker se upoštevajo pri vezani in paketni prodaji kot obliki izključevalne zlorabe prevladujočega položaja.

⁸¹ Navodila 102 PDEU, tč. 62.

5.2.3.2. Mešana paketna prodaja

Navodila 102 PDEU v točkah 59–61 se posebej opredeljujejo do skupinskega rabata za več proizvodov, imenovanega tudi mešana paketna prodaja. Mešana paketna prodaja pomeni prodajo proizvodov v paketu po nižji ceni kot v primeru njihove ločene prodaje. V tem primeru ne gre za neposredno obveznost kupiti proizvod A kot pogoj za nakup proizvoda B, ker ima potrošnik možnost izbire, zato ne obstaja pogodbeni ali neposredni prisila. Ali obstaja komercialna prisila in učinek izključitve, je odvisno od cene in stroškov paketa in individualnih sestavnih delov ter njihovega vpliva na obnašanje potrošnikov po nakupu (O'Donoghue, Padilla, 2006: 500). Mešane paketne prodaje vodijo v prihranek stroškov z dobavo dveh proizvodov skupaj, vključno z ekonomijo obsega, manjšimi transakcijskimi stroški za podjetja in nižjimi informacijskimi stroški za potrošnike. Mešana paketna prodaja je doživela zelo različno obravnavo. Najbolj strogo jo je obravnavala Komisija v primerih uporabe člena 102 PDEU. Komisija je tako prodajo prepovedala ali pa jo je dovolila, vendar le, če so obstajali specifični prihranki stroškov. (O'Donoghue, Padilla, 2006: 501 in 503).

Navodila 102 PDEU za oceno (ne)dopustnosti mešanih paketnih prodaj navajajo uporabo ekonomskega pristopa. Taka prodaja je protikonkurenčna, če je rabat tako velik, da enako učinkoviti konkurenti, ki ponujajo le nekaj sestavnih delov, ne morejo konkurirati rabatu, ki je ponujen za celoten paket. Uporablja se test enako učinkovitega konkurenta. Komisija poudarja, da bi bilo idealno, če bi lahko učinek rabata ocenili s preučitvijo, ali pri vsakem proizvodu v paketu podjetja s prevladujočim položajem mejni prihodki krijejo mejne stroške.⁸² Vendar je ocenjevanje mejnih prihodkov v praksi zapleteno. Iz tega razloga Komisija uporablja mejno ceno kot dober indikator. Če mejna cena, ki jo stranke plačujejo za vsakega od proizvodov iz paketa podjetja s prevladujočim položajem, ostane nad dolgoročnimi povprečnimi mejnimi stroški,⁸³ ki jih ima podjetje s prevladujočim položajem zaradi vključitve tega proizvoda v paket, Komisija praviloma ne ukrepa, ker bi enako učinkovit konkurent lahko s samo enim proizvodom paketu dobičkonosno konkuriral. Če npr. stane zavezujoč proizvod 60 evrov, paket dveh proizvodov pa 70 evrov, potem je cena vezanega proizvoda 10 evrov. Ugotoviti je treba, ali so dolgoročni povprečni mejni stroški vezanega proizvoda manjši od 10 evrov (O'Donoghue, Padilla, 2006: 506). Drugače je v primeru, ko je mejna cena pod dolgoročnimi povprečnimi mejnimi stroški, ker je s tem širitev ali vstop

⁸² So stroški proizvodnje dodatne enote proizvedene količine oziroma zadnje enote proizvedene količine (Nicholson, 1992: 339). Če je potrebnih 100 evrov za proizvodnjo 10 enot, 107 evrov pa za proizvodnjo 11 enot, je mejni strošek 7 evrov za to zadnjo enoto.

