

Razprave *Discussions*

Usoda klavzul o prepovedi konkuriranja v konkurenčnem pravu EU

1. Uvod

Komisija EU je januarja 2013 za 66,9 mil. evrov oglobila podjetje Telefónica, podjetje Portugal Telecom pa za 12,3 mil. evrov zaradi sklenitve sporazuma, ki je vseboval klavzulo o prepovedi konkuriranja, ki je v danem primeru imela za posledico razdelitev trga.¹ V skladu s to klavzulo sta se podjetji dogovorili, da si ne bosta medsebojno konkurirali na španskem in portugalskem trgu. Komisija EU je odločila, da klavzula ne sodi v obseg pomožnih omejitev (ancillary restraints)² in da pomeni klavzulo, ki že po cilju omejuje konkurenco, kar pomeni, da dokazovanje protikonkurenčnih učinkov ni potrebno. Člen 101(1) PDEU namreč prepoveduje sporazume, sklepe podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki imajo vpliv na trgovino med državami članicami EU in ki po cilju ali učinku omejujejo konkurenco na notranjem trgu.

Klavzule o prepovedi konkuriranja se lahko pojavijo v različnih oblikah oz. v različnih razmerjih in lahko imajo za posledico razdelitev trgov, kot je bilo to v zgoraj omenjenem primeru Telefónica in Portugal Telecom, ali pa, da v

¹ Zadeva AT.39839 – Telefónica/Portugal Telecom, 23. 1. 2013.

² Doktrina pomožnih omejitev se je razvila v praksi in pomeni, da so posamezne omejitve, ki so neposredno povezane in nujno potrebne za izvršitev sporazuma ter so tudi sorazmerne sporazumu, ki sicer ne omejuje konkurence, skladne s členom 101(1) Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nad.: PDEU). O tem gl. Obvestilo Komisije – Navodila o uporabi člena 81(3) PES (UL EU C 101, 27. 4. 2004, str. 97–118, tč. 28–29 (v nad.: Navodila glede člena 101(3) PDEU). Primer take pomožne omejitve je lahko tudi nekonkurenčna klavzula. V zadevi *Remia in Nutricia* (zadeva 42/84, Remia BV in NV Verenigde Bedrijven Nutricia proti Komisiji, ZOdl. 1985, str. 2545) je bila nekonkurenčna klavzula vsebovana v sporazumu o prodaji podjetja, pri čemer je bila bistven del sporazuma. Ne konkurenčna klavzula je v takem sporazumu povsem upravičena, saj nihče ne bi bil pripravljen kupiti podjetja brez zagotovila prodajalca, da ne bo ostal v tem poslu na tak način, da bo še vedno lahko izkoriščal dobro ime (goodwill) in stranke prodanega podjetja. Vendarle pa je Sodišče EU odločilo, da mora biti nekonkurenčna klavzula tudi v takem sporazumu omejena na tisto, kar je nujno za ohranitev take transakcije. Če je dogovorjena za nedoločen čas in zato prodajalcu preprečuje, da ustanovi podjetje na širšem geografskem trgu, omejuje konkurenco in je v nasprotju s členom 101(1) PDEU.

vertikalnem razmerju kupec ne sme prodajati proizvodov, ki bi bili konkurenčni proizvodom njegovega dobavitelja. Predvsem slednji primeri so zelo pogosti, saj so take klavzule za stranke komercialno zelo pomembne. Pri tem pa je treba upoštevati, da lahko omejujejo konkurenco, zaradi česar morajo biti stranke pri njihovi vključitvi v sporazume zelo previdne, saj so v primeru omejevanja konkurence podvržene visokim globam, ki jih zaradi kršitve pravil konkurenčnega prava določa konkurenčnopravna zakonodaja. V ta namen je torej za stranke takih sporazumov izjemno pomembno vprašanje, kdaj je klavzula o prepovedi konkuriranja v skladu s pravili konkurenčnega prava in kdaj to ni. Izpostaviti je treba, da v zvezi s tem ne gre za lahko vprašanje in da bo v posameznih primerih odgovor odvisen predvsem od okoliščin primera. V tej razpravi se ukvarjamo zgolj z vprašanjem dopustnosti nekonkurenčnih klavzul v vertikalnih sporazumih po členu 101 PDEU, tj. sporazumih, ki se sklepajo med podjetji, ki delujejo na različnih stopnjah gospodarskega procesa (npr. dobavitelj in distributer), in ki imajo za posledico, da kupec ali distributer ne sme prodajati proizvodov konkurenčnih dobaviteljev oz. prodajalcev.

