



**UNIVERZA V MARIBORU**  
**PRAVNA FAKULTETA**

Magistrsko delo

**RABATI V KONKURENČNEM PRAVU:  
VPLIV NOVEJŠE SODNE PRAKSE NA PRESOJO  
RABATOV KOT ZLORAB PREVLAJUJOČEGA  
POLOŽAJA**

September, 2018

Matic Špur



**UNIVERZA V MARIBORU**  
**PRAVNA FAKULTETA**

Magistrsko delo

**RABATI V KONKURENČNEM PRAVU:**  
**VPLIV NOVEJŠE SODNE PRAKSE NA PRESOJO**  
**RABATOV KOT ZLORAB PREVLADUJOČEGA**  
**POLOŽAJA**

Avtor: Matic Špur

Mentorica: prof. dr. Martina Repas

Maribor, september 2018

## **Zahvala**

*Zahvaljujem se mentorici prof. dr. Martini Repas za sprejeto mentorstvo in napotke pri  
pripravi zaključnega dela.*

*Iz srca se zahvaljujem staršem za podporo.*

*Iskrena hvala vsem prijateljem za nepozabna študijska leta.*

## Kazalo vsebine

1. UVOD .....	1
2. POJEM IN VRSTE RABATOV .....	5
2.1. Definicija rabata .....	5
2.2. Kategorije rabatov .....	5
2.3. Kategorije rabatov v sodni praksi Sodišča EU.....	7
2.3.1. Količinski rabati .....	7
2.3.2. Zvestobni rabati.....	7
2.3.3. Rabati tretje kategorije.....	8
3. ZLORABA PREVLAĐUJOČEGA POLOŽAJA .....	9
3.1 Splošno o prevladujočem položaju .....	9
3.2. Tradicionalni pristop k zlorabi prevladujočega položaja v sodni praksi Sodišča EU.....	10
3.3. Zloraba prevladujočega položaja v Navodilih Komisije .....	11
4. STAREJŠA SODNA PRAKSA SODIŠČA EU.....	13
4.1. <i>Per se</i> pristop k rabatom skozi temeljne primere iz sodne prakse .....	13
4.1.1. Zadeva Suiker Unie .....	13
4.1.2. Zadeva Hoffmann La-Roche .....	13
4.1.3. Zadeva Michelin I.....	14
4.1.4. Zadeva Michelin II.....	15
4.1.5. Zadeva British Airways .....	16
4.1.6. Zadeva Tomra .....	17
4.1.7. Zadeva <i>Intel</i> .....	17
4.2. Primerjava <i>per se</i> pristopa k rabatom s sporazumi, ki »po cilju« omejujejo konkurenco .....	19
4.2.1. Sporazumi, ki izkrivljajo konkurenco »po cilju« in »po učinku«.....	19
4.2.2. Rabati kot zloraba prevladujočega položaja »po cilju« .....	22
5. RABATI V NAVODILIH KOMISIJE .....	24
5.1. Splošno o obravnavi rabatov v Navodilih Komisije .....	24
5.1.1. Progresivni rabati .....	26
5.1.2. Retroaktivni rabati.....	27
5.2. Test enako učinkovitega konkurenta .....	32
6. NOVEJŠA SODNA PRAKSA SODIŠČA EU .....	35
6.1. Zadeva Post Danmark II.....	35
6.1.1. Dejansko stanje .....	35
6.1.2. Odločitev Sodišča EU .....	37

6.1.3. Elementi <i>per se</i> pristopa.....	39
6.1.4. Elementi pristopa iz Navodil Komisije .....	40
6.1.5 Rabati tretje kategorije kot zloraba prevladujočega položaja »po cilju« .....	42
6.1.6. Rabati tretje kategorije kot neočitne zlorabe »po cilju« .....	44
6.2. Zadeva Intel proti Komisiji.....	45
6.2.1. Odločitev Sodišča EU .....	46
6.2.2. Zadeva <i>Intel proti Komisiji</i> kot poenotenje pristopa k zlorabam »po cilju« med členom 101 in 102 PDEU .....	47
6.2.3. Izpodbitje domneve, da so zvestobni rabati zlorabe »po cilju« .....	48
6.2.4. Pomen Navodil Komisije po zadevi <i>Intel proti Komisiji</i> .....	51
7. SKLEP .....	54
8. SEZNAM LITERATURE .....	56

## Kazalo slik

Tabela 1: Pristop Sodišča EU k protikonkurenčnim ravnanjem .....	22
Graf 1: Retroaktivni rabat in učinek krepitev zvestobe.....	26
Graf 2: Gibanje dejanske cene (ordinatna os) v razmerju s spremenljivim delom povpraševanja (abscisna os). .....	30

## **RABATI V KONKURENČNEM PRAVU: VPLIV NOVEJŠE SODNE PRAKSE NA PRESOJO RABATOV KOT ZLORAB PREVLADUJOČEGA POLOŽAJA**

**UDK:** 339.137:658.8.033(043.2)

### **POVZETEK**

Magistrska naloga obravnava vpliv novejše sodne prakse, zlasti zadeve Intel proti Komisiji, na presojo rabatov v konkurenčnem pravu. V starejši sodni praksi so zvestobni rabati in rabati tretje kategorije, obravnavani kot *per se* zlorabe. To pomeni, da se o njihovem protikonkurenčnem učinku sklepa na podlagi njihove oblike in ne na podlagi ekonomske analize njihovega konkretnega vpliva na konkurenco na upoštevem trgu.

Komisija je z Navodili glede ocene izključevalnih zlorab (*v nadaljevanju: Navodila Komisije*) odstopila od *per se* pristopa in delitve rabatov glede na njihovo obliko ter uvedla pristop, ki temelji na ekonomskih merilih, predvsem na testu enako učinkovitega konkurenta.

*Per se* pristop iz starejše sodne prakse je že nakazoval določene podobnosti med obravnavo zvestobnih rabatov in rabatov tretje kategorije z obravnavo omejevalnih sporazumov, ki izkrivljajo konkurenco »po cilju« v smislu člena 101 PDEU. V zadevi *Intel proti Komisiji* pa je Sodišče EU dokončno dopolnilo *per se* pristop tako, da je rabate popolnoma približalo zlorabam »po cilju«, kot jih določa člen 101 PDEU. Skladno s tem pa je tudi posredno »odprlo vrata« presoji rabatnih shem, kot jo določa Komisija v *Navodilih Komisije*. Podjetje bo lahko namreč predločilo dokaze, da ravnanje ni zmožno omejevati konkurence in zlasti imeti očitanih učinkov izrinjenja. Če podjetje predloži takšne dokaze, lahko izpodbije stališče Komisije, da rabati predstavljajo zlorabo »po cilju«. Kadar podjetje uspe izpodbiti stališče Komisije, da zadevna rabatna shema sodi med zlorabe »po cilju«, mora Komisija preučiti dejanske ali potencialne učinke take sheme na izključitev enako učinkovitih konkurentov s trga. V tem primeru se morajo rabati presojati kot zlorabe »po učinku« na podlagi »pravila utemeljenosti«. V okviru tega pravila morajo konkurenčni organi presoditi moč prevladujočega položaja podjetja na upoštevem trgu, stopnjo pokritosti trga z očitanim ravnanjem, pogoje in okoliščine odobritve zadevnih rabatov, njihovo trajanje in njihov znesek ter presoditi morebiten obstoj strategije, katere namen je izriniti konkurente, ki so vsaj enako učinkoviti. S tem je Sodišče EU v zadevi *Intel proti Komisiji* potrdilo pristop Komisije k rabatom, izoblikovanim v *Navodilih Komisije*.

**Ključne besede:** *per se* pristop, »bolj ekonomski« pristop, zloraba prevladujočega položaja, *Hoffmann-La Roche*, *Post Danmark II*, *Intel proti Komisiji*, zvestobni rabati, rabati tretje kategorije, progresivni rabati, retroaktivni rabati.

## REBATES IN COMPETITION LAW: THE IMPACT OF RECENT CASE-LAW ON THE ASSESSMENT OF REBATES AS AN ABUSE OF A DOMINANT POSITION

UDK: 339.137:658.8.033(043.2)

### SUMMARY

The master's thesis deals with the impact of recent case-law, in particular *Intel v Commission*, on the assessment of rebates in competition law. In older case-law, loyal rebates and rebates of a third category are treated as *per se* abusive. This means that their anti-competitive effect is assessed based on their form and not on the basis of economic analysis of their concrete impact on competition in the relevant market

The Commission has adopted the Commission's Guidelines on exclusionary abuses (*henceforth: Commission's Guidelines*) in which it derogates from the *per se* approach and categorization of rebates according to their form. The *Commissions' Guidelines* also introduced an approach based on economic criteria, in particular on the test of an equally effective competitor.

The *per se* approach from earlier case-law has already indicated certain similarities between the treatment of loyalty rebates and rebates of the third category with collusive agreements that distort competition "by object" as defined by article 101 TFEU. In the *Intel v Commission* case the Court of Justice of the EU (*henceforth: ECJ*) finally supplemented the *per se* approach by drawing parallels between rebates and "by object" abuses as defined in Article 101 TFEU. Accordingly, it also indirectly "opened the door" to the assessment of rebate schemes, as it is defined by the Commission in the *Commission's Guidance*, as undertakings are now able to provide evidence that the conduct is not capable of restricting competition and having the alleged foreclosure effect. If an undertaking submits such evidence, it may challenge the Commission's view that rebates constitute a "by object" abuse. Where an undertaking succeeds to refute the presumption that the rebate scheme in question falls within the scope of the "by object" restrictions, the Commission must examine actual or potential effects of such a scheme on the exclusion of equally effective competitors from the market. In this case, they need to be considered as abuse "by effect" based on the "rule of reason". Under this rule, competition authorities must assess the extent of the undertaking's dominant position on the relevant market, the share of the market covered by the challenged practice, the conditions for granting the rebates in question, their duration and their amount as well as the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market. In this way, in the case of *Intel v Commission*, the ECJ confirmed the Commission's approach to rebates, as set out in the *Commission's Guidance*.

**Keywords:** *per se approach, "more economic" approach, abuse of dominant position, Hoffman-La Roche, Post Danmark II, Intel v Commission, loyalty rebates, rebates of the third category, incremental rebates, retroactive rebates.*

## 1. UVOD

Z izrazom rabat se običajno označuje cenovni popust, ki ga podeli dobavitelj, običajno proizvajalec, svojemu kupcu – trgovcu na debelo. Gre za zelo pogosto poslovno prakso, ki je nastala kot posledica zagotavljanja potreb tako na strani ponudbe kot povpraševanja. Dobavitelj si želi s podelitvijo popusta zagotoviti čim več kupcev, zlasti zaradi doseganja ekonomije obsega in večanja povpraševanja po izdelku. Kupec pa ima korist od nižje cene, ki jo mora odšteti za proizvode. Rabati sami po sebi načeloma niso problematični z vidika konkurenčnega prava, dokler se jih ne poslužuje podjetje s prevladujočim položajem.<sup>1</sup>

V starejši sodni praksi Sodišča EU in tudi Komisije se je izoblikovalo zelo strogo stališče do nekaterih rabatov zvezi z zlorabo prevladujočega položaj. Oba organa EU sta namreč podredila rabate *per se* pristopu, skladno s katerim ni potrebno ugotavljati dejanskih ali potencialnih učinkov zadevnega rabata na trgu, pač pa zadostuje zgolj dokaz, da se je podjetje s prevladujočim položajem poslužilo rabata.<sup>2</sup> Takšno stališče izhaja iz zadeve *Hoffmann-La Roche*<sup>3</sup>, odločitev v tej zadevi pa je še vedno temeljna na tem področju. V tej zadevi se tudi prvič pojavi delitev rabatov glede na njihovo obliko, natančneje na količinske rabate in zvestobne rabate, ki so pogojeni z obveznostjo kupca, da opravi vse ali večino svojih nakupov pri podjetju s prevladujočim položajem, ne glede na to ali je takšna obveznost dogovorjena eksplicitno ali pa implicitno izhaja iz dogovora. Za prve velja, da so posledica ekonomske učinkovitosti prevladujočega podjetja, zato se zanje domneva, da ne izkrivljajo konkurence. Za druge pa velja, da se jih podjetja s prevladujočim položajem poslužujejo izključno z namenom izrinjenja konkurentov, saj za njihovo uporabo ni nobenega drugega ekonomskega razloga, zato so, v odsotnosti objektivno opravičljivih razlogov, *per se* prepovedani.<sup>4</sup> To dihotomno delitev je dopolnila zadeva *Michelin I*<sup>5</sup> z novo kategorijo rabatov. To tretjo kategorijo tvorijo rabati, ki niso ne »čisti« količinski in ne zvestobni rabati. Zaradi tega jih je potrebno presojati glede na »vse relevantne okoliščine«. <sup>6</sup> V praksi to pomeni predvsem ugotovitev ali je rabatna shema retroaktivna z daljšim referenčnim obdobjem. Če se ugotovijo navedene značilnosti, se tudi ti rabati

---

<sup>1</sup> Povzeto po R. Subioto in J. Cumbs v: F. Enrique Gonzalez-Diaz in R. Snelders, *EU Competition Law Volume V: Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, Claeys & Casteels, Leuven 2013. odst. 6.110, 6.111 in opomba 92 (v nadaljevanju Enrique Gonzales-Diaz in Snelders).

<sup>2</sup> A. Jones in B. Sufrin, *EU Competition Law: Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press 2016, str. 434 (v nadaljevanju: Jones in Sufrin).

<sup>3</sup> Zadeva 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG proti Komisiji*, ECLI:EU:C:1979:36.

<sup>4</sup> P.I. Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, 2014, str. 19 (v nadaljevanju: Colomo 2014).

<sup>5</sup> Zadeva 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin proti Komisiji*, ECLI:EU:C:1983:313.

<sup>6</sup> Prav tam, tč. 73.



obravnavajo kot zvestobni rabati - predstavljajo torej zlorabo *per se*.<sup>7</sup> To tripartitno delitev je potrdilo Splošno sodišče v zadevi *Intel*.<sup>8</sup>

Zadeva *Inteli* in v njej zastopan *per se* pristop Sodišča EU sta v strokovni javnosti naletela na številne kritike. Komentatorji so se obregnili zlasti ob umetno delitev rabatov glede na obliko, ki nima nobene podpore v ekonomski znanosti, saj se lahko enaki prokonkurenčni ali protikonkurenčni učinki dosežejo ne glede na obliko presojanega ravnanja. Prav tako je napačno stališče, da so zvestobni in njim podobni rabati (t. i. »rabati tretje kategorije«) po svojem cilju namenjeni izključno izključitvi konkurentov, saj imajo lahko tudi številne prokonkurenčne učinke, ki pa so lahko, zaradi pomanjkanja kakršne koli ocene vpliva omenjenih rabatov na trg, popolnoma spregledani v konkretnem primeru.<sup>9</sup>

Zaradi številnih kritik, da je praksa Komisije glede presoje zlorabe prevladujočega položaja preveč formalistična in usmerjena v varovanje konkurentov in ne konkurence, je le-ta sprejela<sup>10</sup> Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj<sup>11</sup> (v nadaljevanju: *Navodila Komisije*) v katerem odstopa od *per se* pristopa in tripartitne delitve rabatov in uvaja pristop, ki temelji na ekonomskih merilih. Zato govori o pogojnih rabatih, ki se delijo na, za konkurenco načeloma manj nevarne, progresivne rabate in bolj problematične retroaktivne rabate. Za ugotovitev protikonkurenčnih učinkov rabatov je skladno s temi navodili potrebno dokazati zaprtje trga na škodo potrošnikov. Metodološko jedro pristopa Komisije pa tvori test enako učinkovitega konkurenta, katerega namen je, na podlagi primerjave stroškov podjetja s prevladujočim položajem z dejansko ceno, ki jo mora ponuditi konkurent prevladujočega podjetja, da izenači njegov rabat, ugotoviti ali bi bil s trga izrinjen tudi hipotetični, enako učinkovit konkurent. Tak namen je podan, če se ugotovi, da je dejanska cena tako nizka, da bi tudi za prevladujoče podjetje pomenila zaračunavanje cen pod stroški proizvodnje.<sup>12</sup> Omenjeni test je nekoliko bolj kompleksen v primeru presoje retroaktivnih rabatov. V primeru presoje progresivnih gre običajno za presojo roparskih cen.<sup>13</sup>

Sodišče EU je v zadevi *Intel proti Komisiji*,<sup>14</sup> dokončno dopolnilo *per se* pristop tako, da je rabate popolnoma približalo zlorabam »po cilju«, kot jih določa člen 101 Pogodbe

---

<sup>7</sup> Tako Jones in Sufrin, str. 448.

<sup>8</sup> Zadeva T-286/09, *Intel proti Komisiji*, ECLI:EU:T:2014:547.

<sup>9</sup> Tako Jones in Sufrin, str. 434.

<sup>10</sup> R. Wish in D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2015, str. 184-185 (v nadaljevanju: *Wish in Bailey*).

<sup>11</sup> Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj (*Besedilo velja za EGP*) (2009/C 45/02), /\* KOM/2008/0832 končno \*/.

<sup>12</sup> Jones in Sufrin, str. 471-472.

<sup>13</sup> M. de la Mano, R. Nazzini in H. Zenger v: J. Faull in A. Nipkay, *The EU Law of Competition*, J. Faull in A. Nipkay, *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 2014, str. 433 (v nadaljevanju: *Faull in Nipkay*).

<sup>14</sup> Zadeva C-413/14 P, *Intel proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2017:632.

o delovanju Evropske Unije (v nadaljevanju: PDEU)<sup>15</sup>. Skladno s tem pa je tudi posredno »odprlo vrata« presoji rabatnih shem, kot jo določa Komisija v Navodilih Komisije. Podjetje bo lahko namreč predložilo dokaze, da ravnanje ni zmožno omejevati konkurence in zlasti imeti očitanih učinkov izrinjenja. Če podjetje predloži takšne dokaze, lahko izpodbije stališče Komisije, da rabati predstavljajo zlorabo »po cilju«. Kadar podjetje uspe izpodbiti stališče Komisije, da zadevna rabatna shema sodi med zlorabe »po cilju«, mora Komisija preučiti dejanske ali potencialne učinke take sheme na izključitev enako učinkovitih konkurentov s trga.<sup>16</sup> Povedano drugače, kadar se rabati ne obravnavajo kot zlorabe »po cilju«, se morajo obravnavati kot zlorabe »po učinku«. Takšna alternativna povezava med ciljem in učinkom pa je tudi značilna za obravnavo omejevalnih sporazumov po členu 101 PDEU.<sup>17</sup>

Glede na obrazloženo sta v magistrski nalogi zastavljeni dve tezi, in sicer:

- Zadeva *Intel proti Komisiji* je dokončno poenotila pristop k rabatam kot zlorabam »po cilju« v smislu člena 101 PDEU in
- V zadevi *Intel proti Komisiji* je Sodišče EU potrdilo pristop Komisije, izoblikovan v Navodilih Komisije.

V magistrski nalogi je zaradi boljšega pregleda nad tematiko rabatov najprej obrazložen sam pojem rabatov in njihova razvrstitev, tako v teoriji kot sodni praksi. Ker so rabati oblika zlorabe prevladujočega položaja je tudi ta pojem na kratko obrazložen. V nadaljevanju je orisana temeljna sodna praksa od prvega primera *Suiker Unie*<sup>18</sup> pa do zadeve *Intel*, ki je zadnja odločba sprejeta pred veljavo Navodil Komisije. Zaradi razumevanja vzporednic med pristopom Sodišča EU k rabatam v starejši sodni praksi in sporazumi, ki so omejevalni »po cilju« so predstavljene temeljne značilnosti presoje omejevalnih sporazumov v okviru člena 101 PDEU, nadalje pa so tudi predstavljene podobnosti med pristopom »po cilju« k sporazumom med podjetji in *per se* pristopom k rabatam. Sledi oris ekonomske analize rabatov, kot jo določajo Navodila Komisije, ki popolnoma odstopa od formalističnega pristopa iz sodne prakse k presoji zlorabe prevladujočega položaja z rabatnimi shemami. Na koncu pa je predstavljena še novejša sodna praksa, sprejeta po uveljavitvi Navodil Komisije – gre za zadevi *Post Danmark II*<sup>19</sup> in *Intel proti Komisiji*. Analiziran je njun vpliv na poenotenje sodne prakse glede zlorab »po cilju« med členoma 101 in 102 PDEU.

Ker je pravna podlaga na področju zlorabe prevladujočega položaja in posledično tudi rabatov pomensko zelo odprta, se v magistrski nalogi osredotočam predvsem na analizo sodne prakse Sodišča EU. Temeljna metoda za iskanje pravnih pravil, ki izhajajo iz teh odločb, je jezikovna razlaga. Ta predstavlja izhodišče. Ker se sodna praksa razvija skozi daljše časovno obdobje, bom jezikovno razlago dopolnil tudi z

---

<sup>15</sup> Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390.

<sup>16</sup> Prav tam, tč. 138-139.

<sup>17</sup> Wish in Bailey, str. 123.

<sup>18</sup> Zadeva C-40/73, *Suiker Unie in ostali proti Komisiji*, ECLI:EU:C:1975:174.

<sup>19</sup> Zadeva C-23/14, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2015:651.

zgodovinsko. Pri umestitvi določenih sodb in iz njih izhajajočih pravnih pravil v sistematični kontekst mi bo pomagala zlasti sistematična metoda argumentacije. Slednja bo prišla v poštev predvsem pri argumentiranju približevanja sodne prakse na področju člena 101 in 102 PDEU. V zvezi s primerjavo pravil med navedenima členoma in sklepanjem na nova pravila, ki izhajajo iz sodne prakse bom ob boku sistematične razlage uporabil tudi argumente logične razlage, natančneje *argumentum a simili ad simile*. Celoten proces pa bom zaokrožil na podlagi vseh navedenih metod s teleološko razlago, katere namen bo izluščiti pomen sodne prakse, zlasti zadev *Post Danmark II* in *Intel proti Komisiji*, na nadaljnje obravnavanje rabatov ob upoštevanju širšega okvira, ki ga je začrtala pretekla sodna praksa. Ker pa bom tudi primerjal pristop Sodišča EU s pristopom podanim v Navodilih Komisije, se bom v tej zvezi posluževal zlasti primerjalne metode. Pri preučevanju mi bo v pomoč tudi literatura, zato se bom pri uporabi le-te posluževal tako analitične kot tudi sintetične metode.

### Omejitve:

Problematika razvrstitve neočitnih oz. novih oblik sporazumov v kategorijo zlorab »po cilju« skladno z metodologijo začrtano v sodbi *Groupement des cartes bancaires*<sup>20</sup> je v nalogi sicer obravnavana za potrebe razumevanja analogije med obema členoma, vendar podrobnejša analiza navedenega problema presega temo magistrskega dela. Prav tako bo za namene magistrske naloge prikazana in analizirana samo sodna praksa Sodišča EU, ki se nanaša na omejevalne sporazume, ki izkrivljajo konkurenco »po cilju« ali »učinku« v smislu člena 101 PDEU, ki je relevantna za razumevanje približevanja pristopa k zlorabi prevladujočega položaja k pristopu, ki je uveljavljen na področju omejevalnih sporazumov.

---

<sup>20</sup> Zadeva C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) proti Evropski Komisiji*, ECLI:EU:C:2014:2204.

## 2. POJEM IN VRSTE RABATOV

### 2.1. Definicija rabata

Rabat je izraz s katerim se opisuje cenovni popust, ki ga podeli dobavitelj blaga trgovcu na debelo, pogosto v zameno za določeno vrsto ravnanja.<sup>21</sup> Rabati so zelo pogosta praksa v gospodarskem poslovanju in povsem običajen način, s katerim dobavitelji tekmujejo za kupce<sup>22</sup>. Izvirajo iz običajnih poslovnih potreb na obeh straneh ponudbe in povpraševanja. Kupec se nadeja, da si bo za blago izgovoril boljše pogoje - predvsem nižjo ceno, če bo opravil čim več nakupov pri enem dobavitelju. Na drugi strani pa si dobavitelj prav tako prizadeva uvesti cenovne strategije in poslovne pogoje, ki bodo stranke privabili ter jih prepričali, da čim večji del svojih nabavnih potreb zadovoljijo z nakupi pri njem. Rabatne sheme se pogosto uporabljajo z namenom obdržati določenega velikega kupca. V ta namen se praviloma uporabljajo sheme, ki temeljijo na količinskem popustu. Za zadržanje kupcev, ki bodo verjetno opravili vsaj del nakupov pri drugem dobavitelju, pa se uporabljajo t. i. ciljni rabati.<sup>23</sup>

Opisana poslovna praksa sama po sebi načeloma ni sporna z vidika konkurenčnega prava. Drugače pa je v primerih, ko se rabatov poslužuje podjetje, ki ima prevladujoč položaj. V tem primeru se lahko rabati uporabijo, da se z njimi izrine konkurenta s trga.<sup>24</sup>

### 2.2. Kategorije rabatov

Za razumevanje rabatov je potrebo najprej razumeti terminologijo s tega področja. Zato bo v nadaljevanju predstavljena delitev rabatov, kot se pojavlja v literaturi. V teoriji se rabati delijo na naslednje kategorije:

- *Količinski rabati*: so znižanja cene, ki jih kupec pridobi z nakupom določene količine blaga<sup>25</sup>. Pri tem praviloma plača redno ceno za blago do določene količine, ko pa to količino preseže, se cena za nadaljnjo količino zniža (npr. nakup desetih izdelkov za ceno devetih).
- *Zvestobni rabati*: so rabati, ko so pogojeni z zvestobo kupca dobavitelju. Ti rabati so dani kupcu, če le-ta nabavi vso blago (ali večino) pri tem dobavitelju.