⁸³ To je povprečje vseh spremenljivih in stalnih stroškov, ki nastanejo v podjetju pri proizvodnji določenega proizvoda (op. 18 Navodil 102 PDEU).

na trg lahko preprečen celo enako učinkovitemu konkurentu. Če pa iz dokazov izhaja, da tudi konkurenti prodajajo identične pakete, ne da bi jih od tega odvrčali dodatni stroški, gre za konkuriranje paketov, kjer vprašanje mejnih prihodkov in mejnih stroškov za vsak proizvod v paketu ni pomembno – pomembno je le, ali je cena paketa oderuška.⁸⁴

6. Zaključek

Ugotoviti je mogoče, da ekonomski modeli dajejo podlago za sprejem dveh alternativnih pristopov obravnavanja vezanih in paketnih prodaj v konkurenčnem pravu EU – pristop *per se* zakonitosti, ki ga zastopa čikaška šola, in pristop utemeljenosti, ki ga zastopa postčikaška šola. Ker je pristop *per se* zakonitosti težko sprejeti zaradi člena 101(e) in 102(d) PDEU, ki izrecno prepovedujeta vezano prodajo, in ker je pristop *per se* nezakonitosti z vidika ekonomske teorije nesprejemljiv, ker vezani posli poleg protikonkurenčnih povzročajo tudi prokonkurenčne učinke, ostane le možnost upoštevanja pristopa utemeljenosti, ki zahteva tehtanje negativnih in pozitivnih učinkov vezane oz. paketne prodaje (gl. tudi Rousseva, 2010: 245).

Kot večina ravnanj, ki so lahko sporne z vidika člena 102 PDEU, torej tudi vezane in paketne prodaje zahtevajo izvedbo kompleksne analize, čeravno to v preteklosti ni bila praksa Komisije in Sodišča. Do zadeve *Microsoft proti Komisiji*,⁸⁵ ki je bila specifična v primerjavi z ostalimi primeri vezanih in paketnih prodaj, ki so jih obravnavali organi EU, sta Komisija in Sodišče pravzaprav zavzela pristop *per se* nezakonitosti teh ravnanj. Komisija in Splošno sodišče sta se od tega pristopa danes odmaknila, je pa res, da je zadeva *Microsoft proti Komisiji* vsebovala tehnično vezavo, ki je ni zaslediti v klasičnih primerih vezanih prodaj. Zato se postavlja vprašanje, ali se bo moderni oz. ekonomski pristop uveljavil tudi v drugih primerih vezanih in paketnih prodaj. Komisija je sicer v Navodilih 102 PDEU upoštevala ekonomski pristop in rešitve iz odločbe Splošnega sodišča v zadevi *Microsoft proti Komisiji* očitno za vse primere vezanih in paketnih prodaj. Se pa postavlja vprašanje relevantnosti tega pristopa, ker se razlikuje od pristopa, ki ga je zavzelo Sodišče v prejšnjih odločbah. Že glede na splošni trend po upoštevanju ekonomskih principov v konkurenčnem pravu EU, menimo, da je pričakovati, da bo Sodišče prav tako zastopalo to smer.

Vprašanje različnih pristopov pri obravnavanju tega vprašanja je seveda zelo pomembno. Od uporabe pristopa je namreč lahko odvisen rezultat postopka

⁸⁴ Navodila 102 PDEU, tč. 59 in 69.

⁸⁵ Zadeva T-201/04, ZOdl. 2007, str. II-3601.