Omenimo naj, da uporabljena terminologija, kar zadeva nekonkurenčne klavzule, ni povsem jasna, saj se večkrat pojavlja tudi pojem izključnega nakupa (ang.: single branding; v slovenskem prevodu Smernic o vertikalnih omejitvah³ (v nad.: Smernice): združevanje pod eno blagovno znamko), včasih pa se celo oba pojma uporabljata izmenično. Iz Smernic, ki sicer nimajo zavezujočega učinka, izhaja, da klavzula o izključnem nakupu nalaga kupcu, da vse svoje nakupe blaga, ki je predmet pogodbe, opravi pri dobavitelju (npr. čevlje določene znamke), medtem ko nekonkurenčna klavzula pomeni, da kupec opravi vse nakupe določenega proizvoda (katerekoli čevlje oz. čevlje katerihkoli znamk) pri dobavitelju. Klavzula o izključnem nakupu torej kupcu ne preprečuje nakup ali distribucijo konkurenčnega blaga, kar pa ne velja za nekonkurenčno klavzulo.⁴

Klavzule v vertikalnih razmerjih, ki prepovedujejo prodajo konkurenčnih proizvodov, niso avtomatično prepovedane in torej same po sebi ne sodijo v obseg člena 101(1) PDEU, zato so za njihovo oceno pomembni številni dejavniki, ki jih v nadaljevanju na kratko omenjamo. Pri tem jih najprej analiziramo v okviru uporabe skupinske izjeme za vertikalne sporazume, nato pa še v primerih, ko se skupinska izjema za vertikalne sporazume ne uporabi. Pri slednjih se postavlja vprašanje, ali so lahko izvzete iz prepovedi omejevanja konkurence na podlagi člena 101(3) PDEU, ker pozitivni učinki

³ UL EU C 130, 15. 5. 2010, strani 1–46.

⁴ Goyder J., *EU Distribution Law*, Palladian Law Publishing, Bembridge, 2000 (v nad.: Goyder), str. 77–78.

pretehtajo negativne (pritikonkurenčne) učinke. V ta namen morajo biti izpolnjeni naslednji pogoji:

- sporazum prispeva k izboljšanju proizvodnje ali distribucije blaga oz. k pospeševanju tehničnega ali gospodarskega napredka;
- sporazum zagotavlja potrošnikom pravičen delež doseženih koristi;
- sporazum ne določa omejitev, ki za doseganje učinkovitosti niso nujne;
- sporazum podjetjem ne daje možnosti izključitve konkurence glede znatnega dela zadevnega blaga ali storitev.

2. Nekonkurenčne klavzule in skupinska izjema za vertikalne sporazume

Skupinske izjeme so mehanizem, ki omogoča izvzem celotne kategorije sporazumov (npr. vertikalnih sporazumov) iz prepovedi omejevanja konkurence v členu 101(1) PDEU. Pomembna določila glede (ne)dopustnosti nekonkurenčnih klavzul v vertikalnih sporazumih vsebuje Uredba 330/2010 o uporabi člena 101(3) PDEU za kategorije vertikalnih sporazumov in usklajenih ravnanj⁵ (v nad.: Uredba 330/2010), ki določa skupinsko izjemo za to vrsto sporazumov. Komisija EU je obenem sprejela tudi Smernice, ki pomembno razlagajo določila Uredbe 330/2010 in imajo širši domet uporabe v primerjavi z Uredbo 330/2010, ker določajo tudi uporabo člena 101(1) PDEU izven dometa skupinske izjeme.