---

<sup>21</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.110.

<sup>22</sup> Povzeto po M. Repas, Konkurenčno pravo v teoriji in praksi: Omejevalna ravnanja in nadzor koncentracij, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010., str. 263 (V nadaljevanju: Repas).

<sup>23</sup> Primerjaj Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, opomba 92.

<sup>24</sup> Povzeto po Repas, str. 263.

<sup>25</sup> Jones in Sufrin, str. 435.

- *Ciljni rabati*: so rabati, ki so dani kupcu, ki z nakupi preseže določeno ciljno količino nakupov v določenem časovnem obdobju (referenčno obdobje). Ciljna količina je običajno določena glede na kupčeve potrebe po tem blagu, kot jih ocenjuje prodajalec. Praviloma se ta ocena opravi na podlagi prejšnjih nakupov. Zaradi tega so ciljni rabati pogosto zastavljeni tako, da mora kupec preseči količino blaga nabavljenega v preteklosti. Ciljni rabati so lahko retroaktivni ali progresivni in standardizirani ali individualizirani.
- *Retroaktivni rabati*: so rabati, ki so dodeljeni glede na celotno količino nakupa, ko je dosežen določen prag. Torej, če je prag takšnega rabata deset izdelkov, se pri nakupu desetega izdelka rabat obračuna na vseh deset izdelkov in ne samo na enajstega in naslednje, kot pri progresivnih rabatih.
- *Progresivni rabati*: so rabati, ki so kupcem dodeljeni za nakup izdelkov nad določenim pragom.
- *Standardizirani rabati*: so rabati, ki so dostopni vsem kupcem pod enakimi pogoji.
- *Individualizirani rabati*: so rabati, ki so dodeljeni kupcem glede na različne pragove nabave oz. so posameznim kupcem dodeljene različne rabatne sheme.
- *Selektivni rabati*: so rabati, ki so dodeljeni samo določenim kupcem, za katere dobavitelj meni, da bodo vsaj določen del nakupov opravili pri drugem dobavitelju.
- *Skupinski rabati za več proizvodov*: so rabati pogojeni z nakupom določene količine izdelkov, ki sodijo na različne proizvodne trge. To lahko nazorneje ponazorimo z naslednjim primerom: Prodajalec s prevladujočim položajem na proizvodnem trgu izdelka A, dobavlja tudi izdelek B. Na proizvodnem trgu izdelka B pa nima prevladujočega položaja, zato kupec ni vezan na dobavo le-tega pri njem. Zaradi tega prodajalec kupcu ponudi popust, pri katerem se nakup izdelka B združuje z izdelkom A za namene pridobitve popusta. Kupec ima zato spodbudo za nakup izdelka B od prevladujočega dobavitelja.<sup>26</sup> Ta vrsta rabatov ima značilnosti vezane prodaje.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Prav tam.

<sup>27</sup> Navodila Komisije, tč. 59.

## 2.3. Kategorije rabatov v sodni praksi Sodišča EU

V zadevi *Intel* je Splošno sodišče unije rabate razdelilo v tri kategorije, in sicer na: količinske rabate, zvestobne rabata in rabate s primerljivim učinkom zvestobnim rabatom (v nadaljevanju: *rabati tretje kategorije*).<sup>28</sup> Kljub temu, da je Sodišče ugodilo pritožbi v zadevi *Intel proti Komisiji*<sup>29</sup> in razveljavilo sodbo v zadevi ter jo vrnilo v presojo Splošnemu sodišču, se za potrebe magistrske naloge uporablja navedena delitev rabatov, saj iz pritožbene odločbe ne izhaja, da bi zadevna delitev bila odpravljena. V pritožbeni zadevi je Sodišče EU zgolj dopolnilo dosedanje, ustaljeno sodno prakso, kot bo prikazano v nadaljevanju.<sup>30</sup>

### 2.3.1. Količinski rabati

Sodišče EU je v zadevi *Post Danmark II*<sup>31</sup> potrdilo, da se za količinske rabate domneva, da so zakoniti<sup>32</sup>. Ta domneva velja samo za rabate, ki temeljijo izključno na vsakem posamičnem naročilu pri posameznem prodajalcu<sup>33</sup>. Navedeno pomeni, da je rabat lahko podeljen, če kupec doseže oz. preseže določen nabavni prag, samo če je le-ta v naprej določen velja za vse stranke enako.<sup>34</sup> V tem primeru rabati nimajo učinka izrinjenja (*»foreclosure«*) konkurentov s trga. Za takšne količinske rabate se prav tako domneva, da so izraz učinkovitosti, zlasti ekonomije obsega, ki jo je podjetje doseglo s prevladujočim položajem.<sup>35</sup> Povečanje dobavljene količine, ki se doseže z rabatom, lahko za dobavitelja pomeni nižje stroške, kot posledica ekonomije obsega. Nižje stroške, nato le-ta prenese na kupca s ponudbo ugodnejših cenovnih pogoje. Vendar, pa je omenjena domneva zakonitosti ovrgljiva. Tudi količinski rabati lahko imajo učinek zaprtja trga, če predstavljajo roparske cene.<sup>36</sup>

### 2.3.2. Zvestobni rabati

Zvestobni rabati se pogojeni z zavezo kupca, da bo vse ali večino svojih nakupov opravil pri podjetju s prevladujočim položajem, ne glede na to ali so rabati pogojeni s formalno obvezo izključnosti oz. zvestobe ali ne. Namreč, *»protikonkurenčna spodbuda pri rabatih za zvestobo ne izhaja iz naložitve formalne obveznosti glede izključne ali skoraj izključne nabave pri podjetju s prevladujočim položajem, temveč iz finančnih ugodnosti, ki jih stranka pridobi s temi nakupi, oziroma finančnih izgub, ki se jim z navedenimi nakupi izogne. Tako je dovolj, da podjetje s prevladujočim položajem*

---

<sup>28</sup> Zadeva T-286/09, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:T:2014:547, tč. 74-78.

<sup>29</sup> Zadeva C-413/14 P, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:C:2017:632.

<sup>30</sup> Za podrobnejšo analizo glej poglavje 6.2.

<sup>31</sup> Zadeva C-23/14, Post Danmark, ECLI:EU:C:2015:651, tč. 27.

<sup>32</sup> Zadeva Hoffmann-La Roche & Co. AG proti Komisiji, ECLI:EU:C:1979:36, tč. 90.

<sup>33</sup> Faul in Nipkay, str.425.

<sup>34</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.111.

<sup>35</sup> Zadeva T-286/09, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:T:2014:547, tč. 75.

<sup>36</sup> Faul in Nipkay, str.425.

*svojo stranko v zadostno jasni meri obvesti, da je dodelitev finančne ugodnosti odvisna od izključne ali skoraj izključne nabave.»<sup>37</sup>*

V zadevi *Intel proti Komisiji*<sup>38</sup> je Sodišče EU pritrdilo dosednji sodni praksi, da podjetje s prevladujočim položajem, ki nase veže kupce na zgoraj opisani način, pa četudi na njihovo zahtevo, zlorablja prevladujoč položaj v skladu s členom 102 PDEU.<sup>39</sup> Hkrati pa je razsodilo, da lahko podjetje, ki se mu očita navedena zloraba, predloži dokaze, da takšno ravnanje ni moglo omejevati konkurence oz. imeti očitanih učinkov izrinjenja.<sup>40</sup> S tem je Sodišče EU spremenilo stališče dosedanje sodne prakse, v skladu s katero ni bilo možno izpodbiti domneve, da so zvestobni rabati že po svoji naravi zmožni izriniti konkurente s trga in so zato *per se* prepovedani.<sup>41</sup>

### **2.3.3. Rabati tretje kategorije**

Rabati tretje kategorije so rabati, ki niso ne količinski in ne zvestobni rabati, vendar pa so analogni slednjim, saj imajo podobne učinke kot le-ti. Pri teh rabatnih shemah dodelitev finančne spodbude ni neposredno pogojena z izključno ali skoraj izključno nabavo pri podjetju s prevladujočim položajem. Tak rabat pa ima lahko učinek krepitve zvestobe (*»fidelity-building effect«*). Za preizkus, ali uporaba takega rabata pomeni zlorabo prevladujočega položaja, je treba presoditi vse okoliščine, zlasti merila in pogoje za dodelitev rabata, in preučiti, ali je namen tega rabata, da se z dodelitvijo ugodnosti, kupcu odvzame ali omeji možnost izbire oskrbovalnih virov, konkurentom prepreči dostop do trga ali se z izkrivljanjem konkurence okrepi prevladujoči položaj podjetja.<sup>42</sup> Ta kategorija rabatov najpogosteje vključuje rabatne sheme, ki pogojujejo rabate z doseganjem posameznih prodajnih ciljev (ciljni rabati).<sup>43</sup> Iz zadeve *Post Danmark II* izhaja, da imajo lahko učinek krepitve zvestobe tudi (retroaktivni) standardizirani količinski rabati.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> Zadeva T-286/09, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:T:2014:547, tč. 106.

<sup>38</sup> Zadeva T-286/09, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:T:2014:547.

<sup>39</sup> Zadeva C-413/14 P, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:C:2017:632, tč. 138.

<sup>40</sup> Prav tam, tč. 138.

<sup>41</sup> Zadeva T-286/09, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:T:2014:547, tč. 85-87.

<sup>42</sup> Zadeva 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin proti Komisiji, ECLI:EU:C:1983:313, tč. 73.

<sup>43</sup> Zadeva T-286/09, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:T:2014:547, tč. 78.

<sup>44</sup> Jones in Sufrin, str. 437.

### 3. ZLORABA PREVLAJUJOČEGA POLOŽAJA

#### 3.1 Splošno o prevladujočem položaju

Prevladujoč položaj je položaj ekonomske moči podjetja, ki mu omogoča preprečiti učinkovito konkurenco na upoštevnom 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. Posledično ravnanja in ukrepi konkurentov ter potrošnikov ne vplivajo na odločitve podjetja.<sup>45</sup>

Člen 102 PDEU v prvem odstavku določa, da je nezdružljiva z notranjim trgom vsaka zloraba prevladujočega položaja enega ali več podjetij na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu, kolikor bi lahko prizadela trgovino med državami članicami. V drugem odstavku pa so primeroma naštetta ravnanja, s katerimi lahko podjetja zlorabijo svoj prevladujoč položaj.

Člen 102 PDEU določa tudi personalni kriterij uporabe in razmejitveni kriterij, ki razmejuje uporabo nacionalnih pravil konkurenčnega prava od pravil konkurenčnega prava EU. Personalni kriterij določa, da se prepoved zlorabe prevladujočega položaja nanaša na podjetja.<sup>46</sup> Pojem podjetja je razjasnila sodna praksa, ki definira podjetje kot vsako osebo, ki opravlja gospodarsko dejavnost na trgu, ne glede na pravnoorganizacijsko obliko in način financiranja.<sup>47</sup> Razmejitveni kriterij, ki določa uporabo konkurenčnega prava EU je zahteva, da ima ravnanje vpliv na trgovino med državami članicami EU. Vplivati mora na čezmejne dejavnosti med vsaj dvema državama članicama. Da je podan tak vpliv zadošča že potencialni učinek ravnanja na trgovino.<sup>48</sup>

Seveda pa je pogoj, da lahko podjetje sploh zlorabi prevladujoč položaj, da sploh ima tak položaj na upoštevnom trgu. Prevladujoč položaj ima lahko eno samo podjetje (posamičen prevladujoč položaj) ali pa več podjetij skupaj (kolektivni prevladujoč položaj). Ugotovitev takšnega položaja pa poteka v dveh korakih. Prvi je določitev upoštevnega proizvodnega in geografskega trga. To je pomembno zato, ker se tako določi trg na katerem se bo posamezno ravnanje podjetja presoјalo. Pravila za določitev upoštevnega trga so določena v Obvestilu Komisije o opredelitvi

---

<sup>45</sup> M. Repas, Vpliv ekonomskega pristopa na presojo vezanih in paketnih prodaj, *Lexconomica: revija za pravo in ekonomijo*, Letn. 3 (2011) št. 1, str. 18 (v nadaljevanju: Repas 2011).

<sup>46</sup> Prav tam, str. 16.

<sup>47</sup> Jones in Sufrin, str. 116.

<sup>48</sup> Vpliv ekonomskega pristopa, str. 17.



upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti.<sup>49</sup> Drugi korak pa sestoji iz ugotovitve 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 daljšem časovnem obdobju. Elementi prevladujočega položaja so opredeljeni v Navodilih Komisije.<sup>50</sup>

### 3.2. Tradicionalni pristop k zlorabi prevladujočega položaja v sodni praksi Sodišča EU

Sodišče EU je definiralo zlorabo prevladujočega položaja v zadevi *Hoffman-La Roche*: »Pojem zlorabe je objektivni pojem, ki se nanaša na ravnanje podjetja v prevladujočem položaju, ki lahko vpliva na strukturo trga, kjer je zaradi same prisotnosti zadevnega podjetja stopnja konkurence oslabiljena in ki z uporabo metod različnih od tistih ki pogojujejo normalno konkurenco, ovira ohranitev stopnje konkurence, ki še vedno obstaja na trgu ali povečanje le-te.«<sup>51</sup> Takšna definicija zlorabe prevladujočega položaja je zelo nedoločna in odprta, saj se sklicuje na ravnanja, ki ne pomenijo normalne konkurence, ne razjasni pa tega pojma.<sup>52</sup> Zaradi tega se Sodišče EU v svoji sodni praksi pri presoje zlorabe prevladujočega položaja redoma sklicuje na ti. »posebno odgovornost« podjetji s prevladujočim položajem. »Ta posebna odgovornost« v svojem bistvu pomeni to, da se podjetja s prevladujočim položajem morajo vzdržati nekaterih ravnanj, ki bi jim bila dovoljena, če ne bi bila prevladujoča. Vendar, pa je v sodni praksi ta koncept presega navedeni pomen tako, da se uporablja kot podlaga za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja, kadar Sodišče EU sumi, da neko ravnanje lahko izkrivlja konkurenco, pa za to nima dejanskih dokazov. Tak pristop temelji na izhodišču, da že sama prisotnost podjetja s prevladujočim položajem na trgu vpliva na izkrivljanje konkurence, zato vsako nadaljnjo poseganje v obstoječo tržno strukturo predstavlja izkrivljanje konkurence. Konceptualni izvor takega pristopa je tesno povezan z ordoliberalno miselnostjo<sup>53</sup>, ki postavlja v ospredje varovanje obstoječe tržne strukture s poudarkom na konkurentih in pravici potrošnikov do čim večje izbire v smislu koncepta popolne konkurence.<sup>54</sup> Zaradi navedenega se v praksi Sodišča EU in Komisije številna ravnanja štejejo za *per se* prepovedana.<sup>55</sup> *Per se* prepoved pa pomeni, da se neko ravnanje šteje za nezakonito, ne da bi bilo za to potrebno opraviti natančno analizo dejanskih ali potencialnih učinkov na konkurenco.<sup>56</sup>

---

<sup>49</sup> Obvestilo Komisije o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti (97/C 372/03), OJ C 372, 9.12.1997, p. 5–13.

<sup>50</sup> Prav tam, str. 17-18

<sup>51</sup> HLR, tč. 91.

<sup>52</sup> Vpliv ekonomskega pristopa, 2011, str. 13.

<sup>53</sup> Povzeto po Ruseva, str. 67-73.

<sup>54</sup> P. Behrens, The ordoliberal concept of "abuse" of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU, 2015, str. 19.

<sup>55</sup> Repas 2011, str. 20.

<sup>56</sup> Prav tam, str. 12.

### 3.3. Zloraba prevladujočega položaja v Navodilih Komisije

Zloraba prevladujočega položaja je eno izmed najbolj spornih in kritiziranih področij konkurenčnega prava. Komisija je pogosto deležna kritik, da v svojih odločbah, ki se nanašajo na kršitev člena 102 PDEU pretirano ščiti konkurente na trgu in ne konkurenčnega procesa. Navedeno je posledica pristopa k ugotovitvam zlorab prevladujočega položaja, ki temelji na formalističnem pristopu.<sup>57</sup> Ta pristop pa ne izhaja iz spoznanj ekonomske stroke, pač pa iz oblike določenega ravnanja.<sup>58</sup> Zato se za nezdržljiva z omenjenim členom štejejo ravnanja, ki dejansko ne morejo imeti oz. nimajo nobenega vpliva na blaginjo potrošnika in posledično ne izkrivljajo konkurenčnega procesa, temveč so lahko zanj celo koristna.<sup>59</sup>

Zaradi navedenih kritik je Generalni direktorat za konkurenco leta 2005 izdal Razpravo glede uporabe člena 82 (sedaj 102) Pogodbe ES (danes PDEU) glede izključevalnih ravnanj<sup>60</sup> (v nadaljevanju: *sporočilo DG COMP*). V Sporočilu DG COMP, so bile začrtane temeljne smernice za uporabo člena 102 PDEU. Te so:

- člen 102 PDEU se ne sme uporabljati z namenom, da se ščiti konkurente,
- podjetja s prevladujočim položajem se ne sme kaznovati, če izključi konkurente na podlagi svoje večje učinkovitosti napram konkurentom,
- ekonomski principi ki prevevajo področje zlorabe prevladujočega položaja so kompleksni, zato formalistični (*per se*) pristop ni primeren,
- izključevalne zlorabe lahko privedejo do zlorabe prevladujočega položaja samo kadar je mogoče dokazati, da je ravnanje imelo oz. lahko ima znatne protikonkurenčne učinke.<sup>61</sup>

Na podlagi navedenega sporočila je leta 2009 Komisija izdala Navodila Komisije, katerih namen je bil operacionalizirati navedene ugotovitve in tako vpeljati sodobna spoznanja ekonomske vede v nadzor zlorab prevladujočega položaja. Gre za t. i. »bolj ekonomski pristop« (*»more economic approach«*). Z vpeljavo ekonometričnih orodij si Komisija prizadeva, da bi bile njene odločitve boljše substancirane in da bi bilo izvrševanje nadzora Komisije omejeno na prednostne zadeve. To so tiste, v katerih je mogoče ugotoviti, da prevladujoče podjetje ravna na škodo potrošnikov.<sup>62</sup> Temeljni cilj člena 102 PDEU je varovanje konkurence na trgu, katere namen je povečanje blaginje

---

<sup>57</sup> Primerjaj Wish in Bailey, str. 185.

<sup>58</sup> P. Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2012. str. 270.

<sup>59</sup> Tako Wish in Bailey, str. 185.

<sup>60</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, URL: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>61</sup> Primerjaj Wish in Bailey, str. 185.

<sup>62</sup> *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, 2014, str. 521.

potrošnika in učinkovite alokacije virov.<sup>63</sup> Zato je potrebno preprečiti izključevalna ravnanja, ki ne temeljijo na uspešnosti podjetja s prevladujočim položajem<sup>64</sup>, saj lahko ta onemogočijo izvrševanje konkurenčnega pritiska na prevladujoče podjetje s strani konkurentov. To pa lahko privede do škode potrošnikom. Na ta način se varuje konkurenca in ne konkurenti.<sup>65</sup> Komisija si torej prizadeva preprečiti podjetjem s prevladujočim položajem, da bi le-ta protikonkurenčno omejevala dostop svojim konkurentom do trga in tako prizadela učinkovito konkurenco ter na ta način škodljivo vplivala na blaginjo potrošnika.<sup>66</sup> S tem je izražena težnja po odkluku od ordoliberalnih ciljev, ki prevevajo sodno prakso Sodišča EU. Ti se zlasti kažejo v *per se* nezakonitosti nekaterih ravnanj in umestitvi gospodarske svobode, kot primarnega cilja konkurenčnega prava ter možnosti neoviranega in enakega vstopa na trg vsem konkurentom, tudi neučinkovitim.<sup>67</sup>

Mestoma je potrebno izpostaviti, da Navodila Komisije ne tvorijo zavezujočih pravnih pravil, vendar pa so lahko, kot je izpostavil generalni pravobranilec *Mazak*, koristna referenca v pomoč Sodišču EU, ki pa na njih ni vezano.<sup>68</sup>

Bolj ekonomski pristop oz. pristop skladen z Navodili Komisije se kaže tudi v novejši sodni praksi Sodišča EU. Tak primer je npr. zadeva *Post Danmark I*.<sup>69</sup> V tej sodbi je Sodišče EU navedlo, da člen 102 PDEU prepoveduje samo ravnanja, ki lahko izrinejo s trga enako učinkovitega konkurenta s sredstvi, ki ne temeljijo na konkurenci na podlagi učinkovitosti prevladujočega podjetja.<sup>70</sup> Zato vsak učinek izrinjenja ne pomeni nujno tudi protipravnega posega v konkurenco. Konkurenca na podlagi zaslug lahko po definiciji vodi do izginotja s trga ali do marginalizacije konkurentov, ki so manj učinkoviti in zato za potrošnike manj zanimivi, zlasti z vidika cen, izbire, kakovosti in inovacije.<sup>71</sup> Namen člena 102 PDEU namreč ni zagotoviti, da ostanejo konkurenti, ki so manj učinkoviti kot podjetje s prevladujočim položajem, na trgu.<sup>72</sup>

---

<sup>63</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, dostopno na: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, str. 17.

<sup>64</sup> Navodila Komisije, tč. 6.

<sup>65</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, URL: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, str. 17.

<sup>66</sup> Navodila Komisije, tč. 19.

<sup>67</sup> Povzeto po Repas 2011, str. 20.

<sup>68</sup> Zadeva C-52/09, Konkurrensverket proti TeliaSonera, ECLI:EU:C:2010:483 Mnenje generalnega pravobranilca Mazaka, opomba 21.

<sup>69</sup> Zadeva C-209/10, Post Danmark proti Konkurrenserådet, ECLI:EU:C:2012:172.

<sup>70</sup> Prav tam, tč. 24

<sup>71</sup> Zadeva C-209/10, Post Danmark proti Konkurrenserådet, ECLI:EU:C:2012:172, tč. 22.

<sup>72</sup> Prav tam, tč. 21.

## 4. STAREJŠA SODNA PRAKSA SODIŠČA EU

### 4.1. *Per se* pristop k rabatom skozi temeljne primere iz sodne prakse

V nadaljevanju bo predstavljena starejša sodna praksa Sodišča EU, ki se nanaša na rabate, od prve zadeve *Suiker Unie*, pa do zadeve *Intel*. Pristop Sodišča EU k rabatom v obravnavani sodni praksi ustreza ti. modificiranemu *per se pristopu*<sup>73</sup>, katerega značilnost je, da z razliko od absolutnega *per se* pristopa dopušča izjeme od domneve nezakonitosti. Takšno izjemo predstavljajo opravičitve na podlagi objektivno opravičljivih razlogov.<sup>74</sup>

#### 4.1.1. Zadeva *Suiker Unie*

V zadevi *Suiker Unie* je Sodišče EU prvič obravnavalo zvestobne rabate. Družba *Suiker Unie* je pogojevala rabat z zahtevo, da kupci opravijo vse letne nakupe sladkorja pri tej družbi s prevladujočim položajem. Sodišče EU je odločilo, da takšni rabati kršijo člen 102(b) PDEU, saj je zaradi njih konkurentom onemogočeno ali oteženo, da konkurirajo prevladujočemu podjetju glede prodaje sladkorja njegovim odjemalcem. Zato lahko Družba *Suiker Unie* še okrepi svoj prevladujoči položaj.<sup>75</sup>

#### 4.1.2. Zadeva *Hoffmann La-Roche*

Zadeva *Hoffmann-La Roche* je prelomna zadeva na področju rabatov. V njej je Sodišče EU prvič jasno razložilo razliko med zvestobnimi in količinskimi rabati. Slednji so domnevno zakoniti, saj so odraz nižanja stroškov zaradi povečanja prodane količine, zato zasledujejo legitimen cilj.<sup>76</sup> Zvestobni rabati pa so prepovedani sami po sebi. Njihov edini namen oz. cilj naj bi bil prepričati kupcem, da poslujejo s konkurenti podjetja s prevladujočim položajem.<sup>77</sup> Prav tako pa je njihov učinek, da kupcem podeljujejo različne pogoje za enakovrstne transakcije, saj različni kupci za isto količino plačajo drugačno ceno, odvisno od tega ali kupujejo izključno pri prevladujočem podjetju ali ne.<sup>78</sup> Zaradi domneve protikonkurenčnega cilja niso potrebni nobeni dokazi za ugotovitev protikonkurenčnega učinka, saj je po mnenju Sodišča EU edina možna razlaga za uporabo zvestobnih rabatov izrinjenje konkurentov s trga.<sup>79</sup> Povedano drugače, v tej sodbi je Sodišče EU zvestobne rabate označilo za zlorabo »po cilju«, zato njihova nezakonitost ne izhaja iz preučitve njihovega konkretnega vpliva na konkurenco, ampak se predpostavlja, da imajo sami po sebi učinek zaprtja trga, kadar

---

<sup>73</sup> N. Petit, *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU*, 2015, str. 18.