in s tem naložitev sankcije podjetju s prevladujočim položajem, ki je predmet postopka. Tako se navaja, da npr. uporaba postčikaške analize na primeru *Hilti proti Komisiji*⁸⁶ pokaže, da podjetje Hilti ne bi moglo zlorabiti prevladujočega položaja. *Nalebuff* ugotavlja, da vezana prodaja v tem primeru ne bi imela škodljivega učinka na potrošnike, ker podjetje Hilti ni moglo imeti dodatnega dobička z zvišanjem cen žebeljev in jih vezati s trakovi za naboje, ki so imeli nizko ceno ali znižati ceno žebeljev in zvišati ceno trakov za naboje. Prav tako ugotavlja, da podjetje Hilti ni moglo negativno vplivati na ekonomijo povezanosti drugih proizvajalcev žebeljev, ker so se ti lahko uporabljali tudi za druge namene in ne samo za uporabo v Hiltijevih pištolah, prav tako za industrijo žebeljev ni značilna znatna ekonomija povezanosti. Posledično ni bilo ravno verjetno, da bi Hilti izrinil konkurente s trga (*Nalebuff*, 2003: 19–20). To pomeni, da negativni učinki na konkurenco in potrošnike, kot je ugotovilo Sodišče, niso nujno potrjeni z ekonomskim pristopom postčikaške šole. Seveda pa to ne vodi do zaključka, da bi uporaba postčikaške analize spremenila končni rezultat vseh primerov, v katerih sta Komisija in Sodišče uporabila drugačen pristop.

Literatura / References

Ahlborn, C, Evans, D.S., Padilla A.J. (2004) The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to per se Illegality, *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer.

Akman P., Exploitative Abuse in Article 82 EC: Back to Basics, CCP Working Paper 09-1.

Albors-Llorens, A. (2007) The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC, CMLR 44.

Bishop, S., Walker, M. (2010) *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters).

Bowmann S. (1957) Tying Arrangement and Leverage Problem, 67 *Yale Law Journal* 19.

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

Fox, E. M. (2002) What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect, *Antitrust Law Journal*, Issue 2.

Goyder, D. G. (2003) *EC Competition Law*, (New York: Oxford University Press).

Hildebrand, D. (2009) *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules* (Austin: Wolters Kluwer).

Hojnik, J. (2009) Ordoliberalizem – teorija povezovanja prava in ekonomije, *LeXconomica – Revija za pravo in ekonomijo*, št. 1.

⁸⁶ Zadeva 53/92 P, ZOdl. 1994, str. I-667.

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

Kallaugher J., Weitbrecht A. (2010) Developments under the Treaty on the Functioning of the European Union, Articles 101 and 102, in 2008/2009, 31(8) ECLR.

Kühn, K.-U., Stillman, R., Caffarra, C. (2005) Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases, 1 *European Competition Journal*.

Lindsay, A. (2003) *The EC Merger Regulation: Substantive Issues* (London: Sweet & Maxwell).

Lovdahl Gormsen L. (2010) Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should be Withdrawn, 31(2) ECLR.

Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H. (2004) *Europäisches Wettbewerbsrecht* (München: Verlag C.H. Beck).

Nalebuff, B. (2003) Bundling, Tying and Portfolio Effects, DTI Economics Paper No. 1, Part II – Case studies (<http://www.berr.gov.uk/files/file14775.pdf>).

Nicholson, W. (1992) *Microeconomic Theory – Basic Principles and Extensions* (Philadelphia: The Dryden Press).

Niels, G., Jenkins, H. (2005) Reform of Article 82: Where the Link between Dominance and Effects Breaks Down, ECLR, Issue 11.

O'Donoghue, R., Padilla, J. (2006) *The Law and Economics of Article 82 PES* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing).

Repas, M. (2010) Ekonomski pristop določanja upoštevnega trga v konkurenčnem pravu EU, *LeXonomica – Revija za pravo in ekonomijo*, št. 1.

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

Rousseva, E. (2010) *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing).

Säcker, F.J., Hermann, H., v Hirsch, G., Montag, F., Säcker, F.J. [ur.] (2007) *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Kartellrecht Missbrauch- und Fusionskontrolle, Europäischen Wettbewerbsrecht* (München: Verlag C.H.Beck)

Schmidt, H. (2009) Is Technological Integration Checkmated?, *JBL*, Issue 4.

Schwable, U., Zimmer, D. (2009) *Law and Economics in European Merger Control* (New York: Oxford University Press).

Völcker, S.B. (2003), Leveraging As a Theory of Competitive Harm in EU Merger Control, *CMLR*, 3.

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