Opozorimo naj, da se Uredba 330/2010 uporabi šele v primeru, ko se ugotovi, da sporazum z nekonkurenčno klavzulo omejuje konkurenco po členu 101(1) PDEU. Šele takrat je namreč relevantno vprašanje, ali lahko takšen sporazum, ki ima negativne učinke na konkurenco, koristi ugodnost izvzetja iz prepovedi omejevanja konkurence po členu 101(3) PDEU zaradi ustvarjanja pozitivnih učinkov, ki pretehtajo negativne učinke. Vloga skupinskih izjem je v tem primeru izjemnega pomena, ker strankam sporazuma ni treba izkazovati težavno izpolnjevanje pogojev, ki jih v ta namen predpisuje člen 101(3) PDEU, pač pa zadošča izpolnjevanje pogojev, ki jih za to predpisuje Uredba 330/2010 in ki jih je lažje izkazati. Skupinska izjema za izvzetje posameznih vertikalnih sporazumov iz prepovedi omejevanja konkurence ni pomembna zgolj iz tega razloga, pač pa tudi zato, ker ni nobene potrebe po oceni, ali sporazum sploh omejuje konkurenco, če sodi v okvir skupinske izjeme. Taka rešitev je vsekakor zelo pragmatična in v praksi se podjetja pri sklepanju sporazumov zgledujejo po ureditvi v skupinski izjemi. Zato bi bilo nepravilno stališče, da vsak sporazum, ki koristi

⁵ UL EU L 102, 23. 4. 2010, str. 1–7.

ugodnost skupinske izjeme, tudi omejuje konkurenco po členu 101(1) PDEU.⁶

Uredba 330/2010 določa, da so vertikalni sporazumi med podjetji izvzeti iz prepovedi omejevanja konkurence le, če so izpolnjeni naslednji pogoji: (i) tržni delež dobavitelja ne presega 30 % upoštevne trga, na katerem prodaja pogodbeno blago ali storitve, in tržni delež kupca prav tako ne presega 30 % upoštevne trga, na katerem kupuje pogodbeno blago ali storitve⁷ (člen 3(1) Uredbe 330/2010); (ii) sporazum ne vsebuje t. i. resnih omejitev konkurence (gre za črne klavzule, določene v členu 4 Uredbe 330/2010, katerih prisotnost ima za posledico neuporabo skupinske izjeme za celoten sporazum) in (iii) sporazum ne vsebuje omejitev, katerih prisotnost prepreči uporabo izjeme zgolj za te omejitve,⁸ t. i. izvzete omejitve (člen 5 Uredbe 330/2010).

Med izvzete omejitve v členu 5 Uredbe 330/2010 sodijo nekonkurenčne klavzule v vertikalnih sporazumih, ki so za namene uporabe te uredbe opredeljene v členu 1(d) Uredbe 330/2010 kot vsaka neposredna ali posredna obveznost, zaradi katere kupec ne izdeluje, kupuje, prodaja ali preprodaja blaga ali storitev, ki konkurirajo pogodbenemu blagu ali storitvam, ali vsaka neposredna ali posredna obveznost kupca, da mora od dobavitelja ali drugega podjetja, ki ga določi dobavitelj, kupiti za več kakor 80 % vseh svojih nakupov pogodbenega blaga ali storitev in njihovih nadomestkov na upoštevem trgu, izračunano na podlagi vrednosti ali, če je taka splošna praksa v gospodarski dejavnosti, obsega njegovih nakupov v prejšnjem koledarskem letu.

Člen 5 Uredbe 330/2010 izvzema iz skupinske izjeme za vertikalne sporazume tri vrste nekonkurenčnih klavzul, pri čemer se prva nanaša na prepoved konkuriranja v času veljave pogodbe oz. sporazuma, druga na čas po izteku trajanja pogodbe oz. sporazuma, tretja pa se nanaša na primere selektivne distribucije. Omenimo naj, da imajo nekateri avtorji v zvezi z nekonkurenčnimi klavzulami pomisleke, saj je težko predvideti, kako bi sploh lahko omejevale dostop do trga glede na nizek prag tržnega deleža podjetij, ki je predpisan za uporabo skupinske izjeme.⁹

⁶ Gl. Whish R., *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, str. 618.