<sup>74</sup> Repas 2011, str. 13.

<sup>75</sup> Faul in Nipkay, str. 426.

<sup>76</sup> Povzeto po Colomo 2014, str. 19.

<sup>77</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.117.

<sup>78</sup> Prav tam.

<sup>79</sup> Colomo 2014, str. 19.

jih implementira podjetje s prevladujočim položajem.<sup>80</sup> Sodišče EU je svojo odločitev nadalje utemeljilo s tem, da je zaradi prisotnosti podjetja s prevladujočim položajem konkurenca na trgu že omejena. Zato je vsaka obveznost, ki vzpodbuja zvestobo in tako nadalje omejuje še obstoječo konkurenco na trgu, v nasprotju s členom 102 PDEU.<sup>81</sup> Zaradi *per se* nezakonitosti zvestobnih rabatov se tudi ni mogoče sklicevati, da je, denimo, rabat podeljen na kupčevo zahtevo, pa čeprav ima kupec sam veliko tržno moč in se lahko upre vsakršnemu zvišanju cen prevladujočega podjetja. Brezpredmeten je tudi ugovor, da je rabat podeljen kupcu, katerega povpraševanje je zanemarljivo v primerjavi s celotnim trgom.<sup>82</sup> Iz navedenega izhaja, da dokazi, ki objektivno izkazujejo, da zvestobni rabati v konkretnem primeru ne morejo privedi do zaprtja trga ne vplivajo na odločitev Sodišča EU.<sup>83</sup> Dopuščena je zgolj možnost objektivnega opravičenja (*»objective justification«*) po pravilu utemeljenosti (*»rule of reason«*), kot ga pozna člen 101(3) PDEU.<sup>84</sup> Namen objektivne opravičitve ni dokazati, da ravnanje ne izkrivlja konkurenca na trgu, pač pa, da je ravnanje bodisi objektivno potrebno ali pa iz njega izvira večja učinkovitost kot pa škoda. Da se lahko ravnanje objektivno upraviči, mora biti tudi sorazmerno. Sorazmernost pa se presoja na podlagi naslednjih dejavnikov: (i) med ravnanjem in zatrjevano večjo učinkovitostjo, mora obstajati vzročna zveza, prav tako mora biti nastanek takšne učinkovitosti zadostno verjeten, (ii) ravnanje mora biti nujno potrebno za doseg učinkovitosti, (iii) zatrjevana učinkovitost mora pretehta negativne učinke, ki jih ima ravnanje na konkurenco in blaginjo potrošnikov in (iv) ravnanje ne izključuje vseh obstoječih virov konkurenca in posledično ne izključuje učinkovite konkurenca.<sup>85</sup> Ker je domnevo zlorabe prevladujočega položaja mogoče ovreči samo z dokazovanjem objektivno opravičljivih razlogov, govorimo o ti. modificiranem *per se* pristop.<sup>86</sup>

#### 4.1.3. Zadeva Michelin I

V zadevi *Michelin I* je Sodišče EU presojalo ciljno in retroaktivno rabatno shemo podjetja Michelin. Odjemalci tega podjetja – prodajalci pnevmatik, so pridobili popust za nakup rezervnih pnevmatik na območju Francije, če so dosegli določeno vrednost nakupov v obdobju enega leta. Vrednost je bila določena različno za vsakega kupca posamezno (individualizirani rabat) glede na količino njihovih nakupov v prejšnjem letu. Shema je torej spodbujala kupce, da kupijo več pnevmatik kot leto poprej.<sup>87</sup> Prav tako pa je bil popust odobren na vse, že opravljene letne nakupe v določenem časovnem obdobju (retroaktivni rabat).<sup>88</sup>

---

<sup>80</sup> Jones in Sufrin, str. 438-439.

<sup>81</sup> Zadeva, C-85/76, Hoffmann-La Roche proti Komisiji, tč. 91.

<sup>82</sup> E. Rousseva, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, 2010, str. 177-178 (v nadaljevanju: Rousseva).

<sup>83</sup> Povzeto po Colomo 2014, str. 19.

<sup>84</sup> Zadeva, C-85/76, Hoffmann-La Roche proti Komisiji, tč. 90.

<sup>85</sup> Navodila Komisije, tč. 85-86.

<sup>86</sup> Repas 2011, str. 13.

<sup>87</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.119.

<sup>88</sup> Michelin I, tč. 81.

Sodišče EU je v sodbi utemeljilo, da gre v tem primeru za rabat drugačne vrste kot v zadevi *Hoffman-La Roche*, saj Michelin svojih kupcev ni silil v zvestobo na podlagi pogodb ali vzpodbud, ki so le-tem podobne. Zato je Sodišče EU obrazložilo, da je v tem primeru potrebno vzeti v obzir vse okoliščine primera, predvsem pa kriterije in pravila za podelitev rabata.<sup>89</sup> Sodišče EU se je v obrazložitvi osredotočilo predvsem na to ali rabat omogoča: »da se odstrani ali omeji svoboda kupca, da izbere svoj vir oskrbe, da konkurentom onemogoči dostop do trga, da uporabi različne pogoje za enakovredne transakcije z drugimi trgovinskimi strankami ali da okrepi prevladujoči položaj z izkrivljanjem konkurence.<sup>90</sup>

Sodišče EU je svojo odločitev, da rabat krši člen 102 PDEU, oprlo na: (i) dolgo referenčno obdobje rabata (eno leto), (ii) veliko razliko med tržnim deležem družbe Michelin na upoštevem trgu v primerjavi z njenimi glavnimi konkurenti in (iii) pomanjkanje transparentnosti rabatne sheme, saj so se pogoji često spreminjali, prav tako pa pogoji niso bili sporočeni kupcem v pisni obliki. Zato je, po mnenju Sodišča EU takšna rabatna shema osnovana tako, da kupcem onemogoča, da bi na trgu izbrali najugodnejšo ponudbo v vsakem trenutku, brez da bi to bilo zanje ekonomsko neugodno.<sup>91</sup> Svojo odločitev je nadalje podkrepilo s tem, da retroaktivna narava rabata vrši velik pritisk na kupce, zlasti blizu izteka referenčnega obdobja. Z menjavo vira dobave bi kupci prav tako izgubili celotni rabat, konkurenti pa bi tak rabat le s težavo izenačili.<sup>92</sup>

Test »preučitve vseh upoštevnihi okoliščin primera«, ki ga je v tej zadevi uvedlo Sodišče EU, dejansko temelji samo na preučitvi pogojev rabatne sheme in ne njenega vpliva na trg.<sup>93</sup>

#### 4.1.4. Zadeva Michelin II

V zadevi *Michelin II*<sup>94</sup> je Splošno sodišče ponovno obravnavalo rabatno shemo podjetja Michelin. Ta je bila zasnovana tako, da je imela veliko število korakov oz. pragov, ki so, ko so bili doseženi, povzročili odbitje cene na vse že kupljene izdelke v referenčnem obdobju enega leta. Pragovi so bili določeni tako, da je bila med njimi zelo majhna cenovna razlika. Bili so določeni glede na količino nakupov, vendar rabatna shema ni bila individualizirana, kot v zadevi *Michelin I*, pač pa standardizirana.<sup>95</sup> Splošno sodišče je razsodilo, da količinski rabat, ki ima več korakov med katerimi je znatna razlika v popustu, referenčno obdobje enega leta in je

---

<sup>89</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.120.

<sup>90</sup> Zadeva, C-322/81, Michelin proti Komisiji, ECLI:EU:C:1983:313, tč. 73.

<sup>91</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.121.

<sup>92</sup> Zadeva, C-322/81, Michelin proti Komisiji, ECLI:EU:C:1983:313, tč. 84.

<sup>93</sup> Jones in Sufrin, str. 448.

<sup>94</sup> Zadeva, T-203/01, Michelin proti Komisiji, ECLI:EU:T:2003:250.

<sup>95</sup> Jones in Sufrin, str. 449.

obračunan na podlagi celotnih nakupov kupca od odjemalca v tem obdobju ter se obračuna za nazaj (retroaktivni rabat), krši člen 102 PDEU, saj ima učinek krepite zvestobe. Zaradi tega učinka trgovcem preprečujejo, da bi lahko kadarkoli, v luči razmer na trgu, svobodno izbrali ponudbe različnih ponudnikov in spremenili dobavitelja, ne da bi pri tem utrpeli znatne stroške.<sup>96</sup> Splošno Sodišče je nadalje pojasnilo, da je narava sistema popustov, ki se izračuna na podlagi skupnega prometa takšna, da se učinek krepite zvestobe povečuje sorazmerno z dolžino referenčnega obdobja. V primeru ko je popust odobren za nakupe v referenčnem obdobju, je učinek zvestobe manjši, če se dodatni popust nanaša samo na količino, ki presega prag, in ne na celotni promet v referenčnem obdobju<sup>97</sup>

Splošno Sodišče je v zadevi *Michelin II* v bistvu sklepalo o protikonkurenčnem učinku rabata izključno na podlagi njegove oblike. V primeru takšnega rabata je učinek zaprtja trga ugotovljen ne glede na njegove dejanske učinke. Dovolj je že samo dejstvo, da takšni rabati zgolj »težijo« (»tend to«) k zaprtju trga.<sup>98</sup> Splošno sodišče torej šteje, da je izključni namen retroaktivnih rabatov izključitev konkurentov, zato je v tem primeru ugotovitev protikonkurenčnega cilja in učinka eno in isto.<sup>99</sup> Iz tega izhaja, da so rabati, ki imajo takšne značilnosti (referenčno obdobje enega leta oz. »relativno dolgo referenčno obdobje« in retroaktivnost) podvrženi enaki obravnavi, kot zvestobni rabati, tj. *per se* nezakonitost.<sup>100</sup>

#### 4.1.5. Zadeva British Airways

V zadevi *British Airways*<sup>101</sup> je Sodišče EU ugotovilo, da individualizirana retroaktivna rabatna shema podjetja British Airways krši člen 102 PDEU. To podjetje je podeljevalo rabate potovalnim agentom, ki so prodali dovolj veliko število kart tega podjetja, da so dosegli mejno vrednost rabata. Ko so jo dosegli, se je popust nanašal retroaktivno na vse nakupe, ki jih je opravili agent pri British Airways.<sup>102</sup>

Pri oceni zlorabe prevladujočega položaja je Sodišče EU ponovilo sodno prakso v zadevi *Michelin I*. Prav tako je pritrdilo mnenju Komisije EU, da ni treba dokazati, da ima upoštevna zloraba dejanski ali potencialni učinek na zadevnih trgih in da zadostuje dokaz, da je ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, zmožno omejiti konkurenco.<sup>103</sup> V nadaljevanju je definiralo učinek izrinjenja konkurentov. Ta učinek nastane, kadar podjetje s prevladujočim položajem s svojim ravnanjem oteži ali celo onemogoči svojim konkurentom dostop do trga in kadar oteži ali celo onemogoči svojim

<sup>96</sup> Zadeva, T-203/01, Michelin proti Komisiji, ECLI:EU:T:2003:250, tč. 110.

<sup>97</sup> Prav tam, tč. 85.

<sup>98</sup> Faul in Nipkay, str. 428.

<sup>99</sup> Zadeva, T-203/01, Michelin proti Komisiji, ECLI:EU:T:2003:250, tč. 238-241.

<sup>100</sup> B. Sher, Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6 (2015), No. 4, str. 219.

<sup>101</sup> Zadeva, C-95/04 P, British Airways proti Komisiji, ECLI:EU:C:2007:166.

<sup>102</sup> Jones in Sufrin, str. 454.

<sup>103</sup> Prav tam.

potrošniko izbiro med več oskrbovalnimi viri ali trgovinskimi partnerji.<sup>104</sup> Nadalje je obrazložilo, da učinek izključitve konkurentov izhaja iz treh elementov: (i) mejne vrednosti, ki je bila določena individualno (glede na promet vsakega posameznega potovalnega agenta), (ii) retroaktivne narave rabata in posledično nizke mejne cene kart, ki vzpodbuja zvestobo ter (iii) velikega razhajanja med tržnim deležem družbe British Airways in njenimi konkurenti, kar je še posebej otežilo konkurentom možnost konkurenčne ponudbe,<sup>105</sup> še posebej ker je prevladujoče podjetje »neizogiben trgovinski partner«.<sup>106</sup>

#### **4.1.6. Zadeva Tomra**

V zadevi *Tomra*<sup>107</sup> je Sodišče EU odločilo, da je individualizirana in retroaktivna rabatna shema podjetja Tomra v nasprotju s členom 102 PDEU. Tomra je zatrjevala, da bi Komisija v odločbi morala določiti najnižji prag dobička, ki ga mora podjetje doseči, da še lahko deluje na upoštevem proizvodnem trgu, ob upoštevanju okoliščine, da le-to konkurira samo za spremenljivi del povpraševanja. Sodišče EU je zavrnilo to stališče, saj zaprtje znatnega dela trga s strani prevladujočega podjetja, ne more biti upravičeno s tem, da obstaja dovoljšen delež spremenljivega dela povpraševanja za določeno število konkurentov.<sup>108</sup> Konkurentom mora biti omogočeno, da konkurirajo za celotni trg in ne samo za njegov del. Celotni trg mora biti na voljo tudi potrošnikom. Nadalje, prevladujoče podjetje ne sme določati kolikšno število konkurentov lahko konkurira za preostanek trga, torej za spremenljivi del povpraševanja. Sodišče EU je prav tako odločilo, da zaračunavanja negativnih cen (cen, ki so pod stroški prevladujočega podjetja) ni pogoj za ugotovitev zaprtja trga.<sup>109</sup>

Sodišče EU se je pri svoji presoji osredotočilo zgolj na retroaktivnost rabata, predvsem na učinek, ki ga ta ima na ceno mejne enote oz. na negativno mejno ceno, ki je posledica učinka krepitve zvestobe takšnega rabata.<sup>110</sup> Iz povedanega je razvidno, da v primeru retroaktivnih rabatov Sodišče EU ne preučí dejanskega ali potencialnega vpliva sheme na konkurenco, pač pa je dovolj že sama ugotovitev retroaktivne oblike rabata.<sup>111</sup>

#### **4.1.7. Zadeva Intel**

V zadevi *Intel* je Splošno sodišče obravnavalo rabatno shemo podjetja Intel. Rabatna shema se je nanašala na dobavo centralnih procesnih enot x86 CPU, proizvajalcem

---

<sup>104</sup> Zadeva, C-95/04 P, British Airways proti Komisiji, ECLI:EU:C:2007:166, tč. 69.

<sup>105</sup> Faul in Nipkay, str. 428.

<sup>106</sup> Zadeva, C-95/04 P, British Airways proti Komisiji, ECLI:EU:C:2007:166, tč. 75.

<sup>107</sup> Zadeva, C-549/10 P, Tomra in drugi proti Komisiji, ECLI:EU:C:2012:221.

<sup>108</sup> Prav tam, tč. 241.

<sup>109</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.130-6.131.

<sup>110</sup> Zadeva, C-549/10 P, Tomra in drugi proti Komisiji, ECLI:EU:C:2012:221, tč. 78-79.

<sup>111</sup> Jones in Sufrin, str. 464.



računalnikov. Rabat je bil pogojen z zvestobo oz. izključnostjo nabave teh enot od družbe Intel. Sodišče je odločilo, da rabatna shema krši člen 102 PDEU.<sup>112</sup>

Splošno sodišče je v obrazložitvi razloževalo, da so finančne ugodnosti, ki so pogojene z zvestobo naravnane tako, da preprečujejo potrošnikom, da kupujejo pri drugih dobaviteljih, zato so prepovedane in ni potrebno preučiti posebnosti primera. Zaradi tega, zvestobni rabati, že po naravi stvari, omogočajo zaprtje trga.<sup>113</sup> V nadaljevanju se je Splošno sodišče uprlo na razlogovanje v zadevi *Michelin I* in obrazložilo, da zaprtje trga ne pomeni, da so konkurenti izrinjeni, pač pa je dovolj, da jim je dostop do trga otežen. Splošno sodišče je vzelo v obzir, da so v določenih primerih zvestobni rabati lahko prokonkurenčni, vendar ne kadar jih uporablja podjetje s prevladujočim položajem, saj je že zaradi prisotnosti le-tega na trgu konkurenca že omejena. Ta pristop je upravičen zaradi »posebne odgovornosti« prevladujočega podjetja, da se vzdrži ravnanj, ki so sicer dovoljena podjetjem brez prevladujočega položaja. Zaradi prevladujočega položaja podjetja na trgu, so načelno prepovedane vsakršne obveznosti povezane z izključno dobavo. V zvezi z navedenim je Splošno sodišče tudi potrdilo stališče, da je podjetje s prevladujočim položajem »neizogiben trgovinski partner«. Zaradi takega položaja so kupci prisiljeni opraviti vsaj del nakupov pri prevladujočem podjetju, zato konkurenti lahko konkurirajo samo za spremenljivi del povpraševanja. V primeru, da podjetje s prevladujočim položajem, pogojuje rabat z zvestobo, je položaj konkurentov otežen. To pa zato, ker bi kupci v primeru zamenjave dobavitelja, izgubili ne samo rabat, nad določeno količino, temveč celotni rabat. Konkurent temu posledično mora ne samo ponuditi konkurenčno ceno za količino, ki jo lahko sam dobavi, pač pa mora tudi nadomestiti kupcu izgubo rabata, za količino, ki bi jo ta kupil od prevladujočega podjetja. Ker lahko prevladujoče podjetje uporabi tržno moč na stalnem delu povpraševanja kot vzvod, za zagotovitev spremenljivega, je konkurentom otežen dostop do trga. Na podlagi povedanega je Splošno sodišče rabate v predmetni zadevi opredelilo kot nezdružljive s členom 102 PDEU.<sup>114</sup>

V zadevi *Intel* je Splošno sodišče potrdilo stališče, da so zvestobni rabati zloraba *per se*. Edina možna obramba je zatrjevanje objektivne upravičenosti.<sup>115</sup> V tej zadevi je Splošno sodišče tudi podalo delitev rabatov v tri, že omenjene kategorije:

- količinske rabate, ki so domnevno zakoniti,
- zvestobne rabate, ki so *per se* prepovedani in
- rabate tretje kategorije, pri katerih je potrebno presoditi »vse okoliščine« primera, zlasti obliko in kriterije rabatne sheme.

---

<sup>112</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst., 6.135.

<sup>113</sup> Zadeva T-286/09, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:T:2014:547, tč. 86-87.

<sup>114</sup> Prav tam, tč. 89-93.

<sup>115</sup> Jones in Sufrin, str. 440.

## 4.2. Primerjava *per se* pristopa k rabatom s sporazumi, ki »po cilju« omejujejo konkurenco

Iz obravnavane sodne prakse izhaja, da se za ugotovitev nezdržljivosti zvestobnih rabatov s členom 102 PDEU ne zahtevajo nobeni dokazi, da ti rabati tudi dejansko povzročajo konkretne protikonkurenčne učinke za trg. Podobno so obravnavani tudi rabati, ki sodijo v tretjo kategorijo rabatov. Pri teh se sicer morajo vzeti v obzir »vse upoštevne okoliščine«, vendar analiza le-teh ne pomeni dejanske presoje učinkov, saj ne temelji na kvantitativnih ekonomskih merilih (kot sta npr. test enako učinkovitega konkurenta in stopnja pokritosti trga z rabatom) pač pa na kvalitativnih merilih – pogojih za pridobitev rabata. Na podlagi teh se ugotavlja, ali je zadevna rabatna shema po svoji funkciji primerljiva z zvestobnimi rabati. Ugotavlja se t. i. učinek krepitev zvestobe (»*fidelity building effect*« ali »*suction effect*«). Ko se slednji ugotovi, se tudi pri tej kategoriji rabatov ne presoja protikonkurenčnih učinkov, ker se ti domnevajo.<sup>116</sup>

Med opisanim *per se* pristopom k rabatom in pristopom k sporazumom, ki izkrivljajo konkurenco »po cilju«, je mogoče potegniti določene vzporednice. Zaradi lažjega razumevanja primerljivosti obeh pristopov bodo uvodoma na kratko predstavljene temeljne značilnosti sporazumov, ki so zlorabe »po cilju« ali »učinku« v smislu člena 101(1) PDEU.

### 4.2.1. Sporazumi, ki izkrivljajo konkurenco »po cilju« in »po učinku«

Člen 101(1) PDEU prepoveduje sporazume med podjetji, ki lahko vplivajo na trgovino med državami članicami in katerih cilj ali učinek je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na notranjem trgu.<sup>117</sup> Na podlagi navedenega sodna praksa sodišča EU razlikuje med omejevalnimi sporazumi »po cilju« in »po učinku«. Takšno razlikovanje pa je upravičeno na podlagi dejstva, da je mogoče nekatere vrste usklajevanja med podjetji, že po svoji naravi, šteti za škodljive za pravilno delovanje običajne konkurence. Gre za sporazume, ki imajo sami po sebi tako visoko možnost negativnih posledic na konkurenco (zlasti na ceno, količino ter kakovost proizvodov in storitev), da za namene uporabe člena 101(1) PDEU ni treba dokazovati njihovih dejanskih posledic za trg. Prav tako tudi ni potrebno, da bi bili ti učinki znatni. Pri sporazumih, ki so omejitve »po cilju« se torej negativni konkretni učinek na konkurenco domneva.<sup>118</sup> Na tem mestu je potrebno pojasniti, da »cilj« v smislu člena 101(1) PDEU pomeni objektivni namen, ki ga sporazum zasleduje glede na pravni in ekonomski kontekst v katerega je umeščen.<sup>119</sup> Posledica ugotovitve, da določen sporazum sodi med omejevalna ravnanja »po cilju«, je, da se konkurenčni organ razbremeni dela

---

<sup>116</sup> Colomo 2014, str. 18.

<sup>117</sup> L. Peepkorn, Defining »by object« restrictions, Concurrences, No. 3-2015, str. 41 (v nadaljevanju: Peepkorn).

<sup>118</sup> Zadeva C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) proti Evropski Komisiji, ECLI:EU:C:2014:2204, tč. 49-52.

<sup>119</sup> Zadeva C-29/83, CRAM proti Komisiji, ECLI:EU:C:1984:130, tč. 25-26.

dokaznega bremena dokazovanja učinkov, kar pripomore k ekonomičnosti postopka. Obstoje kategorije sporazumov, ki so protikonkurenčni »po učinku«, prav tako prispeva k pravni varnosti, saj podjetja lažje predvidevajo, katera ravnanja se bodo štela za nezdružljiva s členom 101(1) PDEU.<sup>120</sup>

Neizpodbitna domneve protikonkurenčnih učinkov se ne vzpostavi samo zato, da bi se organ, ko ugotovi protikonkurenčni cilj sporazuma, razbremenil dokaznega bremena, temveč se vzpostavi zato, ker se zlorabe »po cilju« štejejo za tako resne kršitve, da so nezdružljive s cilji konkurenčnega prava. Zato je ugotavljanje učinka neprimerno. To izhaja iz zadeve *T-Mobile*<sup>121</sup>, v kateri je Sodišče EU obrazložilo, da za ugotovitev kršitev »po cilju« ni potrebno presojati konkretnih učinkov sporazuma na cene in končne potrošnike, saj se varuje struktura trga in obstoječa konkurenca. Posledično se v tem kontekstu lahko presojajo konkretni učinki zgolj zaradi določitve višine globe ali odškodnine.<sup>122</sup> Navedeno nazorno obrazloži generalna pravobranilka *Kokott*, ki kršitve »po cilju« primerja z vožnjo pod vplivom alkohola ali drog. Ta se šteje za prekršek povsem neodvisno do tega ali je opit voznik v cestnem prometu dejansko nekoga ogrozil ali povzročil prometno nesrečo. V enakem smislu kršijo podjetja konkurenčno pravo EU, če se na trgu zatekajo k ravnanju s protikonkurenčnim ciljem. Zato presoja ali so v posamičnem primeru določeni udeleženci na trgu utrpeli dejansko škodo ni pomembna.<sup>123</sup>

Sodišče EU je v zadevi *Groupement des cartes bancaires* zavzelo stališče, da so nekatera ravnanja, na podlagi preteklih izkušenj, že po svoji naravi škodljiva za normalno delovanje konkurence (npr. cenovni karteli).<sup>124</sup> Zato kadar konkurenčni organi preučujejo sporazume, pri katerih se je Sodišče EU že izreklo, da sodijo med očitne oz. »tradicionalne« kršitve »po cilju«, ni potrebno presojati ali sodijo v to kategorijo. Kadar pa se presojajo sporazumi, glede katerih se še Sodišče EU ni izreklo, je potrebno v vsakem primeru posebej ugotoviti, ali iz njih izhaja zadostna stopnja škodljivosti za konkurenco, da jih je moč razvrstiti v koš sporazumov, katerih cilj je izkrivljanje le-te.<sup>125</sup> Za preučitev, ali je sporazum med podjetji tako škodljiv, da se šteje za omejitev konkurence »po cilju«, se upoštevata vsebina njegovih določb, cilji, ki se želijo z njim doseči, ter pravni in gospodarski okvir, v katerega je umeščen. Pri presoji navedenega okvira je treba upoštevati tudi naravo zadevnega blaga in storitev ter dejanske pogoje delovanja in sestave zadevnega trga. Pri tem je potrebno poudariti, da pri takšni analizi ne gre za presojo dejanskih ali potencialnih učinkov preučevanega

---

<sup>120</sup> Wish in Bailey, str. 128.

<sup>121</sup> Zadeva C-8/08, *T-Mobile Netherlands* in ostali proti Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ECLI:EU:C:2009:343.

<sup>122</sup> Wish in Bailey, str. 125.

<sup>123</sup> Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi C-8/08, *T-Mobile Netherlands* in ostali proti Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, z dne 19. 2. 2009, ECLI:EU:C:2009:110, tč. 47.

<sup>124</sup> Zadeva C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB)* proti Evropski Komisiji, ECLI:EU:C:2014:2204, tč. 50-51.

<sup>125</sup> Ž. Južnič, *Kršitev po cilju ali po učinku – učinek sodbe v zadevi Groupement des cartes bancaires*, *Pravna Praksa*, Let. 36 (2017), št. 30-31, str. III -IV (v nadaljevanju: Južnič).

sporazuma na konkurenco.<sup>126</sup> Res pa je, da takšen pristop k identifikaciji zlorab »po cilju« terja določeno stopnjo analize, zlasti kar se tiče »ekonomskega« konteksta. Takšna, vedno bolj obsežna ekonomska analiza, pa vodi v nevarnost zabrisanja mej med ravnanji, ki imajo protikonkurenčni cilj in tistimi ki imajo tak učinek.<sup>127</sup>

Ker sta cilj in učinek omejevanja konkurence določena, kot alternativna pogoja, konkurenčni organi najprej presojujejo ali ima določen sporazum za svoj cilj omejevanje konkurence, saj jim v tem primeru ni potrebno dokazovati dejanskega učinka izkrivljanja konkurence.<sup>128</sup> Kadar pa ugotovijo, da iz posameznega sporazuma ne izhaja, da sodi med omejitve »po cilju«, pa mora konkurenčni organ zadevni sporazum presojsati kot omejevalnega »po učinku«. To pa pomeni, da mora opraviti obsežno analizo učinkov sporazuma, ki mora biti podprta tako s teorijo o škodi (*»theory of harm«*) kot tudi s prepričljivimi dokazi.<sup>129</sup>

Za presojo ugotovitve izkrivljanja konkurence se zahtevata različna pravna standarda, odvisno od tega ali gre za sporazume, ki izkrivljajo konkurenco »po cilju« ali »po učinku«.<sup>130</sup> Za ugotovitev, da sporazum omejuje konkurenco po svojem cilju, zadošča standard *»zmožnosti«* (*»capability«*<sup>131</sup>) protikonkurenčnih učinkov. Zadošča, da je v določenem pravnem in ekonomskem kontekstu preučevana praksa zmožna izkriviti konkurenco.<sup>132</sup> Standard zmožnosti pa je izpolnjen, kadar je omejevanje konkurence možna, ne pa tudi nujna posledica nekega ravnanja – možno si jo je zamisliti na podlagi pravil logike in izkustev.<sup>133</sup> Nasprotno pa se ravnanja, ki zlorabljajo prevladujoč položaj »po učinku«, presojujejo strožje. V tem primeru je potrebno dokazati potencialni ali dejanski negativni vpliv na konkurenco s stopnjo *»verjetnosti«* (*»likelihood«*). Standard verjetnosti je strožji standard, ki mu je zadoščeno, če je moč dokazati, da je bolj verjetno kot ne, da ravnanje izkrivlja konkurenco. Povedano drugače, dokazati je treba, da je več kot 50 odstotna verjetnost, da ravnanje negativno vpliva na konkurenco. To je logična posledica dejstva, da se pri teh ravnanjih morajo presojsati konkretni učinki, ki morajo biti podprti z zadostnimi dokazi.<sup>134</sup>

---

<sup>126</sup> Prav tam, str. III.

<sup>127</sup> Wish in Bailey, str. 127.

<sup>128</sup> Prav tam, str. 123.

<sup>129</sup> Južnič, str. II.

<sup>130</sup> P. I. Colomo, *Appreciability and De Minimis in Article 102 TFEU*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7 (2016), Issue 10, str. 656 (v nadaljevanju: Colomo, *Appreciability and De Minimis in Article 102 TFEU*).

<sup>131</sup> V magistrski nalogi sta besedi *»capability«* in *»likelihood«* prevedeni na podlagi angleškega prevoda sodb Sodišča EU. Slovenski prevodi so namreč velikokrat nedosledni, saj obe besedi prevajajo kot *»verjetnost«*, kar pa je nepravilno.

<sup>132</sup> Zadeva C-8/08, *T-Mobile Netherlands in ostali proti Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343, tč. 31.

<sup>133</sup> P. I. Colomo, *The Future of Article 102 TFEU after Intel*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, (v nadaljevanju: Colomo 2018), str. 7.

<sup>134</sup> Colomo, *Appreciability and De Minimis in Article 102 TFEU*, str. 656.

KATEGORIJA RAVNANJA	PROTIKONKURENČNI UČINEK	DOKAZNI STANDARD	PRAG ZNATNOSTI
»po cilju«	Se domneva	Zmožnost kršitve	Se ne zahteva
»po učinku«	Se dokazuje	Verjetnost kršitve	Se zahteva

Tabela 1: Pristop Sodišča EU k protikonkurenčnim ravnanjem

#### 4.2.2. Rabati kot zloraba prevladujočega položaja »po cilju«

V zadevi *Hoffmann-La Roche* je Sodišče EU zavzelo stališče, da so zvestobni rabati, z razliko od količinskih, nezdržljivi s ciljem neizkrivljene konkurence na skupnem (danes notranjem) trgu. Ker ne temeljijo na legitimnih ekonomskih razlogih, je njihov izključni namen, da omejijo ali onemogočijo potrošnika prevladujočega podjetja pri izbiri drugih virov nabave. Posledično lahko privedejo do zaprtja trga oz. izrinjenja konkurentov z njega.<sup>135</sup> Šteje se, da zvestobni rabati zasledujejo protikonkurenčni cilj<sup>136</sup> in so zato, že po svoji naravi v nasprotju s členom 102 PDEU<sup>137</sup>. Posledično tudi ni potrebno izkazati, da imajo dejanske izključevalne učinke na zadevnem trgu, saj se ti domnevajo.<sup>138</sup> Iz te obrazložitve Sodišča EU izhaja, da se zvestobni rabati obravnavajo primerljivo s sporazumi, ki so omejevalni »po cilju« v smislu člena 101(1).<sup>139</sup>

Enako velja tudi za rabate tretje kategorije. Pri teh je sicer potrebno preučiti vse upoštevne okoliščine primera, vendar tega ni moč razlagati kot analize dejanskega vpliva na konkurenco. Navedeno služi ugotovitvi, ali ima zadevni rabat, ki ni ne količinski in ne *de iure* zvestobni, za svoj cilj, izkrivljanje konkurence.<sup>140</sup> Navedeno nazorno izhaja iz zadeve *Michelin II*, v kateri je Sodišče EU na podlagi analize vseh okoliščin ugotovilo, da imajo rabati podjetja Michelin učinek vezanja potrošnikov nase (enako kot zvestobni rabati). Zato je razsodilo, da zasledujejo protikonkurenčni cilj. Sodišče EU je nadalje obrazložilo, da je ugotovitev protikonkurenčnega cilja rabatne sheme in njenega učinka eno in isto. Zato, kadar je tak cilj ugotovljen, ni potrebno dokazovati konkretnega vpliva rabata na omejevanje konkurence.<sup>141</sup>

Sodišče EU je v zadevi *Tomra* jasno obrazložilo, da pri presoji protikonkurenčnega učinka rabatov zadostuje dokazni standard zmožnosti. Podobno kot pri »po cilju« omejujočih sporazumih. V omenjeni zadevi je bila zmožnost protikonkurenčnega učinka ugotovljena na podlagi preučitve vseh upoštevnihi okoliščin, zlasti presoje rabatnih pogojev. Z ozirom na to analizo je Sodišče EU zaključilo, da imajo preučevani

<sup>135</sup> Zadeva C-85/76, *Hoffmann La Roche* proti Komisiji, ECLI:EU:C:1979:36, tč. 90.

<sup>136</sup> Jones in Sufrin, str. 438.

<sup>137</sup> Wish in Bailey, str. 772.

<sup>138</sup> Jones in Sufrin, str. 438-438.

<sup>139</sup> P. I. Colomo, Beyond the »More Economics-Based Approach: « A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law, *Common Market Law Review*, Vol. 53 (2016), No. 3, str. 13.

<sup>140</sup> Prav tam, str. 14.

<sup>141</sup> Zadeva T-203/01, *Michelin* proti Komisiji, ECLI:EU:T:2003:250, tč.240-245.

rabati učinek krepite zvestobe. Tak zvestobni mehanizem pa ima inherentno sposobnost izrinjenja konkurentov, saj omogoča prevladujočemu podjetju, da si pripoji spremenljivi del povpraševanja. Posledično ni potrebno dokazovati dejanskega vpliva tega ravnanja na konkurenco. Z drugimi besedami, Sodišče EU je za ugotovitev neskladnosti rabatov s členom 102 PDEU presojalo zgolj zmožnost njihovega izkrivljanja konkurence in ne njihovih dejanskih učinkov. Zmožnost izkrivljanja pa je ugotovilo na podlagi učinka krepite zvestobe, ki je bil posledica retroaktivne in ciljne narave rabatne sheme podjetja Tomra.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> Zadeva C-549/10, Tomra in ostali proti Komisiji, ECLI:EU:C:2012:221, tč. 78-79.

## 5. RABATI V NAVODILIH KOMISIJE

### 5.1. Splošno o obravnavi rabatov v Navodilih Komisije

V Navodilih Komisije je načrtan ekonomski pristop k rabatom, ki se bistveno oddaljuje od formalističnega *per se* pristopa sodne prakse. Temeljna premisa pristopa Komisije je, da so rabati ekonomsko upravičena poslovna strategija, saj vzpodbujajo konkurenco in višajo povpraševanje, kar prispeva k dobrobiti potrošnikov. Tak učinek imajo, dokler niso tako zastavljeni, da lahko s trga izrinejo konkurente, ki so enako učinkoviti kot podjetje s prevladujočim položajem. To je popolnoma nasprotni pristop od tistega načrtanega v zadevi *Hoffman-La Roche*, v skladu s katero so zvestobni in zvestobnim podobni rabati oz. rabati tretje kategorije prepovedani sami po sebi, brez kakršnekoli analize njihovega vpliva na trg.<sup>143</sup>

Izhodišče Navodil Komisije je, da protikonkurenčni učinki ne morejo izhajati iz oblike samega rabata, pač pa iz njegovega učinka na trgu. Zaradi tega Komisija ne uporablja umetne delitve rabatov iz sodne prakse na zvestobne, količinske in rabate tretje kategorije, pač pa govori o pogojnih rabatih.<sup>144</sup> Ti so definirani kot rabati, ki so podeljeni kupcu kot nagrada za določeno ravnanje v zvezi z nabavo. Pogojni rabati so običajna poslovna praksa, katere namen je povečati povpraševanje s cenovnimi spodbudami kar lahko koristi potrošnikom. Kljub temu, pa lahko imajo dejanski ali potencialni učinek omejevanja dostopa do trga, če se jih posluži podjetje s prevladujočim položajem. Tak učinek je lahko primerljiv obveznostim izključne nabave.<sup>145</sup> Ta podobnost se kaže kadar ima podjetje s prevladujočim položajem zagotovljen ti. stalni del povpraševanja. Gre za količino izdelkov, ki so jo kupci pripravljene kupiti od prodajalca v vsakem primeru. Stalni del povpraševanja nastane zaradi različnih dejavnikov, kot so:

- *Stroški zamenjave dobavitelja*  
Kadar so ti stroški znatni, lahko vežejo kupca na prevladujoče podjetje tudi, če bi bil pripravljen zadostiti delu povpraševanja pri drugem dobavitelju. Prisotnost znatnih stroškov zamenjave torej zmanjšuje spremenljivi del povpraševanja.
- *»Izdelki (znamke), ki jih je potrebno imeti«*  
Nekatere vodilne znamke izdelkov morajo kupci imeti na zalogi, saj zaradi njihove priljubljenosti pri končnih potrošnikih, le-ti to pričakujejo.
- *Omejitve zmogljivosti proizvodnje*  
Tudi kadar so kupci pripravljene zamenjati dobavitelja, se lahko to izkaže za nemogoče, če novi dobavitelj ne more zadostiti kupčevemu celotnemu

---

<sup>143</sup> Faul in Nipkay, str. 429.

<sup>144</sup> D. Geradin, A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones, Vol. 32 (2009) World Competition, Issue 1, str. 10.

<sup>145</sup> Navodila Komisije, tč. 37.

povpraševanju oz. potrebi po določenih izdelkih. Zaradi tega bo vsaj v delu povpraševanja, ki je enak celotnemu povpraševanju zmanjšanemu za del povpraševanja, ki mu lahko zadostijo konkurenti, kupec odvisen od prevladujočega podjetja.<sup>146</sup>

- *Učinek slovesa blaga*

Posledica učinka slovesa blaga je, da zaradi njega kupci niso pripravljene kupiti večjih količin blaga novega konkurenta, dokler ga ne preizkusijo njihovi potrošniki.<sup>147</sup>

Kadar obstaja takšen stalni del povpraševanja, ga lahko prevladujoče podjetje izrabi na način, da svojo tržno moč prenese s tega dela trga na del trga na katerem nima tako močnega položaja – tj. spremenljivi del povpraševanja. Na podlagi takšnega vzvoda lahko torej zniža cene na spremenljivem delu povpraševanja na račun nespremenljivega. Konkurenti v takem primeru ne morejo enakovredno konkurirati prevladujočemu podjetju za celotno povpraševanje na trgu.<sup>148</sup>

Pogojni rabati se nadalje delijo na progresivne in retroaktivne rabate. Pri progresivnih rabatih se popust dodeli samo na enote, ki presežejo določeno mejno vrednost oz. količino. Retroaktivni rabati pa se podelijo na vse že kupljene enote, če kupec v določenem časovnem obdobju (referenčno obdobje) doseže mejno vrednost. Na splošno velja, da retroaktivni rabati lahko znatneje omejijo dostop do trga, kot progresivni, saj odvrta kupca od tega, da manjšo količino svojih nakupov opravi pri drugem dobavitelju, ker lahko že manjši nakup povzroči, da ne dosežejo mejne vrednosti in tako izgubijo celotni rabat, na že kupljenih izdelkih. Gre za ti. »učinek krepitve zvestobe («suction effect»), ki je najbolj izrazit na marginalni enoti, torej tisti, katere nakup doseže mejno vrednost za podelitev retroaktivnega rabata.<sup>149</sup> Mestoma je potrebno pojasniti, da med retroaktivne rabate za potrebe Navodil Komisije sodijo tudi zvestobni rabati.<sup>150</sup> Omenjeni učinek krepitve zvestobe je nazorno prikazan na spodnjem grafu.

---

<sup>146</sup> D. Geradin, *Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to overrule Hofman-La Roche*, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 11 (2015), No. 3, str. 606 (v nadaljevanju: Geradin).

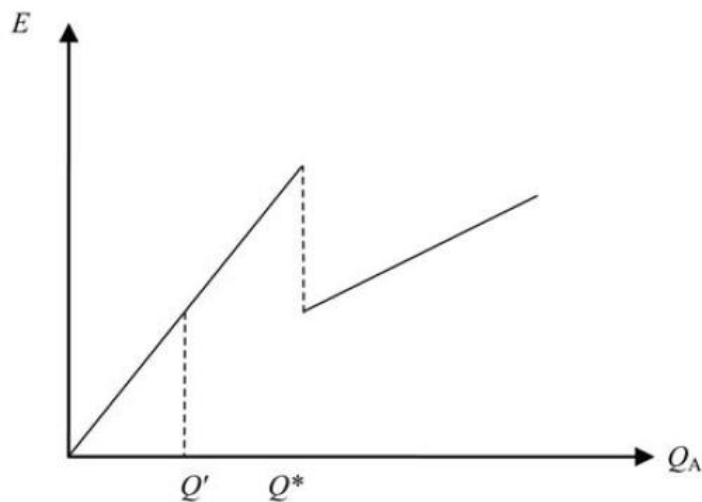
<sup>147</sup> D. Sama, *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: in Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm*, 2012, str. 9 (v nadaljevanju: Sama)

<sup>148</sup> Navodila Komisije, tč. 36 in 39.

<sup>149</sup> Prav tam, tč. 40.

<sup>150</sup> Primerjaj Geradin 2010, str. 118.





Graf 1: Retroaktivni rabat in učinek krepitve zvestobe.

Zgornji graf prikazuje izdatke ( $E$ ) kupca, ki mu je podeljen retroaktivni rabat glede na nabavljeno količino ( $Q_A$ ). Cena za nakupe pod količino, ki je potrebna, za pridobitev rabata ( $Q'$ ) je visoka, zato je krivulja izdatkov na tem mesu precej strma. V trenutku, ko pa kupec kupi količino, ki ustreza pragu rabata ( $Q^*$ ), se podeli popust na vso kupljeno količino (kar prikazuje črtkana črta pri  $Q^*$ ). Zaradi tega je krivulja izdatkov po  $Q^*$  mnogo bolj položna, kot pri  $Q'$ .<sup>151</sup>

### 5.1.1. Progressivni rabati

Progressivni rabat lahko ponazorimo na naslednjem primeru:

Podjetje B prodaja nek izdelek po redni ceni 100 EUR na enoto. Ko pa kupec A kupi tisočo enoto, bo zaradi popusta moral plačati samo 90 EUR na to. In vse nadaljnje enote. Povedano drugače, A plača 100 EUR za 999 enot in 90 EUR za tisočo in nadaljnje. Predpostavimo, da je kupec že kupil 999 enot izdelka od dobavitelja s prevladujočim položajem in želi kupiti še nekaj dodatnih enot od konkurenčnega dobavitelja. Ker je prag rabata že dosežen, bo konkurent moral ponuditi ceno 90 EUR ali manj za posamezni izdelek, da bo lahko konkuriral podjetju s prevladujočim položajem za dodatne nakupe. Zaradi majhne razlike med konkurentovo ceno in redno ceno podjetja B, lahko sklepamo, da tak rabat ne privede do učinka omejitve dostopa do trga.<sup>152</sup>

Učinek progressivnega rabata je odvisen od tega ali lahko konkurent konkurira prevladujočemu podjetju glede celotnega trga oz. vseh kupcev ali samo nekaterih. V primeru, ko so kupci primorani kupiti določen del – stalni del povpraševanja – od prevladujočega podjetja, ima tak progressivni rabat potencialno večji vpliv na zaprtje

<sup>151</sup> Povzeto H. Zenger, Loyalty Rebates and the Competitive Process, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 8 (2012), Issue 4, str. 743 (v nadaljevanju: Zenger).

<sup>152</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.152-6.153.

trga, saj lahko podjetje s prevladujočim položajem ustvari vzvod med stalnim in spremenljivim delom nabave tako, da zaračuna visoke oz. višje cene za stalni del (količina nakupov pod pragom rabata) in nižje cene za spremenljivi del nabave (količina nakupov nad rabatnim pragom).<sup>153</sup>

### 5.1.2. Retroaktivni rabati

Retroaktivni rabati (ki vključujejo tudi zvestobne rabate, kot jih pojmuje sodna praksa) so tipičen primer nelinearne cenovne strategije. Kadar so oblikovani retroaktivno, tako da vključujejo tudi že kupljene enote v določenem referenčnem obdobju, imajo ti »učinek vklenjenja« (*»lock-in effect«*) kupca, saj zanj predstavljajo stroške prehoda na drugega dobavitelja. Ti stroški nastanejo, ker v primeru zamenjave dobavitelja, kupec ne doseže mejnega praga rabata in posledično izgubi celoten rabat na že pridobljeni, kot tudi bodoči količini, ki bi jo prav tako kupil od podjetja s prevladujočim položajem. Poleg omenjenega učinka, pa imajo retroaktivni rabati že omenjeni učinek krepitve zvestobe. Ta nastane kadar je kupec blizu mejne vrednosti rabata. V tem primeru že majhna vrednost oz. kupljena količina sproži rabat na celotni nabavljeni količini znotraj referenčnega obdobja. Obrazloženi učinek povzroči, da je cena, ki jo mora ponuditi konkurent, da izenači rabat nižja od običajne cene zmanjšane za rabat.<sup>154</sup> To še zlasti velja za »mejno cen« (*»incremental price«*) enote ( dodatna enota blaga ki sproži retroaktivni rabat), ki je znatno nižja tako od običajne cene kot običajne cene zmanjšane za popust. Mejno cen izračunamo na podlagi naslednje enačbe:

$$P^I = P^L (X_m - (r \times X_t)) / X_m$$

$P^I$  = mejna cena

$P^L$  = običajna cena

$r$  = stopnja rabata (%)

$X_m$  = število mejnih enot potrebnih, da se doseže mejna vrednost

$X_t$  = število vseh enot, ki jih je potrebno kupiti, da se doseže mejna vrednost<sup>155</sup>

Kot je razvidno iz zgornje enačbe, vplivajo na višino mejne cene višina rabata, mejna vrednost za dosego rabata in število že kupljenih enot. Višje kot so omenjene spremenljivke, nižja je mejna cena. Posledično, retroaktivna narava rabata povzroči, da je cena mejnih enot precej nižja od stroškov prevladujočega podjetja, torej nezadostna za njihovo kritje, kar implicira izgubo. Lahko pa je celo negativna. Ne glede

---

<sup>153</sup> G. Faella, The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 4 (2008), Issue 2, str. 377-378 (v nadaljevanju: Faella)

<sup>154</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.167.

<sup>155</sup> Sama, str. 5

na povedano, pa to nujno ne pomeni, da je tudi končna oz. efektivna cena roparska.<sup>156</sup> Navedeno lahko ponazorimo na spodnjem primeru:

*Družba A prodaja nek proizvod po običajni ceni 1 EUR na enoto. Predpostavimo, da je strošek proizvodnje 0,90 EUR. Družba A nudi retroaktivni rabat petih odstotkov, če kupec doseže mejno vrednost 1000 enot. Če kupec, nabavi 999 enot in želi kupiti še naslednjo, bodo njegovi odhodki znašali namesto 1000 EUR, 950 EUR (5% od 1000 EUR je 50 EUR). To pomeni, da je mejna cena zadnje enote negativna ( $1 - (5\% \times 100) / 1 = -49$ ). Vendar pa je povprečna oz. končna cena enaka 0,95 EUR ( $950 \text{ EUR} / 1000 \text{ enot}$ ). To pa pomeni, da je nad stroški proizvodnje, ki znašajo 0,90 EUR. Cena torej ni roparska.<sup>157</sup>*

Iz primera izhaja, da pri določitvi protikonkurenčnega učinka ne zadošča zgolj določitev mejne cene, ki bo skoraj vedno negativna. Potrebno je upoštevati tudi spremenljivi del povpraševanja.<sup>158</sup> Spremenljivi del povpraševanja predstavlja enote blaga, ki so jih kupci pripravljene kupiti od drugih dobaviteljev. Gre torej za del povpraševanja glede katerega lahko konkurenti konkurirajo prevladujočemu podjetju.<sup>159</sup> Tukaj velja omeniti, da je ta presoja smiselna samo, kadar potrebe kupcev po blagu presegajo mejno vrednost rabata. V primeru, da je ne, kupci preprosto plačajo redno ceno, ki je sicer lahko konkurenčnopravno sporna, vendar se tak primer presoja kot »navadna« roparska cena in ne rabat.<sup>160</sup> Omenjena situacija pa je še toliko bolj sporna z vidika konkurenčnega prava, kadar je mejna vrednost rabata določena tako, da sovпада s celotnim povpraševanjem, kar je značilnost ciljnih rabatov. Verjetnost, da povzročijo protikonkurenčne učinke je pri tako zastavljenih rabatnih shemah bistveno višja kot pri standardiziranih.<sup>161</sup>

Pri določitvi spremenljivega dela povpraševanja preučujemo, za kolikšen del povpraševanja bi kupec lahko zamenjal prevladujočega dobavitelja, za dejanskega ali potencialnega konkurenta. Če lahko zamenja dobavitelja za velik del povpraševanja, je spremenljivi del povpraševanja velik in obratno. Kot smernice za določitev slednjega, se v primeru dejanskega konkurenta lahko uporabijo podatki glede časovnega nihanja prodaje, v primeru potencialnega konkurenta pa se lahko uporabijo podatki v zvezi z ovrednotenjem obsega prodaje, ki bi ga lahko dosegel novi udeleženec na trgu. Kadar pa je taka ocena težavna, je priporočljivo upoštevati smernice na istih ali podobnih trgih, kot so jih zabeležili novi udeleženci.