⁷ V primeru sporazuma med več pogodbenimi strankami, ko podjetje kupuje pogodbeno blago ali storitve od enega pogodbenika in ga prodaja drugemu pogodbeniku, tržni delež prvega podjetja kot kupca in kot dobavitelja ne sme presegati 30 % upoštevne trga (člen 3(2) Uredbe 330/2010).

⁸ V takem primeru se torej skupinska izjema uporablja za ostali del sporazuma, če ga je mogoče ločiti od klavzule, ki ne more koristiti ugodnosti skupinske izjeme (Smernice, tč. 57).

⁹ O tem gl. pri Monti G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, str. 361.

Člen 5(1)(a) Uredbe 330/2010 izvzema iz uporabe skupinske izjeme vsako neposredno ali posredno obveznost nekonkuriranja za nedoločen čas ali če presega časovno obdobje petih let. Pri tem velja, da je nekonkurenčna klavzula, ki se molče podaljša za več kot pet let, dogovorjena za nedoločen čas. Ne konkurenčna klavzula, ki je torej dogovorjena med prodajalcem in kupcem, katerih tržni deleži ne presegajo 30 % upoštevne trga, in ki traja pet let ali manj, je v okviru skupinske izjeme dopustna, če ne preprečuje kupcu učinkovito prenehanje po izteku petih let.¹⁰ Vendarle časovna omejitev nekonkurenčne klavzule ni pomembna, če kupec blago ali storitve prodaja iz poslovnih prostorov in z zemljišča, ki je v dobaviteljevi (prodajalčevi) lasti ali ga dobavitelj najame od tretjih oseb, ki niso povezani s kupcem, pod pogojem, da trajanje prepovedi konkurence ni daljše od obdobja, v katerem kupec zaseda prostore in zemljišča (člen 5(2) Uredbe 330/2010). Razlog za to izjemo je v tem, da je nerazumno pričakovati, da bi dobavitelj dovolil prodajo konkurenčnih proizvodov iz svojih poslovnih prostorov in s svojega zemljišča. Smernice v zvezi s tem navajajo, da »umetna« konstrukcija lastništva, kot je npr. prenos lastninske pravice s kupca na prodajalca za določeno časovno obdobje, s katerim se želi zaobiti časovno omejitev petih let, ne more koristiti ugodnosti te izjeme.¹¹

Druga vrsta nekonkurenčne klavzule je določena v členu 5(1)(b) Uredbe 330/2010, ki prepoveduje vsako neposredno ali posredno obveznost, zaradi katere kupec po prenehanju sporazuma ne izdeluje, kupuje, prodaja ali preprodaja blaga ali storitev. Ta prepoved ni časovno omejena, kar pomeni, da njena prisotnost v sporazumu, ne glede na časovno obdobje njene veljavnosti, prepreči uporabo skupinske izjeme. Obstajata pa od tega splošnega pravila dve izjemi. Po prvi izjemi je nekonkurenčna klavzula, s katero je zavezan kupec po prenehanju sporazuma, dopustna, če so izpolnjeni naslednji pogoji: (i) obveznost je povezana z blagom ali storitvami, ki konkurirajo pogodbenemu blagu ali storitvam; (ii) obveznost je omejena na poslovne prostore in zemljišče, s katerega je kupec posloval v obdobju veljavnosti pogodbe; (iii) obveznost je nujna za zaščito tehničnega znanja in izkušenj,¹² ki jih je dobavitelj prenesel na kupca; (iv) trajanje obveznosti je omejeno na eno leto po prenehanju sporazuma. V skladu z drugo izjemo pa je nekonkurenčna klavzula dopustna tudi v smislu njene časovne neomejenosti glede uporabe in razkritja tehničnega znanja in izkušenj, ki niso v javni domeni (člen 5(3) Uredbe 330/2010).