Določitev spremenljivega dela povpraševanja je ključni korak pri ugotavljanju protikonkurenčnega vpliva rabata na trg oz. njegovo zaprtje. Tak učinek lahko nastane

---

<sup>156</sup> Faella, str. 377-378.

<sup>157</sup> Sama, str.5.

<sup>158</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.161.

<sup>159</sup> Sama, str.9.

<sup>160</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.163.

<sup>161</sup> Sama, str. 8.

samo, kadar ima podjetje s prevladujočim položajem visok delež stalnega dela povpraševanja (torej dela na katerem, gledano s praktičnega vidika, izvršuje monopolni položaj) v primerjavi s spremenljivim delom povpraševanja, torej tistim, ki je na razpolago konkurentom. Če stalni del povpraševanja ne obstaja na trgu, lahko konkurenti enakovredno konkurirajo za celotno povpraševanje. Zaradi tega postane presoja protikonkurenčnega učinka zadeva presoje roparskih cen. V tem primeru nas zanima povprečna cena posamezne enote blaga prevladujočega podjetja v primerjavi s povprečnimi stroški proizvodnje te enote.<sup>162</sup>

V primeru obstoja stalnega dela povpraševanja, pa pride do zaprtja trga kadar enako učinkoviti konkurenti ne morejo uspešno konkurirati na slednjem. Na tem delu pa lahko uspešno konkurirajo samo, če ponudijo ceno, ki lahko izniči učinek rabata – ti. dejanska cena (*»effective price«*). Ta se izračuna z naslednjo enačbo:

$$P^E = P^L (1 - (r / X))$$

$P^E$  = dejanska cena

$P^L$  = običajna cena

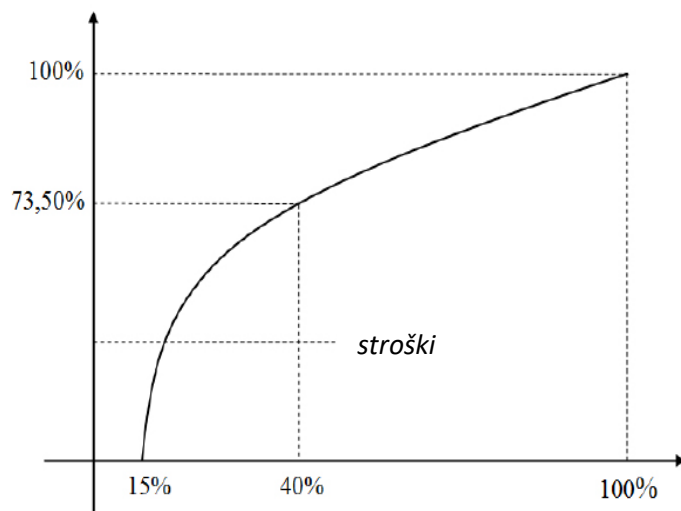
r = stopnja rabata (%)

X = spremenljivi del povpraševanja

Iz zgornje enačbe so razvidne naslednje ugotovitve: dejanska cena se zmanjša, če se povečata stopnja rabata in stalni del povpraševanja. Dejanska cena se poveča, če se poveča spremenljivi del povpraševanja. Dejanska cena je pozitivna, če je spremenljivi del povpraševanja večji kot stopnja rabata in dejanska cena je enaka nič, če je spremenljivi del povpraševanja enak stopnji rabata. Soodvisnost navedenih spremenljivk lahko tudi grafično prikažemo na spodnjem grafu.

---

<sup>162</sup> Faul in Nipkay, str.433. Za podrobnejšo obravnavo relevantnih stroškov glej: poglavje 5.2.



Graf 2: Gibanje dejanske cene (ordinatna os) v razmerju s spremenljivim delom povpraševanja (abscisna os).<sup>163</sup>

Iz zgornjega grafa izhaja, da spremenljivi del povpraševanja znaša 40 odstotkov celotnega povpraševanja. Rabat, ki ga ponuja prevladujoče podjetje znaša 15 odstotkov običajne cene. Krivulja, ki ponazarja običajno ceno prikazuje, da morajo konkurenti, če želijo konkurirati prevladujočemu podjetju, zaračunati običajno ceno, ki znaša 73,50 odstotkov že znižane cene prevladujočega podjetja, kar je enako 62,50 odstotkom običajne cene. Konkurent mora torej svojo običajno ceno zmanjšati za 37,50 odstotkov.<sup>164</sup>

Primer nazorno prikazuje, kako obstoj omejenega dela spremenljivega povpraševanja vpliva na možnost konkurentov, da konkurirajo na trgu. V konkretnem primeru bi konkurent moral več kot podvojiti popust, da bi lahko nadoknadil učinek rabata podjetja s prevladujočim položajem in ostal konkurenčen na zadevnem trgu.<sup>165</sup> Glede na obrazloženo je razvidno, da je pri ocenjevanju protikonkurenčnih učinkov zvestobnih in retroaktivnih rabatov, potrebno poleg cene upoštevati tudi obstoječi del povpraševanja na katerem lahko konkurenti konkurirajo. Če obstaja dovolj visok delež spremenljivega dela povpraševanja, lahko konkurenti kompenzirajo učinek rabata tako, da dejansko ceno, ki jo morajo ponuditi da pustijo kupce ravnodušne, razpršijo na dovolj veliko število enot proizvodov, ki so predmet povpraševanja. Če je stopnja rabata previsoka in/ali je na voljo prenizek odstotek povpraševanja, bo prevladujoče podjetje izrinilo s trga tudi enako (ali celo bolj) učinkovite konkurente.<sup>166</sup> Ta vidik retroaktivnih rabatov je v sodni praksi popolnoma zanemarjen, saj zadostuje že sama ugotovitev, da je rabat retroaktiven iz česar sledi, da je cena marginalne enote nizka. Sodišče EU daje torej pretiran pomen že samemu učinku krepitve zvestobe.<sup>167</sup>

<sup>163</sup> Graf po Sama, str. 11.

<sup>164</sup> Prav tam.

<sup>165</sup> Prav tam.

<sup>166</sup> E. de Ghellinck, The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7 (2016), Issue 8, str. 546.

<sup>167</sup> Jones in Sufrin, str. 446.

Pri retroaktivnih rabatih pa je poleg stalnega in spremenljivega dela povpraševanja potrebno upoštevati še referenčno obdobje. Učinek krepitve zvestobe je relativno majhen na začetnih enotah, tekom časa pa se čedalje večja in s tem se povečujejo stroški zamenjave dobavitelja kar povzroči že opisano negativno mejno ceno. V skrajnem primeru lahko vodi do tega, da kupci kupijo celo količino, ki je nebi kupili, če ne bi bilo rabata. Učinek krepitve zvestobe ima tako za posledico, da s tekom časa zmanjšuje odstotek spremenljivega dela povpraševanja in s tem nižja tem bolj nižja dejansko ceno, čim bolj se bliža iztek referenčnega obdobja<sup>168</sup>. Navedeno je moč pojasniti na spodnjem primeru:

*Družba A prodaja nek proizvod po običajni ceni 100 EUR. Pri tem pa ponuja svojemu kupcu B retroaktivni rabat petih odstotkov, pod pogojem, da B doseže mejno vrednost oz. količino 1000 enot v enem letu. B je pripravljen kupiti 500 enot pri drugem dobavitelju C, ki je nov na trgu. Vendar bi nakup teh enot za kupca B pomenil, da ne bo dosegel praga, potrebne za pridobitev rabata od A. C bo moral ponuditi B celoten popust, ki bi ga le-ta izgubil zaradi nakupa pri njem v vrednosti 5000 EUR (popust na vse izdelke glede na običajno ceno: 5% od 100 EUR x 1000). Kot pa je že bilo obrazloženo, je višina popusta ki ga mora ponuditi C odvisna od količine enot na katere lahko ta popust razprši (velikost spremenljivega dela povpraševanja). Ta pa je odvisna od tega v katerem delu leta uspe C prepričati B, da 500 enot kupi pri njem. Predpostavimo, da B kupi enako količino enot vsak mesec. Prvi mesec (na voljo je 500 enot - 12/12 od 500) bo C moral ponuditi popust 10 EUR na enoto (5000 EUR / 500, to je enako 10 odstotnemu rabatu (10 EUR / 100 EUR). Po pol leta (na voljo je 250 enot – 12/6 od 500) bo C moral ponuditi popust 20 EUR (5000 EUR / 250), kar ustreza rabatni stopnji 20 odstotkov (20 EUR / 100 EUR). Zadnji mesec (na voljo je 42 enot – 1/12 od 500) bo C moral ponuditi 119 EUR (5000 EUR / 42), kar ustreza rabatni stopnji 119 odstotkov (119 EUR / 100 EUR). Dejanska cena je torej -19 EUR, kar predstavlja razliko med običajno ceno enote in diskontirano ceno (100 EUR - 119 EUR). Ob koncu referenčnega obdobja bo C moral ponuditi negativno ceno kupcu B in posledično utrpeti izgubo, če bo želel izenačiti rabat družbe A.<sup>169</sup>*

Navedeni primer povzema vse obrazloženo in nazorno prikazuje, da je za odločitev ali rabatna shema vodi do zaprtja trga ter izrinjenja konkurentov, potrebno upoštevati več, kot pa samo pogoje pod katerimi je rabat ponujen. Ne glede na to za kakšno vrsto rabata gre, je protikonkurenčne učinek vedno odvisen od rabatne stopnje in običajne cene ter velikosti spremenljivega dela povpraševanja, ki vpliva na intenzivnost učinka krepitve zvestobe. Namreč, dovolj velik del spremenljivega dela povpraševanja lahko zmanjša vpliv omenjenega učinka na trg. Na spremenljivi del povpraševanja pa prav

---

<sup>168</sup> Sama, str.5.

<sup>169</sup> D. Sama, Essays on Economic Analysis of Competition Law: Theory and Practice, 2014, str. 7.

tako vpliva tek referenčne dobe, saj je slednji manjši, čim bližje je iztek le-te. Posledično se s tem tudi niža dejanska cena in večja verjetnost zaprtja trga.<sup>170</sup>

## 5.2. Test enako učinkovitega konkurenta

Test, ki ga predlaga Komisija v Navodilih Komisije za preveritev ali neka rabatna shema vodi do zaprtja trga in posledičnega izrinjenja obstoječih ali potencialnih konkurentov, je test enako učinkovitega konkurenta. Smisel navedenega testa je presoditi ali lahko enako učinkoviti konkurenti konkurirajo prevladujočemu podjetju.<sup>171</sup>

Metodologija testa temelji na predpostavki, da je hipotetični, enako učinkovit konkurent, ki ima enako stroškovno strukturo proizvodnje izdelkov podjetju s prevladujočim položajem, sposoben konkurirati prevladujočemu podjetju, če le-to zaračunava cene, ki niso pod njegovimi lastnimi stroški. Povedano drugače, če je dejanska cena, ki jo mora ponuditi konkurenčno podjetje, da izniči rabat, tako nizka, da bi tudi za prevladujoče podjetje pomenila poslovanje z izgubo, obstaja velika verjetnost protikonkurenčnega zaprtja trga.<sup>172</sup> Merodajni so torej stroški prevladujočega podjetja.<sup>173</sup> Razlog temu je pravna varnost, saj podjetje s prevladujočim položajem ne more poznati stroškov svojih konkurentov in tako presoditi ali je cena, ki jo zaračunava tako nizka, da konkurenti ne morejo pokriti stroškov proizvodnje.<sup>174</sup>

Test enako učinkovitega konkurenta temelji na testu, ki ga je razvilo Sodišče EU v zadevi *AKZO*<sup>175</sup> v zvezi z roparskimi cenami. V tej zadevi je Sodišče EU tudi določilo relevantne stroške za presojo protikonkurenčnega učinka. Ti so:

- *povprečni variabilni stroški*: variabilni stroški proizvodnje ene enote. Variabilni so tisti stroški, ki se spreminjajo s spremembo proizvedene količine in
- *povprečni skupni stroški*: skupni stroški proizvodnje ene enote ali z drugimi besedami stroški deljeni s številom proizvedenih enot.<sup>176</sup>

Če podjetje s prevladujočim položajem prodaja izdelek po ceni, ki presega povprečne skupne stroške, se šteje da se podjetje ne poslužuje roparskih cen. Cena proizvoda, ki je nad povprečnimi variabilnimi stroški, ampak pod povprečnimi stalnimi predstavlja, t. i. »sivo območje«. V tem primeru se mora podjetju dokazati, da je zaračunavanje takšnih cen del strategije izključevanja drugih konkurentov s trga. Cena pod

---

<sup>170</sup> Enrique Gonzales-Diaz in Snelders, odst. 6.168.

<sup>171</sup> Faul in Nipkay, str.433.

<sup>172</sup> Prav tam.

<sup>173</sup> Primerjaj E. Rouseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, Portland 2010, str. 375

<sup>174</sup> Geradin 2010, str. 119.

<sup>175</sup> Zadeva C-62/86, *AKZO Chemie BV proti Komisiji*, ECLI:EU:C:1991:286.

<sup>176</sup> M. Repas, *Povprečni izogibni stroški kot izhodišče za analizo roparskih cen v konkurenčnem pravu EU*, *Lexonomica*: revija za pravo in ekonomijo, Let. 4 (2012), št. 1, str. 8-9 (v nadaljevanju: Repas 2012).

povprečnimi variabilnimi stroški pa se šteje za nezakonito v odsotnosti objektivnih opravičljivih razlogov.<sup>177</sup> Razlog temu je, da podjetje v tem primeru ne more imeti drugega ekonomskega interesa, kot pa izključitev konkurentov in posledičnega zvišanja cen.<sup>178</sup>

V Navodilih Komisije je določen smiselno enak test z nekaj spremembami. Komisija se pri svoji oceni zanaša na druge stroškovne mejnike. Upoštevani so naslednji stroški:<sup>179</sup>

- *povprečni izogibni stroški*: stroški, ki se jim podjetje lahko izogne. Če ne proizvede določene količine dodatnih proizvodov in
- *dolgoročni povprečni mejni stroški*: povprečje vseh variabilnih in fiksnih stroškov, ki nastanejo v zvezi s proizvodnjo določenega proizvoda.<sup>180</sup>

Podobno kot v zadevi *AKZO*, Komisija v rabatnih zadevah primerja ceno z navedenimi stroški prevladujočega podjetja. Dokler je dejanska cena nad dolgoročnimi povprečnimi stroški prevladujočega podjetja, se načeloma šteje, da ne more imeti učinka izrinjenja obstoječih konkurentov oz. preprečitve vstopa novim. Kadar pa je pod povprečnimi izogibnimi stroški pa takšna cena predstavlja zaprtje trga. Če pa je dejanska cena med povprečnimi izogibnimi stroški in dolgoročnimi povprečnimi mejnimi stroški, je za ugotovitev protikonkurenčnega zaprtja trga, potrebno nadalje preučiti vse okoliščine primera in kvantitativne ter kvalitativne dokaze.<sup>181</sup> Okoliščine, ki izkazujejo zaprtje trga oz. povečano tveganje za to pa so:

- zelo visok tržni delež podjetja s prevladujočim položajem na upoštevem trgu,
- konkurenti lahko dejansko konkurirajo samo za majhen del povpraševanja, ker je blago podjetja s prevladujočim položajem »blago, ki ga je potrebno imeti« (majhen spremenljivi del povpraševanja),
- prevladujoče podjetje ima sklenjene pogodbe o izključni nabavi s kupci in te pogodbe zaprejo znaten del trga,
- v panogi je zelo pomembna ekonomija obsega (npr. zaradi pomembnosti mrežnih učinkov ali pa zaradi ponavljajočih se investicij v inovacije).

V navedenih okoliščinah je učinek zaprtja trga bolj verjeten, ker:

- je učinek znižanja cen zvestobnih rabatov večji kadar ima podjetje s prevladujočim položajem zelo visok tržni delež,
- je učinek vzvoda med stalnim in spremenljivim delom povpraševanja, ki se ga lahko posluži prevladujoče podjetje, znatnejši, kadar imajo konkurenti na voljo samo majhen del spremenljivega dela povpraševanja,

---

<sup>177</sup> Prav tam, str. 13.

<sup>178</sup> Glej npr. zadevo *Post Danmark I*, *AKZO*.

<sup>179</sup> Primerjaj *E. Rouseva*, str. 375.

<sup>180</sup> *Repas*, 2012, str. 9.

<sup>181</sup> Navodila Komisije, tč. 43-44.



- so manjši konkurenti onemogočeni pri doseganju zadostne ekonomije obsega kadar je na razpolago premajhen del povpraševanja in posledično ne morejo konkurirati prevladujočemu podjetju.<sup>182</sup>

Na tem mestu je potrebno poudariti, da je test enako učinkovitega konkurenta nekoliko prirejen, kadar se uporablja v rabatnih zadevah. V obzir je potrebno vzeti še dve okoliščini. Prvič, konkurenti lahko konkurirajo samo za del povpraševanja. Drugič, v primeru retroaktivnih rabatov, konkurenti s preusmeritvijo povpraševanja na drugega dobavitelja izgubijo rabat na že kupljenih proizvodih.<sup>183</sup> Zato je v primeru zvestobnih in retroaktivnih rabatov potrebno izračunati dejansko, kot je opisano v poglavju 5.1.2. Kadar so predmet preučevanja progresivni rabati, je dejanska cena preprosto enaka običajni ceni znižani za rabat na količino, ki presega mejno vrednost rabata. Prav enote nad mejno vrednostjo določajo spremenljivi del povpraševanja v primeru progresivnih rabatov.<sup>184</sup> Na te enote je, kot je že bilo obrazloženo, potrebno aplicirati test enako učinkovitega konkurenta po vzoru »navadnega« testu za presojo roparskih cen.<sup>185</sup>

Na tem mestu je potrebno opozoriti, da Komisija priznava, da vedno ni mogoče zanesljivo določiti spremenljivega in stalnega dela povpraševanja odjemalcev prevladujočega podjetja na trgu. V takšnem primeru bo Komisija na splošno ocenila, v kakšnem obsegu rabatna shema ovira širitev ali vstop konkurentov. To bo storila s preučevanjem tržne uspešnosti tako podjetja s prevladujočim položajem kot njegovih konkurentov, po možnosti s primerjavo stanja pred in po uvedbi rabata. Med drugim bo ocenila pomen rabata na podlagi primerjave njegove višine s celotno ceno na enoto proizvoda (običajna cena) in ocenila znake dejanskega učinka izključitve, kot so padajoči tržni deleži konkurentov ali umik njihovih izdelkov s trga.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> Faul in Nipkay, str.434.

<sup>183</sup> Prav tam, str. 433.

<sup>184</sup> G. Federico, The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach, 2011, str. 284.

<sup>185</sup> Geradin, str. 606.

<sup>186</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, URL: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, str. 50.

## 6. NOVEJŠA SODNA PRAKSA SODIŠČA EU

### 6.1. Zadeva *Post Danmark II*

V zadevi *Post Danmark II* je Sodišče EU podalo odgovor na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je nanj naslovilo dansko Pomorsko in trgovinsko sodišče v zvezi s postopkom med uradom za konkurenco (*Konkurrencerådet*) in podjetjem Post Danmark. Vprašanje se je nanašalo na retroaktivno rabatno shemo za neposredno naslovljeno masovno pošto, ki jo je uporabljalo navedeno podjetje v letih med 2007 in 2008.<sup>187</sup> Odločitev v tej zadevi je bila nestrpno pričakovana, ker gre za prvo vprašanje za predhodno odločanje, katerega predmet so rabati, uporabljeni s strani podjetja s prevladujočim položajem.<sup>188</sup> Pomembnost te odločitve se izraža tudi v tem, da je dansko sodišče pozvalo Sodišče EU, da se opredeli glede uporabe Navodil Komisije, še posebej testa enako učinkovitega konkurenta.<sup>189</sup>

#### 6.1.1. Dejansko stanje

Podjetje Post Danmark je leta 2003 uvedlo shemo rabatov v zvezi z neposredno naslovljeno masovno pošto. Rabati so bili sestavljeni iz stopničaste lestvice z več nivoji. Ti so znašali med šest in 16 odstotkov in so bili standardizirani ter ponujeni vsem strankam pod enakimi pogoji. Ta shema se je uporabljala za časovno obdobje enega leta. Lestvica, ki jo je uporabil Post Danmark, je vsebovala osem ravni popustov. Pri prvih sedmih ravneh se je popust povečal za eno odstotno točko na raven, v primeru zadnjih dveh pa za dve odstotni točki na raven, kar je skupaj znašalo največ 16 odstotkov popusta. Končni znesek rabata je bil retroaktiven, saj je zadeval celotno količino odposlanih letakov v referenčnem obdobju enega leta. V praksi se je tak sistem rabatov uporabljal tako, da je bila na začetku vsakega referenčnega leta cena, ki jo mora plačati določen naročnik, vnaprej določena glede na pričakovan obseg naročil posameznega naročnika, predvidenega glede na njegova naročila v prejšnjem letu. Predvidena cena je bila nato prilagojena glede na dejanska naročila pošte ob koncu leta. Stranka, katere obseg poštnih pošiljk se je izkazal za nižjega od ocenjenega, je moral povrniti razliko med ocenjenim popustom in dejansko količino podjetju Post Danmark.

Podjetje Post Danmark je tudi uživalo zakonski monopol nad pisemskimi pošiljkami z največjo težo 50 g, kamor naj bi v okviru masovnih pošiljk spadala tudi neposredno naslovljena pošta. Rabatni sistem se je nanašal na vso neposredno naslovljeno masovno pošto ne glede na to, ali je bila pošta znotraj monopola družbe Post Danmark,

---

<sup>187</sup> Zadeva C-23/14, *Post Danmark A/S proti Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651, tč. 1-2.

<sup>188</sup> T. András, CJEU Judgement in *Post Danmark II: Role of the Economic Evidence in Competition Cases*, *European Networks Law and Regulation Quarterly*, Lexxion, Vol. 4 (2015), str. 1 (v nadaljevanju: András).

<sup>189</sup> K. Rokita, *Exclusionary rebates: where are we after Post Danmark II and how did we get there?*, *European Law Review*, Vol. 41 (2016), No. 6, str. 885 (v nadaljevanju: Rokita)

in neodvisno od tega, ali se je razpošiljanje izvajalo na območjih, kjer ni bilo drugih izvajalcev. Pridobitev rabata pa ni bila pogojena s tem, da mora stranka opraviti vse ali večino svojih naročil pri tem podjetju.

Bring Citymail Danmark A/S, hčerinska družba podjetja Poste Norge AS, je leta 2007 začela nuditi konkurenčne poštne storitve na Danskem in postala edini resni konkurent Post Danmark na upoštevnem trgu. Bring Citymail je dostavljal letake približno trem milijonom gospodinjestev v Kopenhagnu in okolici, kar je ustrezalo približno 40. odstotkom vseh zadevnih gospodinjestev. Bring Citymail pa je bil prisiljen zapustiti danski trg leta 2010, ker je utrpel hudo izgubo. Po pritožbi, ki jo je vložil na danski konkurenčni urad zoper Post Danmark, je ta z odločbo z dne 24. 6. 2009 ugotovil, da je družba Post Danmark zlorabila prevladujoči položaj na trgu poštne storitve razpošiljanja masovne pošte z rabatno shemo, v letih 2007 in 2008, saj je le-ta imela učinek vezanja strank na Post Danmark in povzročila zaprtje trga. Urad za konkurenco je v odločbi ugotovil, da je imelo zadevno podjetje prevladujoč položaj na upoštevnem trgu večjih poštne pošiljk z 95 odstotnim tržnim deležem. Prevladujoč položaj pa je bil še okrepljen s strukturnimi prednostmi, zlasti z zakonskim monopolom, ki je v zadevnem časovnem obdobju pokrival več kot 70 odstotkov storitev poštne pošiljk na Danskem. Ta monopol je omogočal tudi edinstveno geografsko pokritost na območju celotne države. V skladu s tem bi lahko Bring Citymail tekmoval samo na preostalih 30. odstotkih trga na območju Kopenhagna. Poleg tega je urad za konkurenco poudaril retroaktivno naravo sistema rabata z enoletnim referenčnim obdobjem. Navedel je tudi, da približno dveh tretjin neposredne oglaševalske pošte, ki ni bila vključena v monopol, ni bilo mogoče prenesti od Post Danmark na Bring Citymail brez negativnega vpliva na višino popusta. Zato je urad ugotovil, da je sistem rabatov povzročil protikonkurenčni izključitveni učinek, vendar za ugotovitev le-tega, test enako učinkovitega konkurenta v danem primeru ni bil primeren. Stališče, ki ga je zavzel konkurenčni organ je namreč, da v okoliščinah, kot so bile ugotovljene tekom postopka ni mogoče zahtevati, da bi bil nov konkurent kratkoročno enako učinkovit kot Post Danmark.

Drugostopenjski organ je zavrnil pritožbo Post Danmark, zato je slednji vložil tožbo na dansko Pomorsko in trgovinsko sodišče. Sodišče je menilo, da je ta sistem rabatov v nasprotju s členom 102 PDEU, vendar kljub vsemu obstaja negotovost glede meril, ki jih je treba uporabiti za ugotovitev, ali taka shema lahko ima izključitveni učinek. Zato se je odločilo, da Sodišču EU v predhodno odločanje predloži naslednja vprašanja:<sup>190</sup>

- 1) Katera merila je treba uporabiti za določitev, ali ima zadevni sistem rabatov izključitveni učinek?
- 2) Kakšen je pomen testa enako učinkovitega konkurenta za presojo zakonitosti zadevne sheme rabatov po členu 102?

---

<sup>190</sup> Andras, str. 3.

- 3) Ali mora biti protikonkurenčni učinek rabatnega sistema verjeten, resen ali znaten, da krši člen 102 PDEU?<sup>191</sup>

### 6.1.2. Odločitev Sodišča EU

V zvezi z odgovorom na prvo vprašanje je Sodišče EU ponovilo stališče ustaljene sodne prakse, da količinski popust, povezan izključno s količino nakupov od zadevnega proizvajalca, načeloma ne more kršiti člena 102 PDEU. Po mnenju Sodišča EU, sistema rabatov podjetja Post Danmark ni mogoče šteti za »preprost« količinski popust, saj zadevni popusti niso odobreni za vsako posamezno naročilo, temveč na podlagi vseh naročil v referenčnem obdobju. Po drugi strani shema rabatov od kupcev ni zahtevala, da vse ali večino svojih zahtev pridobijo od Post Danmark. Oziraje na navedene okoliščine je Sodišče EU potrdilo pravilo, da je za ugotovitev, ali je podjetje s prevladujočim položajem zlorabilo prevladujoč položaj z uporabo rabatov, treba upoštevati vse okoliščine, zlasti merila oz. pravila, ki urejajo podelitev rabata in v luči navedenega preučiti ali je namen takega rabata da:

- popolnoma ali delno omejuje svobodo kupca pri izbiri virov dobave,
- konkurentom onemogoči dostop do trga,
- se uporabijo neenaki pogoji za enakovredne transakcije z drugimi trgovskimi partnerji in
- prevladujoče podjetje okrepi prevladujoče položaja z izkrivljanjem konkurence.<sup>192</sup>

Kar zadeva merila in pravila, ki urejajo podelitev rabatov, je Sodišče EU opozorilo, da so bili popusti podjetja Post Danmark retroaktivni. V zvezi z navedenim je poudarilo dva dejavnika. Prvič, pritisk na sopogodbenske podjetja v prevladujočem položaju, je lahko še posebej močan, če se popust ne nanaša samo na del nakupov, ki presegajo določeno količino v nekem obdobju, pač pa se nanaša na celotne nakupe v tem obdobju v skupnem znesku. Drugič, sistem popustov družbe Post Danmark, ki je temeljil na relativno dolgem referenčnem obdobju (tj. enega leta), ima inherenten učinek povečanja pritiska na kupca, da doseže vrednost oz. količino nakupov potrebno za pridobitev rabata. V nasprotnem primeru namreč kupec tvega izgubo celotnega popusta za vse nakupe v referenčnem obdobju. Značilnost takih rabatov je, da olajšujejo podjetju s prevladujočim položajem, da nase vežejo svoje kupce in privabljajo kupce svojih konkurentov. Tako si zagotovi stalni del povpraševanja na

---

<sup>191</sup> J. S. Venit, Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7 (2016), No. 3, str. 167 (v nadaljevanju: Venit 2016).

<sup>192</sup> Andras, str. 3.

upoštevem trgu. Navedeni učinek krepite zvestobe, pa potencira še dejstvo, da zadevna rabatna shema zajema tako stalni kot spremenljivi del povpraševanja, torej tako del trga, ki je pokrit z zakonskim monopolom, kot del trga, na katerem prevladujoče podjetje takega položaja nima.<sup>193</sup> Vsled navedenemu je Sodišče EU dosodilo, da je svoboda strank glede izbire virov dobave znatno omejena, saj kupci večine dela povpraševanja niso mogli prenesti s podjetja Post Danmark na Bring Citymail, brez da bi tvegali izgubo popusta.

B zadevi *Post Danmark II* je Sodišče EU dopolnilo pogoje iz ustaljene sodne prakse, ki jih je potrebno upoštevati v zvezi z ugotovitvijo ali rabatna shema podjetju omogoča zlorabo prevladujočega položaja. Namreč, obrazložilo je, da je za »preučitev vseh upoštevnih okoliščin« poleg rabatnih pogojev potrebno upoštevati tudi obseg prevladujočega položaja podjetja in posebne konkurenčne pogoje, ki prevladujejo na upoštevem trgu. Pri prečitvi konkurenčnih pogojev in značilnosti trga je Sodišče EU ugotovilo, da ima Post Danmark 95-odstotni tržni delež na upoštevem trgu, na katerem je konkurenca zaradi tega že zelo omejena. Zato je dosodilo, da sistem rabatov obravnavan v postopku v glavni stvari, ki ne sicer ne veže stranke na prevladujoče podjetje s formalno obveznostjo, vseeno povzroča, da te težje nabavljajo od konkurenčnih podjetij, zlasti ob upoštevanju učinka krepite zvestobe, ki je posledica retroaktivne narave rabatne sheme. Temu posledično je dosodilo, da imajo zadevni rabati učinek izključevanja konkurence.<sup>194</sup> To odločitev med drugim oprlo na ustaljeno sodno prakso, zlasti na zadevi *Michelin I* in *Tomra*, iz katerih izhaja da rabat, katerega namen je z dodelitvijo finančnih ugodnosti prepričati strankam oskrbo pri konkurenčnih proizvajalcih, pomeni zlorabo v smislu člena 102 PDEU.

V zvezi z drugim vprašanjem je Sodišče EU svojo obrazložitev začelo z ugotovitvijo, da Navodila Komisije niso zavezujoča za konkurenčne organe in sodišča. Prav tako zaračunavanje »negativnih cen« (cen pod upoštevniimi stroški) kupcem ni pogoj za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja podjetja v primerih, ko se le-to poslužuje rabatnih shem. Tudi iz člena 102 PDEU in sodne prakse, ki se je oblikovala v zvezi s tem, ne izhaja obveznost uporabe testa enako učinkovitega konkurenta v vsakem primeru. Vendar pa, kot razloguje Sodišče EU, to ne pomeni načelne prepovedi uporabe tega testa v primerih. V zadevnem primeru pa je uporaba navedenega testa neprimerna, saj so razmere trga, takšne, da je pojav enako učinkovitega konkurenta na njem praktično nemogoč.<sup>195</sup>

V odgovoru na tretje vprašanje je Sodišče EU opozorilo, da protikonkurenčni učinek zlorabe ne rabi biti konkreten. Dovolj je dokazati obstoj protikonkurenčnega učinka, ki bi lahko "potencialno" izključil konkurenta, ki so vsaj tako učinkoviti kot prevladujoče

---

<sup>193</sup> Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi C-23/14, *Post Danmark A/S* proti Konkurrencerådet, z dne 21. 5. 2015, ECLI:EU:C:2015:343, tč. 38-39 (Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi *Post Danmark II*).

<sup>194</sup> Andras, str. 4.

<sup>195</sup> Prav tam, str. 5.

podjetje. Ker pa je konkurenca na upoštevnom trgu že oslABLJENA zaradi prisotnosti podjetja s prevladujočim položajem, lahko vsako nadaljnje slabljenje obstoječe strukture konkurence pomeni zlorabo prevladujočega položaja. Zaradi tega je Sodišče EU poudarilo, da ima prevladujoče podjetje »posebno odgovornost«. Posledično, določitev pragu znatnosti (*de minimis*) za potrebe ugotovitve zlorabe prevladujočega položaja ni primerna. Namreč, na trgu, na katerem je prisotno zadevno podjetje, lahko opisana rabatna shema sama po sebi povzroči nezanemarljivo omejitev konkurence ali njeno izničenje.<sup>196</sup>

### 6.1.3. Elementi *per se* pristopa

V zadevi *Post Danmark II* je Sodišče EU, kljub nekaterim novostim, potrdilo *per se* pristop k rabatom tretje kategorije.<sup>197</sup> Ker je bilo ugotovljeno, da rabat v zadevnem primeru ne sodi v kategorijo zvestobnih rabatov in tudi ne sodi med »prave« količinske rabate, jih je Sodišče EU podredilo ustaljenemu pristopu, po katerem je potrebno preučiti »vse upoštevne okoliščine primera«. Namen te presoje je ugotoviti ali lahko rabati povzročijo učinek izključitve konkurence.<sup>198</sup> Preučitev teh okoliščin pa v praksi pomeni, da je analiza vpliva rabata na trg omejena zlasti na ugotovitev obstoja učinka krepitve zvestobe. Ta pa bo v primeru retroaktivnih rabatnih shem načeloma vedno ugotovljen.<sup>199</sup>

Sodišče EU v sodbi sicer opredeli, da je v zvezi z omejevalnim učinkom, ki se ugotavlja na podlagi »vseh upoštevnih okoliščin« potrebno ugotoviti ali s takšnimi rabati podjetje s prevladujočim položajem oteži ali celo onemogoči konkurentom dostop na trg in na drugi strani omeji izbiro virov dobave svojim strankam. Takšna dikcija, bi lahko vzbudila prepričanje, da gre za analizo konkretnih učinkov na trg. Vendar pa je iz sodne prakse razvidno, da ugotovitev otežitve položaja konkurentov in omejitve svobode strank, vedno izhaja iz ugotovitve učinka krepitve zvestobe retroaktivnega rabata. To stališče je Sodišče EU izrecno poudarilo v zadevi *British Airways*, s tem ko je obrazložilo, da je ugotovitev učinka krepitve zvestobe in otežitve položaja konkurentov obravnavano kot en in isti fenomen. Podoben pristop je moč zaslediti tudi v zadevi *Post Danmark II*. Na podlagi retroaktivne narave, enoletnega referenčnega obdobja, veljavnosti rabata tako za monopoliziran (stalni del povpraševanja) kot liberaliziran (spremenljivi del povpraševanja) del trga, velike tržne moči podjetja *Post Danmark* in na splošno omejene konkurence zaradi zakonskega monopola tega podjetja, je Sodišče EU odločilo, da rabatna shema otežuje oskrbo strank pri konkurenčnih podjetjih ter povzroča omejevalni protikonkurenčni učinek. Iz navedenega sledi, da se Sodišče EU ni odmaknilo od ustaljenega formalističnega pristopa preučitve zadevnih okoliščin, ki temelji izključno na kvalitativnih kriterijih. Osrednjo vlogo pri tem pa ima ugotovitev

---

<sup>196</sup> Prav tam.

<sup>197</sup> Venit 2016, str. 171.

<sup>198</sup> Prav tam, str. 169.

<sup>199</sup> S. Chan, *Post Danmark II: per se unlawfulness of retroactive rebates granted by dominant undertakings*, *European Competition Law Review*, Vol 37 (2016), No. 2, str. 47-48 (v nadaljevanju: Chan).

obstoja učinka krepitev zvestobe. Upoštevanje zakonskega monopola podjetja Post Danmark in drugih pogojev na upoštevem trgu je sicer določena novost, vendar služi zlasti podkrepitvi ugotovitve učinka krepitev zvestobe.<sup>200</sup>

Torej, ko je ugotovljeno, da so izpolnjeni prej navedeni pogoji, velja neizpodbitna domneva, da imajo retroaktivni rabati oz. rabati tretje kategorije učinek izkrivljanja konkurence. V podkrepitvi temu argumentu, pa govori tudi dosedanja sodna praksa. Iz zadeve *Tomra* razvidno izhaja, da v primeru ugotovitve retroaktivnosti rabata in posledičnega učinka krepitev zvestobe, nadaljnja presoja konkretnih učinkov rabata na trg ni potrebna.<sup>201</sup> *Per se* pristop pa je razviden tudi že iz samega dejstva, da je Sodišče EU potrdilo delitev rabatov na že obravnavane tri kategorije. S tem je utrdilo pomen oblike zadevne prakse nad vsebino.<sup>202</sup>

Novost v zadevi *Post Danmark II*, ki spominja na kriterij presoje dejanskih učinkov rabatne sheme na trgu, je omemba pokritosti števila strank z zadevno rabatno shemo. Gre za edini kriterij presoje v sodbi, ki je po svoji naravi kvantitativen in ne kvalitativen. Vendar pa je Sodišče EU zavzelo stališče, da stopnja zaprtja trga, torej število strank, pokritih z rabatno shemo, ne more biti odločujoči dokaz protikonkurenčnega učinka. Navedeno *a contrario* pomeni, da ta kriterij tudi ne more biti odločilen pokazatelj, da do zaprtja trga ni prišlo. To podkrepi tudi Sodišče EU, ki pokritosti števila strank pripisuje zgolj vlogo pomožnega argumenta, ki lahko služi kot kazalnik pomembnosti zadevne prakse in njenega vpliva na trg, ne more pa ne potrditi in ne ovreči obstoja protikonkurenčnega učinka. Povedano drugače, služi zgolj za indikacijo stopnje izključevalnega učinka, ko je le-ta že dokazan na podlagi drugih kvalitativnih metod.<sup>203</sup>

#### 6.1.4. Elementi pristopa iz Navodil Komisije

V zadevi *Post Danmark II* je Sodišče EU obrazložilo, da testa enako učinkovitega konkurenta ni mogoče kategorično zavrniti pri preučitvi skladnosti rabata s členom 102 PDEU<sup>204</sup>, saj predstavlja enega od instrumentov za presojo obstoja zlorabe prevladujočega položaja z rabati.<sup>205</sup> Vendar obenem pove tudi, da navedeni stroškovni test ni pogoj za ugotovitev izkrivljanja konkurence z rabatnimi shemami.<sup>206</sup> Iz te nekoliko dvoumne obrazložitve Sodišča EU izhaja, da se zadevni test ne more uporabiti ne za ugotovitev in ne za ovrženje protikonkurenčnih učinkov rabata. Podobno, kot že obravnavani kvantitativni kriterij pokritosti števila strank z zadevnim rabatom, služi zgolj kot potrditev kršitve člena 102 PDEU, šele potem, ko je izvedena

---

<sup>200</sup> Venit 2016, str. 172.

<sup>201</sup> Povzeto po Chan, str. 48-50.

<sup>202</sup> Rokita, str. 889.

<sup>203</sup> Venit 2016, str. 174.

<sup>204</sup> Zadeva C-23/14, *Post Danmark A/S proti Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2015:651, tč. 58.

<sup>205</sup> Prav tam, tč. 61.

<sup>206</sup> Prav tam, tč. 56 in 62.

analiza vseh zadevnih okoliščin – rabatnih pogojev in pogojev na upoštevem trgu - na podlagi kvalitativnih kriterijev.<sup>207</sup>

V nadaljevanju pa je Sodišče EU izrecno zanikalo uporabo testa enako učinkovitega konkurenta v zadevnem primeru, saj je glede na strukturne prednosti, ki jih Post Danmark uživa na trgu - zlasti zakonskega monopola in velikega tržnega deleža - pojav enako učinkovitega konkurenčnega podjetja praktično nemogoč. Navedene prednosti so povezane zlasti z veliko ekonomijo obsega in prisotnostjo mrežnih učinkov.<sup>208</sup> V takih okoliščinah večji tržni delež pomeni večjo učinkovitost podjetja in manjše stroške proizvodnje. Zaradi navedenega, bi moralo novo podjetje vstopiti na trg v velikem obsegu. Samo v tem primeru, bi lahko doseglo dovolj visoko stopnjo učinkovitosti, da bi sploh bilo konkurenčno. Za trg katerega zaznamuje znatna ekonomija obsega, je značilno, da se povprečni stroški zmanjšujejo s povečevanjem obsega proizvodnje. Na določeni točki se padanje povprečnih stroškov ustavi. Naveden pojav se imenuje minimum učinkovitosti obsega (*»minimum efficient scale«*; *odslej: MES*). Kadar je MES, v primerjavi s celotnim trgom relativno visok (podjetje mora proizvajati blago v velikem obsegu da doseže MES), lahko na trgu deluje zgolj peščica podjetij. Na trgih z visoko ekonomijo obsega se lahko prevladujoča podjetja poslužujejo rabatov, da bi preprečili konkurentom, da izkoristijo ekonomijo obsega (ali druge učinkovitosti, povezane s povpraševanjem), in postanejo enako učinkoviti. Z drugimi besedami, sistem popustov, ki ga uporablja prevladujoče podjetje, preprečuje novincem, da dosežejo raven proizvodnje, ki je potrebna za uspešno konkuriranje na zadevnem trgu. Odstopanje od testa enako učinkovitega konkurenta v takšnih tržnih razmerah omogoča novim vstopnikom, da prodrejo in se uveljavijo na trgu, saj se jim s tem da priložnost pridobiti potreben obseg proizvodnje in postati enako učinkovit kot prevladujoče podjetje. Če se izkaže, da novi akterji na trgu ne morejo postati učinkovitejši v določenem časovnem obdobju, to verjetno pomeni, da na trgu dejansko ne more obstajati več podjetij. Posredovanje konkurenčnega prava v takšnem primeru bi bilo v upravičeno, saj lahko tudi manj učinkoviti konkurent vrši določen ekonomski pritisk na prevladujoče podjetje. Navedeno stališče je tudi zastopano v ekonomski literaturi. Ta navaja, da vstop manj učinkovitega podjetja na monopoliziran trg vodi v povečanje učinkovitosti, zlasti znižanja cen in posledičnega zmanjšanja mrtve izgube. Konkurenčni organi morajo torej v takih okoliščinah, ne samo preganjati ravnanja, ki izkrivljajo konkurenco ampak se morajo postaviti v vlogo, ki je podobna sektorskim regulatorjem in pomagati oblikovati konkurenco na trgih na katerih le-ta (še) ne deluje pravilno.<sup>209</sup> Tipičen primer so na novo liberalizirani trgi, kot je ta v zadevi *Post Danmark II*.<sup>210</sup> Obrazloženo zagovarja tudi Komisija v Navodilih Komisije. Z zgoraj obravnavano

---

<sup>207</sup> Venit 2016, str. 174.

<sup>208</sup> Sklepni predlogi generalne pravobranilke Kokott v zadevi Post Danmark II, tč. 71.

<sup>209</sup> Rokita, str. 895.

<sup>210</sup> P. Rey in S. J. Venit, An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils, Volume 38 (2015) World Competition, Issue 1, str. 6.



obrazložitvijo, je Sodišče EU vsaj temu delu Navodil Komisije podelilo naravo zavezujočega prava.<sup>211</sup>

### 6.1.5 Rabati tretje kategorije kot zloraba prevladujočega položaja »po cilju«

V nadaljevanju bo prikazano, da je *per se* pristop k rabatom v zadevi *Post Danmark II* analogen s pristopom k sporazumom, ki izkrivljajo konkurenco po svojem cilju, kot je že bilo obravnavano v zvezi s starejšo sodno prakso.<sup>212</sup>

Stem stališčem se ne strinjajo nekateri avtorji. *Colomo* meni, da je Sodišče EU, s tem ko je presojo »vseh upoštevnihih okoliščin« razširilo na preučitev tržnih razmer, poleg pogojev in značilnosti rabata, takšne rabate opredelilo za kršitve »po učinku«.<sup>213</sup> S tem stališčem se ni mogoče strinjati. Presoja »vseh upoštevnihih okoliščin« v zadevi *Post Danmark II* se nanaša na značilnosti rabatne sheme, zlasti na retroaktivnost in enoletno referenčno obdobje. Na tej podlagi se sklepa na obstoj učinka krepitve zvestobe ne pa na konkretni protikonkurenčni učinek. Preučitev specifičnih tržnih pogojev (zakonski monopol, nanašanje rabata tako na spremenljivi kot nespremenljivi del povpraševanja) pa služi kot podkrepitev prej omenjenega – kot umestitev značilnosti rabata v ekonomski kontekst. Preučitev tržnih pogojev pa prav tako temelji zgolj na kvalitativnih in ne na kvantitativnih dokazih, zato, kot tudi meni *Venit*, ni mogoče govoriti o presoji konkretnih učinkov rabata na trg.<sup>214</sup> V podkrepitev temu nedvoumno priča 73. točka zadevne sodbe. V njej je Sodišče EU razsodilo, da: »[...]ta konkurenčna praksa lahko sama po sebi povzroči nezanemarljivo omejevanje konkurence ali jo celo izniči«.<sup>215</sup> Navedeno jasno nakazuje, da se šteje tak rabat za kršitev že po svoji naravi<sup>216</sup>, zato tudi prag znatnosti ni primeren. Gre za tipično značilnost presoje »po cilju« in ne presoje »po učinku«.<sup>217</sup> Enako stališče je zavzel tudi generalni pravobranilec *Wahl* v svojem mnenju v zadevi *Intel proti Komisiji*, v katerem je pojasnil, da se za rabate, ki imajo učinek zvestobe (tako zvestobni rabati kot rabati tretje kategorije) nezakonitost domneva. Zato dokazov o konkretnih učinkih ni treba predložiti. Zadostuje zmožnost, da je mogoče s spornim ravnanjem omejevati konkurenco. Vendar pa ta zmožnost ne sme biti zgolj hipotetična ali teoretično mogoča, zato jo je potrebno ugotavljati »glede na vse okoliščine primera«, <sup>218</sup> kot je to storilo Sodišče v zadevi *Post Danmark II*.<sup>219</sup>

---

<sup>211</sup> Rokita, str. 895.

<sup>212</sup> Primerjaj Sklepni predlogi generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi C-413/14 P, Intel proti Komisiji, z dne 20. 10. 2016, tč. 80 in 82 (v nadaljevanju: Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi Intel proti Komisiji).

<sup>213</sup> P. I. Colomo, *Post Danmark II: The Emergence of a Distinct »Effects-Based« Approach to Article 102 TFEU*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 7 (2016), Issue 2, str. 114.

<sup>214</sup> Venit 2016, str. 177.

<sup>215</sup> Zadeva C-23/14, *Post Danmark A/S proti Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2015:651, tč. 73.

<sup>216</sup> Primerjaj Južnič, str. III.

<sup>217</sup> Zadeva C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) proti Evropski Komisiji*, ECLI:EU:C:2014:2204, tč. 52.

<sup>218</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi Intel proti Komisiji, tč. 114.

<sup>219</sup> Zadeva C-23/14, *Post Danmark A/S proti Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2015:651, tč. 29-31.

Colomo podkrepi prej omenjeno stališče, da gre v zadevi *Post Danmark II* za analizo dejanskih učinkov, tudi s trditvijo, da je Sodišče EU zahtevalo strožji standard - standard verjetnosti dejanskega negativnega učinka rabatov na trg, ki je značilen za presojo ravnanj »po učinku«. Tudi s tem stališčem se ni mogoče strinjati. Pritrditi je namreč moč *Venitovemu* mnenju, da iz konteksta omenjene sodbe ne izhaja, da bi bil uporabljen drugačen standard, kot je *zmožnost*. Sodišče EU v zadevi *Post Danmark II* namreč nedosledno uporablja različne izraze za zahtevani dokazni standard. Iz širšega vsebinskega konteksta pa je mogoče razbrati, da se zahteva milejši standard zmožnosti<sup>220</sup>. Prvi argument, ki podkrepi navedeno je, da Sodišče EU na večih mestih odločbe uporablja izraz *zmožnost*, ko govori o presoji izključevalnega učinka zadevne rabatne sheme.<sup>221</sup> Drugi pa je ta, da Sodišče EU v 66. točki presoje zadeve poudari, da sicer izključevalni učinek ne sme biti izključno hipotetičen, ne rabi pa biti konkreten, saj zadostuje dokaz, da lahko rabat *potencialno* izključi enako učinkovite konkurente.<sup>222</sup> Glede na navedeno je jasno, da je pomenski okvir besede *verjetnost*, ki se pojavlja na nekaterih mestih v odločbi Sodišča EU enak besedi *zmožnost* - predstavlja torej nižji dokazni standard.<sup>223</sup> Povedano sledi tudi iz mnenja generalne pravobranilke *Kokott*, ki ga je podala v zadevi *Post Danmark II*. V njem se je postavila na stališče, da se ne zahteva zapletena analiza konkretnih učinkov rabatov na konkurenco. To pomeni, da ni treba preverjati, ali je dejansko nastal konkretni učinek izrinjenja. Prepoved iz člena 102 PDEU zajema namreč tudi ravnanja prevladujočih podjetij s potencialnim protikonkurenčnim učinkom. V skladu z ustaljeno sodno prakso zadošča, da imajo sporni rabati *lahko* učinek izrinjenja<sup>224</sup>. Takšno stališče pa je podobno tistemu, ki ga je zavzelo Sodišče EU v zadevi *T-Mobile*, ki se nanaša na člen 101 PDEU. V njej je podalo obrazložitev, da glede presoje protikonkurenčnega cilja usklajenega ravnanja, zadošča, da ima *lahko* negativne posledice za konkurenco. Z drugimi besedami, biti mora takšno, da je ob upoštevanju pravnega in gospodarskega okvira, v katerega je umeščeno *zmožno* preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na skupnem trgu.<sup>225</sup>

V kontekstu umestitve zadevnih rabatov v kategorijo zlorab »po cilju« je potrebno tudi obravnavati stališče Sodišča EU, da na podlagi kvantitativnih metod, kot sta test enako učinkovitega konkurenta in pokritost trga z rabatno shemo, ni mogoče ne potrditi in ne zavreči zlorabe prevladujočega položaja.<sup>226</sup> Takšno stališče je primerljivo s sodno prakso s področja omejevalnih sporazumov »po cilju« v skladu s katero je lahko presoja dejanskih učinkov, ki jih ima obravnavani sporazum na konkurenco, upoštevana samo v kontekstu prisoditve višine globe (ali odškodnine).<sup>227</sup>

---

<sup>220</sup> Venit 2016, str. 170.