¹⁰ Smernice, tč. 66.

¹¹ Smernice, tč. 67.

¹² O tem pojmu gl. v členu 1(1)(g) Uredbe 330/2010.

V zadevi *La Retoucherie de Manuela proti La Retoucherie de Burgos*¹³ je Sodišče EU razložilo pojem poslovnih prostorov in zemljišč, s katerih kupec posluje v času veljavnosti pogodbe po členu 5(1)(b) Uredbe Komisije (ES) št. 2790/1999 o uporabi člena 81(3) Pogodbe za skupine vertikalnih sporazumov in usklajenih ravnanj¹⁴ (danes Uredbe 330/2010) v okviru franšiznega sporazuma. Stranki sta sklenili franšizni sporazum, ki je trajal pet let in ki je vseboval nekonkurenčno klavzulo, v skladu s katero jemalec franšize ni smel niti neposredno niti posredno opravljati identične ali podobne dejavnosti. Klavzula je bila dogovorjena za čas trajanja sporazuma in še eno leto po njegovem prenehanju zaradi varstva teničnega znanja in izkušenj, ohranitve identitete ter podobe in ugleda franšizne mreže. Med strankama je kasneje prišlo do spora in vložena je bila tožba pred španskim sodiščem, ki je Sodišču EU postavilo naslednje predhodno vprašanje: ali je s pojmom »poslovni prostori in zemljišča«, s katerih kupec posluje v času veljavnosti pogodbe, mišljen le kraj ali prostor, s katerega jemalec franšize deluje v času trajanja sporazuma ali pa se razširja na ozemlje (territory), ki je dodeljeno jemalcu franšize v franšiznem sporazumu. Sodišče EU je navedlo, da se pojem poslovnih prostorov nanaša na dele stavb oz. zgradb, zemljišče pa je zgolj zemljiška parcela, medtem ko je treba pojem ozemlje (territory) razumeti v smislu geografskega območja. Posledično se pojem »poslovni prostori in zemljišča« nanaša le na kraje, s katerih se proizvodi in storitve, ki so predmet pogodbe, ponujajo v prodajo, in ne na celotno ozemlje, na katerem se ti proizvodi in storitve lahko prodajajo na podlagi franšiznega sporazuma. Menimo, da ni dvoma o tem, da ta razlaga velja tudi za razlago teh pojmov v členu 5(1)(a) Uredbe 330/2010.

Tretja nekonkurenčna klavzula pa je povezana s selektivnim distribucijskim sistemom in je določena v členu 5(1)(c) Uredbe 330/2010. Selektivni distribucijski sistem je poseben distribucijski sistem, za katerega je značilno, da se njegovi člani sporazumejo, da ne bodo preprodajali blaga trgovcem, ki jih dobavitelj za to ni pooblastil. Člani tega sistema so izbrani na podlagi posameznih specifičnih kriterijev (npr. kvalifikacij trgovca in njegovega osebja, sposobnost doseganja neke minimalne ravni prihodka, sposobnost izvajanja poprodajnih storitev in popravil idr.).¹⁵ Skupinska izjema se za vertikalne sporazume glede nekonkurenčnih klavzul v selektivnem distribucijskem sistemu ne uporabi, če je članom selektivnega distribucijskega sistema naložena neposredna ali posredna obveznost prepovedi prodaje blagovnih znamk določenih konkurenčnih dobaviteljev. Pri tem se postavlja vprašanje, ali Uredba 330/2010 prepoveduje prodajo konkurenčnih blagovnih

¹³ Sklep Sodišča EU, C-117/12 (*UL C 108*, 13. 4. 2013, str. 8–9).

¹⁴ *UL EU L 336*, 29. 12. 1999, str. 21–25.