<sup>221</sup> Glej zadeva C-23/14, *Post Danmark A/S* proti Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2015:651, tč. 31, 50 in 68.

<sup>222</sup> Prav tam, tč. 66.

<sup>223</sup> Venit 2016, str. 170.

<sup>224</sup> Sklepni predlogi generalne pravobranilke *Kokott* v zadevi *Post Danmark II*, tč. 80-82.

<sup>225</sup> Zadeva C-8/08, *T-Mobile Netherlands* in ostali proti Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ECLI:EU:C:2009:343, tč. 31.

<sup>226</sup> Venit 2016, str. 174.

<sup>227</sup> *Wish in Bailey*, str. 125.

Na podlagi vsega povedanega lahko torej zaključimo, da je Sodišče EU v zadevi *Post Danmark II* na podlagi analize rabatnih pogojev in tržnih razmer, v katerih deluje podjetje pod preiskavo, dejansko presojalo ali so rabati, glede na pravni in ekonomski kontekst v katerega so umeščeni, *zmožni* (že po svoji naravi) omejevati konkurenco in temu posledično nimajo drugega ekonomskega cilja, kot je izkrivljanje le-te. Dejansko je presojalo ali sodijo med zlorabe »po cilju«. <sup>228</sup> Posledično Sodišče EU ni presojalo konkretnega vpliva zadevne prakse na konkurenco. Zadostovala je ugotovitev, da so presojani rabati zmožni konkurentom otežiti ali celo onemogočiti dostop do trga, in na drugi strani njegovim sopogodbenu otežiti ali onemogočiti izbiro med več oskrbovalnimi viri ali trgovskimi partnerji. <sup>229</sup> To pa so zmožni storiti zaradi učinka krepitve zvestobe, ki izhaja iz retroaktivne narave rabata in dolgega referenčnega obdobja. Navedeni učinek pa je še dodatno podkrepjen z zelo visokim tržnim deležem podjetja *Post Danmark* in strukturnimi prednostmi, ki so rezultat zakonskega monopola omenjenega podjetja ter dejstva, da rabatna shema pokriva tako stalni kot spremenljivi del povpraševanja. Na tej podlagi je Sodišče EU ugotovilo, da presojani rabati zlorablajo prevladujoč položaj po svojem cilju. <sup>230</sup>

#### **6.1.6. Rabati tretje kategorije kot neočitne zlorabe »po cilju«**

S tem, ko je sodišče EU v zadevi *Post Danmark II* obrazložilo, da je za presojo ali podjetje zlorablja prevladujoč položaj z uporabo rabatnih shem, potrebno poleg pogojev rabatne sheme preučiti še obseg prevladujočega položaja družbe in posebne konkurenčne okoliščine zadevnega trga, je približalo presojo rabatov tretje kategorije novejši sodni praksi s področja člena 101 PDEU. <sup>231</sup>

V skladu s slednjo, zlasti zadevo *Groupement des cartes bancaires*, je treba za preučitev, ali je sporazum med podjetji tako škodljiv, da se šteje za omejitev konkurence »po cilju« upoštevati vsebino njegovih določb, cilje, ki se želijo z njim doseči, ter pravni in ekonomski okvir, v katerega je umeščen. Pri presoji navedenega okvira je treba upoštevati tudi naravo zadevnega blaga in storitev ter dejanske pogoje delovanja in sestave zadevnega trga. <sup>232</sup> Takšna presoja se opravi v vsakem posameznem primeru, kadar se presoja sporazum, ki ne sodi med očitne zlorabe konkurence »po cilju« <sup>233</sup>. Za podreditev neočitnih omejevalnih sporazumov v kategorijo zlorab »po cilju« torej ne zadošča zgolj ugotovitev zmožnosti izkrivljanja

---

<sup>228</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi *Intel* proti Komisiji, tč. 80 in 82.

<sup>229</sup> Zadeva C-23/14, *Post Danmark A/S* proti Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2015:651, tč. 31

<sup>230</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi *Intel* proti Komisiji, tč. 80 in 82 ter 104.

<sup>231</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi *Intel* proti Komisiji, tč. 80 in 82.

<sup>232</sup> Zadeva C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB)* proti Evropski Komisiji, ECLI:EU:C:2014:2204, tč. 53.

<sup>233</sup> Glej po Južnič, str. IV.

konkurence na podlagi presoje vsebine sporazuma, pač pa ga je potrebno umestiti v dejanski kontekst glede na razmere zadevnega trga.<sup>234</sup>

Generalna pravobranilka *Kokott* je zavzela podobno stališče v svojem mnenju v zadevi *Post Danmark II*. V njem je obrazložila, da v zadevnem primeru sicer ni potrebna analiza dejanskih učinkov, vendar pa morajo biti protikonkurenčni učinki presojani glede na konkretni primer, zato ne zadostuje zgolj ugotovitev, da imajo lahko na načelni oz. čisto abstraktni ravni takšne učinke.<sup>235</sup> Iz tega jasno izhaja, da je zahteva po preučitvi tržnih pogojev poleg pogojev pod katerimi je podeljen rabat v zadevi *Post Danmark II* analogna preučitvi pravnega in ekonomskega okvirja v katerega je umeščen omejevalni sporazum, kot izhaja iz zadeve *Groupement des cartes bancaires*. Služi torej presoji ali zadevni rabat sodi v kategorijo zlorab »po cilju«.<sup>236</sup>

Glede na vse navedeno, je v primeru rabatov tretje kategorije potrebno (z razliko od zvestobnih rabatov) od primera do primera preučiti ali gre za zlorabe »po cilju« ali ne, podobno kot velja za neočitne zlorabe »po cilju« v smislu člena 101 PDEU. Na podlagi presoje vseh upoštevnihih okoliščin se v vsakem posamičnem primeru ugotavlja, ali imajo rabati tretje kategorije učinek krepitev zvestobe in so kot takšni, glede na dejanske pogoje na upoštevnihih trgu, zmožni imeti učinek izrinjenja konkurentov s trga.<sup>237</sup> Zato je Sodišče EU v zadevi *Post Danmark II* poleg ugotovitve, da so rabati po svoji vsebini primerljivi z zvestobnimi, zaradi učinka krepitev zvestobe, preučilo ta učinek z umestitvijo le-tega v dejanske tržne razmere na zadevnem trgu (velik tržni delež, zakonski monopol, nanašanje rabata tako na spremenljivi kot tudi stalnega dela povpraševanja.)<sup>238</sup> in na tej podlagi ugotovilo protikonkurenčni cilj rabatne sheme podjetja *Post Danmark*.

## 6.2. Zadeva Intel proti Komisiji

Sodišče EU je 6. 9. 2017 odločilo o pritožbi, ki jo je vložilo podjetje Intel zoper sodbo v zadevi *Intel*. Gre za eno izmed najbolj pričakovanihi odločitev zadnjega desetletja. V tej pritožbeni zadevi je Sodišče EU dopolnilo dosedanje ustaljeno sodno prakso, ki izvira še iz zadeve *Hoffmann-La Roche* in tako začrtalo nov pristop k zlorabi prevladujočega položaja z rabatnimi shemami.<sup>239</sup>

---

<sup>234</sup> J. Ruiz Calzado in A. Scordamaglia-Tousis, *Groupement des cartes bancaires: Shedding Light on What is not a »by object« Restriction of Competition*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6 (2015), Issue 7, str. 497.

<sup>235</sup> Sklepni predlogi generalne pravobranilke *Kokott* v zadevi *Post Danmark II*, tč. 80-82.

<sup>236</sup> Primerjaj Sklepni predlogi generalnega pravobranilca *Wahla* v zadevi *Intel* proti Komisiji. tč. 80-100.

<sup>237</sup> Prav tam..

<sup>238</sup> Prav tam, tč. 80-105.

<sup>239</sup> *Colomo* 2018, str. 1.

### 6.2.1. Odločitev Sodišča EU

Obravnavana zadeva v obrazložitvi poda dve pomembni razjasnitvi k razumevanju člena 102 PDEU. Najprej pojasni, da je omenjeni člen načeloma namenjen varovanju podjetij, ki so enako učinkovita kot prevladujoče podjetje.<sup>240</sup> Zato izrinjenje konkurentov, ki so manj učinkoviti z vidika cen, izbire, kakovosti in inovacij, predstavlja normalen konkurenčni proces. V nadaljevanju je Sodišče EU obrazložilo, da pravilo iz zadeve *Hofmann-La Roche*, na podlagi katerega so zvestobni rabati *prima facie* prepovedani, še vedno velja. Ta ravnanja izkrivljajo konkurenco, ne glede na njihove dejanske ali potencialne učinke na trgu.<sup>241</sup> Na tem mestu pa zadeva *Intel proti Komisiji* doda pomembno novost pri interpretaciji dosedanje sodne prakse. Navedeno namreč velja le, kadar podjetja ne predložijo dokazov, s katerimi lahko dokažejo, da navedene poslovne prakse niso zmožne povzročiti očitanih učinkov zaprtja trga. Kadar so podani takšni dokazi, mora Komisija, ne samo analizirati moč prevladujočega položaja podjetja na upoštevem trgu, stopnjo pokritosti trga z očitanim ravnanjem, pogoje in okoliščine odobritve zadevnih rabatov, njihovo trajanje ter njihov znesek, ampak mora tudi presoditi morebiten obstoj strategije izrinjenja enako učinkovitih konkurentov s trga.<sup>242</sup>

Sodišče EU je prav tako razsodilo, da je zadevo *Intel* potrebno vrniti v ponovno odločanje Splošnemu sodišču zaradi nepravilne uporabe prava. V obravnavani zadevi je namreč ugotovilo, da je Komisija v svoji odločbi poudarila, da je bilo z zadevnimi rabati že zaradi njihove narave mogoče omejiti konkurenco, tako da analiza celote okoliščin obravnavanega primera in zlasti test enako učinkovitega konkurenta nista bila potrebna za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja. Kljub temu pa je opravila prej omenjeni test, ki je pokazal, da bi moral enako učinkovit konkurent zaračunavati cene pod stroški.

Ker je Komisija vseeno opravila takšno analizo, je Sodišče EU v zadevi *Intel proti Komisiji* odločilo, da je imel v sporni odločbi test enako učinkovitega konkurenta pomembno vlogo pri presoji, ali so zadevni rabati zmožni imeti učinek izrinjenja enako učinkovitih konkurentov. Zato bi morale Splošno sodišče preučiti vse trditve, ki jih je družba Intel podala v zvezi s tem testom. Ker pa tega ni storilo, je treba izpodbijano sodbo razveljaviti in vrniti na prvo stopnjo v delu, v katerem Splošno sodišče v okviru analize, ali so sporni rabati zmožni omejiti konkurenco ni upoštevalo trditve, s katerimi je družba Intel grajala domnevne napake, ki naj bi jih Komisija storila v okviru že omenjenega testa.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Prav tam.

<sup>241</sup> Colomo 2018, str. 4.

<sup>242</sup> Zadeva C-413/14 P, *Intel proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2017:632, tč. 138-139.

<sup>243</sup> Prav tam, tč. 142-147.

### 6.2.2. Zadeva *Intel proti Komisiji* kot poenotenje pristopa k zlorabam »po cilju« med členom 101 in 102 PDEU

V zadevi *Intel proti Komisiji* je Sodišče EU postavilo splošno pravilo, da je člen 102 PDEU načeloma namenjen varovanju enako učinkovitih konkurentov, zato izrinjenje manj učinkovitih ni v nasprotju s konkurenčnim pravom. S tem se vzpostavlja splošno pravilo, po katerem je potrebno ravnanja prevladujočih podjetij vsaj načeloma presoјati po njihovem učinku. Relevantni kriterij za presojo slednjega pa je izrinitev enako učinkovitega konkurenta s trga. Z drugimi besedami, presoјanje ravnanj kot zlorab »po učinku« je temeljno pravilo člena 102 PDEU, presoјanje »po cilju« pa izjema. Torej enako kot velja za člen 101 PDEU.<sup>244</sup>

V nadaljevanju je Sodišče EU v 137. točki potrdilo stališče iz zadeve *Hofmann-La Roche*, da je edini možni namen, ki ga prevladujoče podjetje zasleduje z zvestobnimi rabati, izrinjenje konkurentov.<sup>245</sup> Zato so ti *prima facie* prepovedani, ne glede na njihov dejanski učinek na trg.<sup>246</sup> V tem smislu so obravnavani primerljivo s sporazumi, ki so očitno omejevalni »po cilju«, kot so npr. cenovni karteli in sporazumi o delitvi trga.<sup>247</sup> Pri teh ni potrebno opraviti analize pravnega in ekonomskega konteksta za ugotovitev dovolj resnega učinka za konkurenco, da se jim pripiše protikonkurenčni cilj.<sup>248</sup> Smiselno enako velja tudi za zvestobne rabate, saj je njihov protikonkurenčni cilj ugotovljen že na podlagi njihove oblike, natančneje pogojenosti z zvestobo.<sup>249</sup>

Da so zvestobni rabati obravnavani kot zlorabe »po cilju«, priča dejstvo, da Sodišče EU dosledno uporablja besedno zvezo »*zmožnost omejevanja konkurence*«, z razliko od prejšnje sodne prakse, v kateri se je ta dokazni standard nedosledno označeval z različnimi izrazi, ki so bili v bistvu sopomenke. Kot pa je že bilo obrazloženo, pa je prav navedeni dokazni standard *zmožnosti* povezan z ugotavljanjem zlorab »po cilju.« Iz tega izhaja, da se domneva, da so zvestobni rabati, že zaradi pogojenosti z zvestobo, zmožni izrinuti konkurente s trga. Z drugimi besedami, domneva se, da sodijo med zlorabe »po cilju«<sup>250</sup> in to brez potrebe, da bi se preučile vse »zadevne okoliščine primera«. To pa je tudi temeljna razlika med zvestobnimi rabati in rabati tretje kategorije.<sup>251</sup>

Kljub temu, da so zvestobni rabati *prima facie* prepovedani, pa je Sodišče EU izrecno dovolilo možnost izpodbitja domneve, da zvestobni rabati v konkretnem primeru že po

---

<sup>244</sup> Peepkorn, str. 46.

<sup>245</sup> Zadeva C-413/14 P, *Intel proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2017:632, tč. 137.

<sup>246</sup> Colomo 2018, str. 6.

<sup>247</sup> Colomo 2014, str. 4.

<sup>248</sup> Južnič, str. III-IV.

<sup>248</sup> Prav tam.

<sup>249</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi *Intel proti Komisiji*, tč. 80-84.

<sup>250</sup> Colomo 2018, str. 4-5.

<sup>251</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi *Intel proti Komisiji*, tč. 84.

svojem cilju izkrivljajo konkurenco.<sup>252</sup> S tem pa je naredilo dokončni korak k poenotenju razumevanja zlorab »po cilju« med členoma 101 in 102 PDEU. Pred obravnavano pritožbeno zadevo je starejša sodna praksa zavzela stališče, da je razlog, da ni potrebno presojudati učinkov rabatov na trg ravno ta, da se šteje, da po svoji naravi zasledujejo protikonkurenčni cilj<sup>253</sup>. Vendar pa ni dopuščala možnosti nasprotnega dokaza, zato je tak pristop še vedno imel značilnosti *per se* pristopa. Eden izmed temeljnih elementov ravnanj, ki so zlorabe »po cilju«, pa je ravno ta, da dopuščajo podjetjem, da lahko oporekajo razvrstitvi presojanega sporazuma v kategorijo zlorab »po cilju«.<sup>254</sup> To stališče jasno izraža zadeva *Football Association Premier League*<sup>255</sup>, v kateri je obrazloženo da, se podjetja lahko sklicujejo na pravne in ekonomske okoliščine, ki omogočajo ugotovitev, da zadevna ravnanja ne morejo škoditi konkurenci in zato nimajo protikonkurenčnega cilja.<sup>256</sup>

Kadar podjetje predloži take dokaze, s katerimi izpodbije opredelitev konkretnega zvestobnega rabata kot zlorabe »po cilju«, mora konkurenčni organ oz. Komisija rabate presojudati kot zlorabe »po učinku«.<sup>257</sup> Iz navedenega sledi, da je Sodišče EU poenotilo pristop k členu 102 PDEU s členom 101 PDEU.<sup>258</sup> Takšno stališče je tudi splošno zastopano v literaturi.<sup>259</sup>

Z opredelitvijo zvestobnih rabatov kot zlorab po »cilju« se strinja tudi generalni pravobranilec *Wahl* v svojem mnenju, ki ga je podal v zadevi *Intel proti Komisiji*. V slednjem argumentira tudi, da kadar se izkaže, da rabati nimajo protikonkurenčnega cilja, se morajo subsidiarno presojudati v luči popolne analize njihovega konkretnega vpliva na konkurenco na zadevnem trgu. V tem primeru se torej presojudajo glede na njihov učinek.<sup>260</sup>

### 6.2.3. Izpodbijanje domneve, da so zvestobni rabati zlorabe »po cilju«

*Colomo* ter *Deschamp in Niels*<sup>261</sup> so mnenja, da prevladujoče podjetje pod preiskavo lahko izpodbije domnevo, da so zvestobni rabati zlorabe »po cilju« tako s sklicevanjem

---

<sup>252</sup> Colomo 2018, str. 4-5.

<sup>253</sup> Glej npr. Zadeva T-203/01, *Michelin proti Komisiji*, ECLI:EU:T:2003:250, tč. 241, Zadeva C-23/14, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2015:651, tč. 73.

<sup>254</sup> Colomo 2018, str. 11.

<sup>255</sup> Zadeva C-403/08, *Football Association Premier League* in drugi, ECLI:EU:C:2011:631.

<sup>256</sup> Prav tam, tč. 143.

<sup>257</sup> G. Colangelo in M. Maggolino, *Intel and the Rebirth of the Economic Approach to EU Competition Law*, 2018, str. 2.

<sup>258</sup> Prav tam, str. 5.

<sup>259</sup> Colomo 2018, P. Deschamps in G. Niels, *The One Billion Euro Question for Intel: Moore's law or Murphy's Law?*, 2018 *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9 (2018), Issue 2, str. 124-130, (v nadaljevanju: *Deschamps in Niels*), N. Petit, *The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, 2017, (v nadaljevanju: *Petit*).

<sup>260</sup> J. Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, *World Competition*, Vol. 40 (2017), Issue 2, str. 259 in 262.263 (v nadaljevanju: *Clarke*).

<sup>261</sup> *Deschamps in Niels*, str. 127-128.

na test enako učinkovitega konkurenta kot tudi s sklicevanjem na dejstvo, da rabati pokrivajo samo majhen delež trga.<sup>262</sup> S tem stališčem se ni mogoče strinjati. Takšna analiza ima že značilnosti presoje konkretnega učinka rabatne sheme na trg. Iz zadeve *Intel proti Komisiji* pa izhaja, da se lahko opravi takšna analiza rabatov samo, kadar podjetje že izpodbije prej omenjeno domnevo.<sup>263</sup> To je logična posledica dejstva, da so zlorabe »po cilju« in »po učinku« določene alternativno in ne kumulativno.<sup>264</sup> Torej, analiza konkretnih učinkov oz. obravnava zvestobnih rabatov kot zlorab »po učinku« je možna šele po tem, ko je podjetje predložilo zadostne dokaze iz katerih izhaja, da rabati nimajo protikonkurenčnega cilja, da torej niso *zmožni* izkrivljati konkurence. Stališče, da se podrobna analiza učinkov rabatne sheme na podlagi preučitve stopnje prevladujočega položaja podjetja pod preiskavo, rabatnih pogojev, deleža trga pokritega z zadevno rabatno in obstoja strategije izključitve enako učinkovitega konkurenta, lahko opravi šele po tem, ko podjetje predloži zadostne dokaze, da izpodbije domnevo, da so zvestobni rabati *zmožni* izkrivljati konkurenco, zastopa tudi *Venit*.<sup>265</sup> Nadalje pa je, kot trdita *Wish in Bailey*, jasno stališče v sodni praksi, da se podjetje, ne more razbremeniti odgovornosti za ravnanje, ki ima protikonkurenčni cilj, tudi če dokaže, da nima konkretnega učinka na trg, saj je v tem kontekstu analiza učinkov brezpredmetna.<sup>266</sup>

Enako velja tudi na področju člena 101 PDEU, kot izhaja iz zadeve *Football Association Premier League*. V tej zadevi je Sodišče EU med drugim presojalo, ali klavzule pogodbe o izključni licenci, sklenjene med imetnikom pravic intelektualne lastnine in RTV-organizacijami, predstavljajo oviro za konkurenco »po cilju«. Najprej je spomnilo, da se prepoved iz člena 101(1) PDEU uporablja za sporazum, če je njegov cilj ali posledica preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence. Alternativna povezava med njima pomeni, da je najprej treba ugotoviti, ali je izpolnjeno eno samo merilo – v teh zadevah cilja sporazuma. Šele podredno, če analiza določb sporazuma ne izkaže zadostne škodljivosti za konkurenco, je treba preučiti konkretne posledice sporazuma na trg. V nadaljevanju pa je na podlagi dejstva, da se klavzule o delitvi trga v sodni praksi štejejo za protikonkurenčne »po cilju«, ugotovilo, da v to kategorijo sodi tudi zadevni licenčni sporazum, saj vsebuje navedeno klavzulo.<sup>267</sup> Sodišče EU je torej presojalo o protikonkurenčnem cilju že na podlagi oblike sporazuma. Tak pristop je analogen pristopu k zvestobnim rabatom v zadevi *Intel proti komisiji*.<sup>268</sup> Obe ravnanji se namreč štejeta za očitni zlorabi po cilju.<sup>269</sup>

---

<sup>262</sup> Colomo 2018, str. 11.

<sup>263</sup> Primerjaj Zadeva C-413/14 P, *Intel proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2017:632, tč. 138 in 139.

<sup>264</sup> *Wish in Bailey*, str. 123.

<sup>265</sup> J. S. Venit, *The Judgement of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?*, *European Competition Journal*, Vol. (2017), No. 2-3, str. 173 (v nadaljevanju: *Venit 2017*).

<sup>266</sup> *Wish in Bailey*, str. 128.

<sup>267</sup> Zadeva C-403/08, *Football Association Premier League in drugi*, ECLI:EU:C:2011:631, tč. 134-140.

<sup>268</sup> Primerjaj zadevo C-413/14 P, *Intel proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2017:632, tč. 137.

<sup>269</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Wahla v zadevi *Intel proti Komisiji*, tč. 80-84.



Iz zadeve *Football Association Premier League* izhaja tudi obrazložitev, da se domneva protikonkurenčnega cilja, ki je bila vzpostavljena v tej zadevi, na podlagi teritorialnih klavzul lahko izpodbije, če podjetje pod preiskavo predloži dokaze, da kljub prej navedeni ugotovitvi takšen sporazum ne more škoditi konkurenci in tako imeti protikonkurenčnega cilja. Navedeno se lahko dokazuje z ozirom na pravni in ekonomski kontekst v katerega je umeščen sporazum.<sup>270</sup> Gre torej za presojanje konteksta, katerega izrecno izpostavlja in obrazloži zadeva *Groupement des cartes bancaires* in se torej uporablja za ugotovitev, ali določen sporazum izkrivlja konkurenco »po cilju«.<sup>271</sup> Pravni in ekonomski kontekst sporazuma se presoja z ozirom na vsebino njegovih določb, cilje, ki se želijo z njim doseči, naravo zadevnega blaga in storitev ter dejanske pogoje delovanja in sestave zadevnega trga. Iz tega sledi, da tak pristop sicer terja določeno »okrnjeno« analizo učinkov, vendar pa mora biti omejen na to, kar je nujo potrebno za ugotovitev protikonkurenčnega cilja.<sup>272</sup> Zato tega pristopa, kot navaja generalni pravobranilec *Whatelet*, ni mogoče razumeti kot presoje konkretnih učinkov.<sup>273</sup>

Stališče, da sta test enako učinkovitega konkurenta in kriterij stopnje pokritosti trga z rabatno shemo, neprimerna oz. pretirana v kontekstu presojanja rabatov kot zlorab »po cilju«, zastopa tudi *Clarke*. Po njenem mnenju, bi to pretirano zaostriło presojó dokaznega standarda *zmožnosti* protikonkurenčnega učinka. Dokazni standard *zmožnosti* je relativno nizek standard, ki se uporablja za preučitev protikonkurenčnega cilja, tudi na področju člena 102 PDEU.<sup>274</sup> Če bi se v presojó protikonkurenčnega cilja ravnanja vnesli tudi podrobni empirični dokazi, bi to privedlo do tega, da bi bila presojó *zmožnosti* po svoji naravi dejansko izenačena z analizo konkretnih učinkov zadevnega ravnanja na trg. Posledično ne bi bilo več razlike med ravnanji, ki izkrivljajo konkurenco »po cilju« in »po učinku«.<sup>275</sup> Da stališču *Clarkove* sledi Sodišče EU izhaja iz tega, da le-to v zadevi *Intel proti Komisiji* jasno obrazloži, da je domneva protikonkurenčnega cilja iz zadeve *Hofmann-La Roche* temeljno pravilo. Šele, če se ta domneva izpodbije, se lahko rabati presojajo na podlagi poglobljene analize, ki temelji na empiričnih dokazih.<sup>276</sup>

Res pa je, da se v sodni praksi počasi brišejo nekoč jasne meje med zlorabami »po cilju« in »po učinku«.<sup>277</sup> Verjetno je navedeno razlog zaradi katerega so, *Colomo* ter *Deschamp in Niels*, ki sicer vsi štejejo zvestobne rabate za zlorabe »po cilju«, mnenja,

---

<sup>270</sup> Zadeva C-403/08, *Football Association Premier League* in drugi, ECLI:EU:C:2011:631, tč. 140-143.