¹⁵ Goyder, str. 110.

znamk na splošno ali pa dejansko samo blagovne znamke določenega konkurenčnega dobavitelja. Smernice v zvezi s tem pojasnjujejo, da se skupinska izjema ne uporabi samo v slednjem primeru, medtem ko je dopustna prepoved prodaje konkurenčnih znamk na splošno. Gre torej za primere bojkotiranja točno določenega konkurenčnega dobavitelja. Razlog izključitve je v tem, da se preprečijo situacije, kjer bi številni dobavitelji z uporabo istih prodajaln selektivne distribucije prepovedali konkurenčnemu dobavitelju ali skupini konkurenčnih dobaviteljev, da bi te iste prodajalne uporabljali za distribucijo svojih izdelkov.¹⁶

Iz navedenega sledi, da vse nekonkurenčne klavzule niso prepovedane in da je njihova (ne)dopustnost vezana na izpolnjevanje določenih pogojev, ki jih v zvezi s tem predpisuje Uredba 330/2010.¹⁷ Seveda pa to velja le v primerih, za katere se ta uredba uporablja. Če je v sporazum med dobaviteljem in kupcem vključena nekonkurenčna klavzula, ki bodisi presega dopustno časovno omejitev bodisi stranki sporazuma presegata mejni tržni delež ali oboje, je njena dopustnost odvisna od tega, kakšen učinek ima na trg. V ta namen bo potrebno opraviti ekonomsko analizo trga za ugotovitev, ali sporazum s tako nekonkurenčno klavzulo omejuje konkurenco ali ne. To pomeni, da bo najprej treba analizirati, ali sporazum sploh omejuje konkurenco v smislu člena 101(1) PDEU in če ga, ali je lahko izvzet iz prepovedi omejevanja konkurence po členu 101(3) PDEU.

3. Nekonkurenčne klavzule izven dometa skupinske izjeme za vertikalne sporazume

Za oceno nekonkurenčnih klavzul, ki ne sodijo v okvir skupinske izjeme za vertikalne sporazume po Uredbi 330/2010, so pomembne Smernice, ki najprej navajajo splošna merila o oceni njihove skladnosti s členom 101 PDEU, nato pa še posebna merila v poglavju o izključnem nakupu. Obveznost izključnega nakupa pomeni, da je kupec zavezan opraviti vse svoje nakupe določene vrste blaga pri enem dobavitelju. V to skupino klavzul lahko uvrstimo vse tiste omejitve, ki imajo za cilj ali učinek prisiliti distributerje, da večinoma ali izključno prodajajo proizvode določene znamke. Ta učinek se lahko doseže na različne načine, najpogostejše pa so ravno nekonkurenčne klavzule in klavzule o nakupnih kvotah (ang.: quantitative forcing). Za slednje je značilno, da distributer sicer lahko prodaja konkurenčne proizvode, vendar pa

¹⁶ Smernice, tč. 69.

¹⁷ Dodamo naj še, da lahko na podlagi člena 6 Uredbe 330/2010 Komisija EU z uredbo razglasi, da se Uredba 330/2010 ne uporablja za vertikalne sporazume z določenimi omejitvami na upoštevni trg, na katerem vzporedne mreže s podobnimi vertikalnimi omejitvami pokrivajo več kot 50 % tega trga.

je zavezan kupiti minimalno količino proizvodov pri enem dobavitelju, kar lahko dejansko onemogoča distribucijo smiselne količine konkurenčnih proizvodov.¹⁸

Temeljni problem teh klavzul so naslednji protikonkurenčni učinki: (i) omejevanje dostopa na trg, ki je tudi najbolj očiten protikonkurenčni učinek, (ii) omogoča se dogovarjanje in (iii) zmanjšanje *in-store* konkurence zaradi pomanjkanja konkurenčnih proizvodov znotraj iste distribucijske prodajalne.¹⁹

Klavzula o izključnem nakupu sodi v okvir skupinske izjeme po Uredbi 330/2010, če tržni delež dobavitelja in kupca ne presega 30 %. Kar zadeva nekonkurenčno klavzulo, pa je uporaba skupinske izjeme odvisna tudi od časovnega obdobja trajanja take klavzule, kar je bilo pojasnjeno že zgoraj. Klavzule, ki te pogoje presegajo, niso avtomatično nične in prepovedane, ampak je njihovo skladnost s pravili konkurenčnega prava treba oceniti glede na vsak posamični primer. Dejavniki oz. kriteriji, ki se v ta namen uporabljajo, so: (i) tržni delež dobavitelja, (ii) obseg obveznosti, ki se običajno meri z odstotkom distributerjev, ki so »vezani« izključno na dobavitelja, (iii) čas trajanja obveznosti (iv) tržni položaj konkurenčnih dobaviteljev, (v) prisotnost vstopnih ovir, (vi) obstoj nakupne moči, (vii) stopnja trgovine.

Če je na trgu dosti »močnih« konkurentov, potem protikonkurenčnih učinkov ni pričakovati. Do omejevanja dostopa konkurentov tudi ne bo prišlo, če imajo podoben položaj na trgu in lahko ponujajo podobne atraktivne proizvode. Je pa v takih primerih možen pojav omejevanja dostopa na trg za potencialne konkurente, če ima večina dobaviteljev sklenjene pogodbe s klavzulo o izključnem nakupu z znatnim številom kupcev na upoštevem trgu. V taki situaciji prihaja do t. i. mrežnih oz. kumulativnih učinkov. Če je tržni delež največjega dobavitelja pod 30 % in tržni delež petih največjih dobaviteljev pod 50 %, potem nastop posamičnega ali mrežnega učinka ni verjeten.²⁰ Pomemben dejavnik za oceno dopustnosti nekonkurenčne klavzule je tudi čas njenega trajanja. Klavzule o prepovedi konkurence, ki so krajše od enega leta in jih sklenejo podjetja, ki nimajo prevladujočega položaja, splošno ne povzročajo protikonkurenčnih učinkov. Tiste, ki trajajo od enega do petih let in jih sklenejo podjetja, ki nimajo prevladujočega položaja,²¹ običajno zahtevajo tehtanje pozitivnih in negativnih učinkov na

¹⁸ Faull J. in Nikpay A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (v nad.: Faull in Nikpay), str. 1218.

¹⁹ Faull in Nikpay, str. 1218.

²⁰ Smernice, tč. 134 in 135.

²¹ Glede trajanja teh klavzul v povezavi s podjetjem, ki ima prevladujoč položaj, gl. Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82

konkurenco, medtem ko klavzule, ki so dogovorjene za več kot pet let, praviloma ne ustvarjajo pozitivnih učinkov ali pa so ti premajhni, da bi lahko odtehtali negativne učinke omejevanja dostopa na trg.²² Naslednji dejavnik, ki ga je pri tej oceni treba upoštevati, so vstopne ovire. To so prepreke ali težave, s katerimi se srečujejo nova podjetja pri vstopu na trg, kot so npr. izključne pravice, podeljene na podlagi pravnih določil (državni monopoli, upravna dovoljenja, proizvodne kvote, pravice intelektualne lastnine), nepovratni stroški, stroški, ki jih ima kupec z zamenjavo dobavitelja, idr.²³ Če konkurenčni dobavitelji relativno enostavno pridobijo nove kupce ali poiščejo alternativne kupce za svoje proizvode, potem omejevanje dostopa ni problematično, čeprav je treba poudariti, da večkrat obstajajo vstopne ovire na stopnji proizvodnje in distribucije.²⁴ Prav tako kupci, ki imajo močan položaj na trgu, ne bodo zlahka dovolili, da bi bili izvzeti iz dobave konkurenčnega blaga ali storitev (nakupna moč). Če bo namreč dobavitelj kupce želel zavezati s klavzulo o izključnem nakupu, bo moral nadomestiti njihovo izgubo, ker ne smejo prodajati konkurenčnih proizvodov.²⁵ Na dopustnost nekonkurenčne klavzule pa lahko vpliva tudi stopnja trgovine. V zvezi s tem se poudarja, da je protikonkurenčno omejevanje dostopa na trg manj verjetno v primeru vmesnih proizvodov, čeprav še vedno obstaja nevarnost mrežnih učinkov, katerih obstoj pa ni verjeten, če je manj kot 50 % trga prekritega s takimi sporazumi.²⁶ Omejevanje dostopa na trg pa je bolj verjetno pri končnih proizvodih na maloprodajni ravni, glede na pomembne vstopne ovire za mnoge proizvajalce, s katerimi se ti srečujejo pri odpiranju prodajaln za lastne proizvode. Pojavijo pa se lahko tudi mrežni učinki.²⁷

V primeru, da sporazum, ki vsebuje nekonkurenčno klavzulo, omejuje konkurenco, je potrebna še ocena pozitivnih učinkov po členu 101(3) PDEU, pri čemer je pomembno upoštevati tudi Navodila glede člena 101(3) PDEU. Za nekonkurenčne klavzule so v zvezi s tem še zlasti pomembni naslednji pozitivni učinki, kot to navajajo Smernice:²⁸ (i) rešitev problema neupravičenega okoriščenja distributerja,²⁹ (ii) težave pri zadrževanju (hold-up

Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj (UL EU C45, 24. 2. 2009, str. 7–20).

²² Smernice, tč. 133.

²³ Več o tem gl. pri Navarro E. et al., *Merger Control in the EU* (Law, Economics and Practice), Oxford University Press, Oxford, 2002, str. 242–243, in O'Donoghue R. in Padilla A.J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, str. 117–119.

²⁴ Smernice, tč. 136.

²⁵ Smernice, tč. 137.

²⁶ Smernice, tč. 138.

²⁷ Smernice, tč. 140 in 141.

²⁸ Smernice, tč. 144.

²⁹ Gl. Smernice, tč. 107(a).

problem) pri prenosu tehničnega znanja in izkušenj, pri čemer dobavitelj ne želi, da njegovo tehnično znanje in izkušnje izkoriščajo tudi drugi konkurenti,³⁰ in (iii) pomanjkljivosti kapitalskih trgov (ker lahko imata kupec ali dobavitelj boljše informacije, lahko z izključnim razmerjem pridobita dodatno zavarovanje za naložbo).³¹ Komisija EU in Splošno sodišče sta izpolnjevanje pogojev za izjemo po členu 101(3) PDEU v zvezi z nekonkurenčno klavzulo med drugim presojala v zadevi *Van den Bergh Foods*.³² Podjetje Van den Bergh Foods je glavni vodilni proizvajalec proizvodov iz sladoleda na Irskem. Sladoled je prodajal svojim kupcem (preprodajalcem), pri čemer jim je brezplačno ponudil tudi zamrzovalnike, v katerih so lahko hranili zgolj njegov sladoled, ne pa tudi sladoleda drugih ponudnikov (klavzula o izključnosti). Komisija EU in Splošno sodišče (takrat Sodišče prve stopnje) sta odločila, da klavzula o izključnosti ne izpolnjuje vseh pogojev iz člena 101(3) PDEU, da bi lahko bila izvzeta iz prepovedi omejevanja konkurence s sporazumi in usklajenimi ravnanji, ker ni ustvarjala znatnih objektivnih prednosti takšne narave, da bi se lahko kompenzirali negativni učinki, ki jih sicer povzroča konkurenci. Seveda pa ta odločitev ne pomeni, da sporazumi s tovrstnimi klavzulami v nobenem primeru ne morejo koristiti ugodnosti izjeme od prepovedi omejevanja konkurence po členu 101(3) PDEU. Izpolnjevanje pogojev za izjemo je namreč odvisno od vsakega posamičnega primera.

Dr. Martina Repas *

³⁰ Smernice, tč. 107(e).

³¹ Smernice, tč. 107(h).

³² Zadeva T-65/98, *Van den Bergh Foods* proti Komisiji, ZOdl. 2003, str. II-4653.

* Izredna profesorica, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: martina.repas@um.si