<sup>271</sup> Južnič, str. II-III.

<sup>272</sup> G. L. Zampa in A. Di Gio, *The Cunundrum of Restrictions »by Object«: Rationale, Scope, Impact and a Proposal*, *Italian Antitrust Review*, Vol. 2 (2015), No. 3, str. 30 (v nadaljevanju: Zampa).

<sup>273</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca X. *Whateleta*, v zadevi C-373/14 P, *Toshiba proti Komisiji*, z dne 25. 6. 2015, ECLI:EU:C:2015:427, tč. 69.

<sup>274</sup> *Clarke*, str. 263.

<sup>275</sup> Prav tam, str. 268.

<sup>276</sup> Zadeva C-413/14 P, *Intel proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2017:632, tč. 137-139.

<sup>277</sup> Zampa, str. 29-31.

da preučitev empiričnih dokazov, kot so test enako učinkovitega konkurenta in stopnja pokritosti trga še sodi v analizo zlorab »po cilju« in ne v analizo konkretnega učinka. Iz tega je razvidno, da se problematika, ki preveva člen 101 PDEU, zrcali tudi v členu 102 PDEU. Vprašanje v literaturi ni torej ali so rabati obravnavani kot zlorabe »po cilju«, pač pa, kje je meja med obema kategorijama zlorab. Da je v presoji ravnanj omejujočih »po cilju« vedno več ekonomske analize, se strinjata tudi *Wish in Bailey*. Pri tem pa, podobno kot generalna pravobranilka *Kokott* v svojem mnenju v zadevi *T-Mobile*, opozarjata, da takšno razumevanje zlorab po »cilju« lahko privede do zabrisanja delitve protikonkurenčnih ravnanj na dve ločeni kategoriji.<sup>278</sup>

V kontekstu zadeve *Football Association Premier League* je potrebno razumeti tudi zadevo *Intel proti Komisiji*. Prevladujoče podjetje lahko izpodbije stališče, da so zvestobni rabati *prima facie* zlorabe »po cilju« tako, da dokaže, da se z njimi ne zasleduje objektivno protikonkurenčnega cilja glede na pravni in ekonomski kontekst v katerega so umeščeni in posledično tudi niso *zmožni* omejevati konkurence – niso torej zlorabe »po cilju«. Temu mnenju pritrjuje tudi *Frenz*.<sup>279</sup> Šele ko se dokaže, da rabati ne zasledujejo protikonkurenčnega cilja, je dopuščena (popolna) presoja konkretnih učinkov rabatne sheme na trg. Dokazno breme za ugotovitev slednjega pa seveda nosi Komisija.

#### **6.2.4. Pomen Navodil Komisije po zadevi *Intel proti Komisiji***

Kot je že bilo obrazloženo, je Sodišče EU v zadevi *Intel proti Komisiji*, dosodilo, da mora Komisija v primeru, ko podjetje izpodbije domnevo, da zadevni zvestobni rabati zlorablajo konkurenco »po cilju«, le-te presojati kot zlorabe »po učinku«. Presoditi mora torej ali je njihov dejanski oz. konkretni učinek na trg izkrivljanje konkurence. V ta namen pa mora Komisija analizirati moč prevladujočega položaja podjetja na upoštevem trgu, stopnjo pokritosti trga z očitanim ravnanjem, pogoje in okoliščine odobritve zadevnih rabatov, njihovo trajanje in njihov znesek ter presoditi morebiten obstoj strategije, katere namen je izriniti konkurente, ki so vsaj enako učinkoviti.<sup>280</sup>

Zaradi izrecne zahteve Sodišča EU po ugotovitvi izključevalne strategije *R. Subiotto QC, D. R. Little, in R. Lepetska* zastopajo stališče, da je zadevna sodba ustvarila vzporednice med analitičnim okvirom, ki se uporablja za presojo roparskih cen in analizo zvestobnih rabatov.<sup>281</sup> Na podlagi takega razumevanja zadeve *Intel proti Komisiji* se daje zelo velik poudarek prav testu enako učinkovitega konkurenta, ki je temeljno orodje presoje skladnosti roparskih cen s členom 102 PDEU, kot izhaja iz zadeve *AKZO*. V tej zadevi je Sodišče EU določilo stroškovne pragove, na podlagi katerih se ugotavlja, ali roparske cene predstavljajo zlorabo prevladujočega položaja ali

<sup>278</sup> *Wish in Bailey*, str. 127.

<sup>279</sup> B. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Springer, Heidelberg 2016., str. 315.

<sup>280</sup> Zadeva C-413/14 P, *Intel proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2017:632, tč. 139.

<sup>281</sup> R. Subiotto QC, D. R. Little, in R. Lepetska, *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9 (2018), Issue.7, str. 484.

ne. Prvič, kadar so cene prevladujočega podjetja pod njegovimi povprečnimi variabilnimi stroški, se šteje, da so vedno roparske, saj prevladujoče podjetje v tem primeru posluje z izgubo. Posledično nima nobenega drugega ekonomskega interesa za takšno ravnanje, kot je izrinjenje svojih konkurentov. Drugič, cene, ki so nižje od povprečnih skupnih stroškov, vendar višje od povprečnih variabilnih stroškov, se lahko štejejo za zlorabo samo, če so določene v okviru načrta, katerega namen je izključiti konkurente.<sup>282</sup> Navedeno pa podkrepi tudi dejstvo, da se Sodišče EU v zadevi *Intel proti Komisiji* v 138. točki, ki navaja merila za presojo rabatov, po analogiji sklicuje na zadevo *Post Danmark I*. V slednji se je Sodišče EU, podobno kot v zadevi *AKZO*, poslužilo prav testa enako učinkovitega konkurenta, na podlagi katerega je ugotovilo, da se cene, ki jih družba *Post Danmark* zaračunava svojim konkurentom, nahajajo med dodatnimi stroški (primerljivi s povprečnimi variabilnimi stroški) in povprečnimi skupnimi stroški. Zato je Sodišče EU obrazložilo, da se mora v tem primeru preučiti ali je rezultat cenovne politike podjetja *Post Danmark* dejansko ali verjetno izrinjenje konkurentov v škodo konkurence in tako interesov potrošnikov.<sup>283</sup>

Z navedenim stališčem, da je test enako učinkovitega konkurenta (edini) merodajni kriterij presoje skladnosti rabatov s členom 102 PDEU, kot velja za roparske cene, se ni mogoče v celoti strinjati. Sodišče EU je v zadevi *Intel proti Komisiji* naštel več meril za presojo. Prav tako pa ni obrazložilo pomena posameznega kriterija ali določilo hierarhije pomembnosti med njimi.<sup>284</sup>

Nadalje, kot navaja *Venit*, iz zadeve *Intel proti Komisiji* ne izhaja, da bi Sodišče EU odstopilo od svojega stališča glede vloge testa enako učinkovitega konkurenta iz zadeve *Post Danmark II*. Ta določa, da je test enako učinkovitega konkurenta sicer eno izmed orodij presoje izključevalnega učinka rabatne sheme, vendar pa ne predstavlja izključnega pogoja za takšno ugotovitev.<sup>285</sup> Iz te zadeve pa izhaja tudi pravilo, po katerem je v določenih primerih test enako učinkovitega konkurenta popolnoma neprimeren. To je zlasti takrat kadar tržne razmere ne omogočajo vstopa enako učinkovitega konkurenta, ker upoštevni trg zaznamuje visoka ekonomija obsega in prevladujoče podjetje uživa znatne strukturne prednosti, ki so posledica zakonskega monopola.<sup>286</sup> Tudi Komisija v Navodilih Komisije zastopa stališče, da v nekaterih primerih tudi manj učinkovit konkurent lahko izvaja konkurenčni pritisk na prevladujoče podjetje.<sup>287</sup> Glede na povedano se zdi bolj pravilno *Petitovo* stališče, da je Sodišče EU v zadevi *Intel proti Komisiji*, kot merodajni test za presojo določilo »pravilo utemeljenosti«, ki temelji na presoji šestih relevantnih kriterijev:<sup>288</sup>

- moči prevladujočega položaja podjetja na upoštevнем trgu,

---

<sup>282</sup> Faul in Nipkay, str. 398.

<sup>283</sup> Zadeva C-209/10, *Post Danmark proti Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2012:172, tč. 27-44.

<sup>284</sup> *Venit* 2017, str. 183.

<sup>285</sup> Prav tam, str. 189.

<sup>286</sup> *Colomo* 2018, str. 9.

<sup>287</sup> Navodila Komisije, tč. 24.

<sup>288</sup> *Petit*, str. 9-10.

- stopnje pokritosti trga z očitanim ravnanjem,
- pogojev in okoliščin odobritve zadevnih rabatov,
- zneska in trajanja rabatov,
- ter presoje morebitnega obstoja strategije izrinjena enako učinkovitih konkurentov.

Takšno stališče je bolj primerno, saj je Sodišče EU izpostavilo varstvo enako učinkovitih konkurentov kot temeljno načelo ugotovitve protipravnosti rabatov, kadar se ti presojajo »po učinku«. To načelo pa je širše od testa enako učinkovitega konkurenta. Nedvomno pa je omenjeni test eno izmed orodij, na podlagi katerega se presoja izključitev enako učinkovitih konkurentov.<sup>289</sup> Nenazadnje se je tudi Sodišče EU v zadevi *Post Danmark I* sklicevalo na preučitev drugih okoliščin za ugotovitev konkretnega protikonkurenčnega izključevalnega učinka, poleg testa enako učinkovitega konkurenta.<sup>290</sup>

»Pravilo utemeljenosti«, ki izhaja iz zadeve *Intel proti Komisiji*, pa je tudi smiselno enako splošnim merilom za določitev izključevalnih ravnanj iz Navodil Komisije. V slednjih je določeno, da Komisija presoja obstoj protikonkurenčnega izključevalnega učinka na podlagi naslednjih meril:<sup>291</sup>

- stopnje prevladujočega položaja podjetja,
- pogojev na upoštevнем trgu: to vključuje pogoje vstopa in širitve na trg, na katere vplivajo ekonomija obsega in/ali razpona ter mrežni učinki,
- položaja konkurentov prevladujočega podjetja,
- položaja strank ali dobaviteljev vložkov,
- obsega domnevnih zlorab in
- dokazov dejanskega omejevanja dostopa.<sup>292</sup>

Glede na navedeno, iz zadeve *Intel proti Komisiji* izhaja, da je Sodišče EU v večji meri potrdilo pristop k rabatom, kot ga uvaja Komisija v Navodilih Komisije. V primeru, ko se rabati presojajo kot zlorabe »po učinku«, bodo konkurenčni organi morali presojati omejevalni učinek rabatne sheme glede na »pravilo utemeljenosti«. Slednje pa je smiselno enako presoji izključevalnega učinka, kot ga določajo Navodila Komisije.<sup>293</sup> Prav tako pa je Sodišče EU potrdilo relevantnost testa enako učinkovitega konkurenta kot enega izmed kriterijev, na podlagi katerih se presojajo rabatne sheme.<sup>294</sup>

---

<sup>289</sup> Prav tam.

<sup>290</sup> Zadeva C-209/10, *Post Danmark proti Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2012:172, tč. 44.

<sup>291</sup> Petit, 9-10.

<sup>292</sup> Navodila Komisije, tč. 20.

<sup>293</sup> Prav tam, str. 20.

<sup>294</sup> Deschamps in Niels, str. 130.

## 7. SKLEP

Iz razlage sodne prakse izhaja, da so v okviru člena 102 PDEU zvestobni rabati kategorija, ki je po analogiji podobna prepovedim »po cilju« v smislu člena 101 PDEU. Rabati tretje kategorije pa so podobni tistim sporazumom, ki sicer omejujejo konkurenco »po cilju«, je pa to potrebno šele dokazati na podlagi analize vseh zadevnih okoliščin, zlasti rabatnih pogojev in konkretnih tržnih razmer na upoštevem trgu. Tak pristop je smiselno enak pristopu za presojo ali nek sporazum omejuje konkurenco »po cilju« v smislu člena 101 PDEU, ki ga je izoblikovalo Sodišče EU v zadevi *Groupement des cartes bancaires*. V skladu s slednjo je treba za preučitev, ali je sporazum med podjetji ali sklep podjetniškega združenja tako škodljiv, da se šteje za omejitev konkurence »po cilju« v smislu člena 101 PDEU, upoštevati vsebino njegovih določb, cilje, ki se želijo z njim doseči, ter pravni in ekonomski okvir, v katerega je umeščen. Pri presoji navedenega okvira je treba upoštevati tudi naravo zadevnega blaga in storitev ter dejanske pogoje delovanja in sestave zadevnega trga.<sup>295</sup>

V zadevi *Intel proti Komisiji* je Sodišče EU dokončno poenotilo pristop k rabatom s pristopom, ki se uporablja za omejevalne sporazume »po cilju«, kot jih pozna člen 101 PDEU. Zlasti je pomembna obrazložitev, da lahko prevladujoče podjetje izpodbije domnevo, da so zvestobni rabati v določenem pravnem in ekonomskem kontekstu zmožni že po svoji naravi omejevati konkurenco, če tekom upravnega postopka predloži nasprotno dokaze. Tako lahko dokaže, da je kvalifikacija zadevnega zvestobnega rabata kot *prima facie* omejitve konkurence »po cilju« napačna.

Pred zadevo *Intel proti Komisiji* je starejša sodna praksa zavzela stališče, da je razlog, da ni potrebno presojati učinkov rabatov na trg, ravno ta, da se šteje, da po svoji naravi zasledujejo protikonkurenčni cilj. Vendar pa ni dopuščala možnosti nasprotnega dokaza, zato je tak pristop še vedno imel značilnosti *per se* pristopa. Eden izmed temeljnih elementov ravnanj, ki so zlorabe »po cilju«, pa je ravno ta, da dopuščajo podjetjem, da lahko oporekajo razvrstitvi presojanega sporazuma v kategorijo zlorab »po cilju«. Povedano drugače, z dopustitvijo možnosti izpodbitja navedene domneve je Sodišče EU v zadevi *Intel proti Komisiji* dokončno poenotilo pristop k rabatom kot zlorabam »po cilju« v smislu člena 101 PDEU. V sled navedenemu je prva hipoteza – da je zadeva *Intel proti Komisiji* dokončno poenotila pristop k rabatom kot zlorabam »po cilju« v smislu člena 101 PDEU, potrjena.

Kadar podjetje uspešno izpodbije domnevo, da rabatna shema sodi med zlorabe »po cilju«, mora Komisija preučiti dejanske ali potencialne učinke rabata na izključitev enako učinkovitih konkurentov s trga, kar pa sovпада s pristopom k ravnanjem, ki so zlorabe »po učinku«. Z drugimi besedami, v primeru izpodbitja kvalifikacije Komisije,

---

<sup>295</sup> Zadeva C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) proti Evropski Komisiji*, ECLI:EU:C:2014:2204, tč. 53.

da zvestobni rabati ali rabati tretje kategorije sodijo med zlorabe »po cilju«, jih mora Komisija obravnavati kot zlorabe »po učinku«, na podlagi »pravila utemeljenosti«. V okviru tega pravila mora presoditi moč prevladujočega položaja podjetja na upoštevnom trgu, stopnjo pokritosti trga z očitanim ravnanjem, pogoje in okoliščine odobritve zadevnih rabatov, njihovo trajanje in njihov znesek ter presoditi morebiten obstoj strategije, katere namen je izriniti konkurente, ki so vsaj enako učinkoviti. Iz zahteve po preučitvi obstoja izključevalne strategije in dejstva, da je Sodišče EU povzdignilo varovanje enako učinkovitih konkurentov kot temeljno načelo člena 102 PDEU izhaja da je eno izmed orodij za presojo, ali ima rabatna shema učinek izključitve enako učinkovitih konkurentov test enako učinkovitega konkurenta. Prav ta pa tvori tudi metodološko jedro Navodil Komisije. »Pravilo utemeljenosti«, ki izhaja iz zadeve *Intel proti Komisiji*, pa je tudi smiselno enako splošnim merilom za določitev izključevalnih ravnanj iz Navodil Komisije. Glede na navedeno, je potrjena tudi druga hipoteza – da je v zadevi *Intel proti Komisiji* Sodišče EU potrdilo pristop Komisije k rabatom, izoblikovanim v Navodilih Komisije.

## 8. SEZNAM LITERATURE

### a) Literatura

#### Monografije

A. Jones in B. Sufrin, EU Competition Law: Texts, Cases and Materials, Oxford University Press 2016.

B. Frenz, Handbook of EU Competition Law, Springer, Heidelberg 2016.

E. Rouseva, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law. Hart Publishing, Portland 2010.

F. Enrique Gonzalez-Diaz in R. Snelders, EU Competition Law Volume V: Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU, Claeys & Casteels, Leuven 2013.

J. Faull in A. Nipkay, The EU Law of Competition, Oxford University Press, Oxford 2014.

M. Repas, Konkurenčno pravo v teoriji in praksi: Omejevalna ravnanja in nadzor koncentracij, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.

P. Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches, Hart Publishing, Oxford, 2012.

R. Wish in D. Bailey, Competition Law, Oxford University Press, Oxford 2015.

#### Članki

B. Sher, Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6 (2015), No. 4, str. 219-220.

D. Geradin, A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones, Vol. 32 (2009) World Competition, Issue 1, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1315292](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1315292).

D. Geradin, Loyalty Rebates After Intel: Time for the European Court of Justice to overrule Hofman-La Roche, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 11 (2015), No. 3, str. 579-615.

D. Sama, *Essays on Economic Analysis of Competition Law: Theory and Practice*, 2014, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2426815](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426815).

D. Sama, The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: in Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm, 2012, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2425100](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425100).

E. de Ghellinck, The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7 (2016), Issue 8, str. 544–548.

G. Colangelo in M. Maggolino, *Intel* and the Rebirth of the Economic Approach to EU Competition Law, 2018, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=3104850](https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3104850).

G. Faella, The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 4 (2008), Issue 2, str. 375–410.

G. L. Zampa in A. Di Gio, The Conundrum of Restrictions »by Object«: Rationale, Scope, Impact and a Proposal, *Italian Antitrust Review*, Vol. 2 (2015), No. 3, str. 13-44.

H. Zenger, Loyalty Rebates and the Competitive Process, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8 (2012), Issue 4, str. 717–768.

J. Clarke, The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?, *World Competition*, Vol. 40 (2017), Issue 2, str. 241–269.

J. Ruiz Calzado in A. Scordamaglia-Tousis, *Groupement des cartes bancaires*: Shedding Light on What is not a »by object« Restriction of Competition, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6 (2015), Issue 7, str. 495-498.

J. S. Venit, Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7 (2016), No. 3, str. 165-179.

J. S. Venit, The Judgement of the European Court of Justice in *Intel v Commission*: a procedural answer to a substantive question?, *European Competition Journal*, Vol. (2017), No. 2-3, str. 172-198.



K. Rokita, Exclusionary rebates: where are we after Post Danmark II and how did we get there?, *European Law Review*, Vol. 41 (2016), No. 6, str. 885-899.

L. Peeperkorn, Defining »by object« restrictions, *Concurrences*, No. 3-2015, str. 40-50.

M. Repas, Povprečni izogibni stroški kot izhodišče za analizo roparskih cen v konkurenčnem pravu EU, *Lexonomica: revija za pravo in ekonomijo*, Let. 4 (2012), št. 1, str. 1-24.

M. Repas, Vpliv ekonomskega pristopa na presojo vezanih in paketnih prodaj, *Lexonomica: revija za pravo in ekonomijo*, Letn. 3 (2011) št. 1, str. 3-40.

N. Petit, *Intel*, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU TFEU, 2015, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2567628](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2567628).

N. Petit, The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases, 2017, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3086402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3086402).

P. Behrens, The ordoliberal concept of "abuse" of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU, 2015, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2658045](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2658045).

P. Deschamps in G. Niels, The One Billion Euro Question for Intel: Moore's law or Murphy's Law?, 2018 *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9 (2018), Issue 2, str. 124-130.

P. I. Colomo, Appreciability and De Minimis in Article 102 TFEU, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7 (2016), Issue 10, str. 651-660.

P. I. Colomo, Beyond the »More Economics-Based Approach: « A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law, *Common Market Law Review*, Vol. 53 (2016), No. 3, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2755656](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755656).

P. I. Colomo, The Future of Article 102 TFEU after *Intel*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3125468](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125468).

P. I. Colomo, *Post Danmark II*: The Emergence of a Distinct »Effects-Based« Approach to Article 102 TFEU, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 7 (2016), Issue 2, str. 113-115.

P. Rey in S. J. Venit, An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils, Volume 38 (2015) World Competition, Issue 1, str. 3–29.

P.I. Colomo, *Intel* and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, 2014, URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2530878](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2530878).

R. Subiotto QC, D. R. Little, in R. Lepetska, The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9 (2018), Issue.7, str. 476–484.

S. Chan, Post Danmark II: per se unlawfulness of retroactive rebates granted by dominant undertakings, European Competition Law Review, Vol 37 (2016), No. 2, str. 43-51.

T. András, CJEU Judgement in Post Danmark II: Role of the Economic Evidence in Competition Cases, European Networks Law and Regulation Quarterly, Lexxion, Vol. 4 (2015), URL: <https://ssrn.com/abstract=2745794>.

Ž. Južnič, Kršitev po cilju ali po učinku – učinek sodbe v zadevi *Groupement des cartes bancaires*, Pravna Praksa, Let. 36 (2017), št. 30-31, str. II-VI.

## **b) Viri**

### **Sodbe**

Zadeva 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin proti Komisiji, ECLI:EU:C:1983:313.

Zadeva 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG proti Komisiji, ECLI:EU:C:1979:36.

Zadeva C-209/10, Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2012:172.

Zadeva C-23/14, Post Danmark A/S proti Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2015:651.

Zadeva C-29/83, CRAM proti Komisiji, ECLI:EU:C:1984:130.

Zadeva C-40/73, Suiker Unie in ostali proti Komisiji, ECLI:EU:C:1975:174.

Zadeva C-403/08, Football Association Premier League in drugi, ECLI:EU:C:2011:631.

Zadeva C-413/14 P, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:C:2017:632.

Zadeva C-549/10 P, Tomra in ostali proti Komisiji, ECLI:EU:C:2012:221.

Zadeva C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) proti Komisiji, ECLI:EU:C:2014:2204.

Zadeva C-8/08, T-Mobile Netherlands in ostali proti Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ECLI:EU:C:2009:343.

Zadeva C-95/04 P, British Airways plc proti Komisiji, ECLI:EU:C:2007:166.

Zadeva T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin proti Komisiji, ECLI:EU:T:2003:250.

Zadeva T-286/09, Intel proti Komisiji, ECLI:EU:T:2014:547.

## **Drugi viri**

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, URL: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

Obvestilo Komisije o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti (97/C 372/03), *OJ C 372, 9.12.1997, p. 5–13*.

Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi C-23/14, Post Danmark A/S proti Konkurrencerådet, z dne 21. 5. 2015, ECLI:EU:C:2015:343.

Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi C-8/08, T-Mobile Netherlands in ostali proti Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, z dne 19. 2. 2009, ECLI:EU:C:2009:110.

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca J. Mazaka v zadevi C-52/09, Konkurrentverket proti TeliaSonera, z dne 2. 9. 2010, ECLI:EU:C:2010:483.

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca M. Whateleta, v zadevi C-373/14 P, Toshiba proti Komisiji, z dne 25. 6. 2015, ECLI:EU:C:2015:427.

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi C-413/14 P, Intel proti Komisiji, z dne 20. 10. 2016, ECLI:EU:C:2016:788.

Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča

podjetja zlorablajo svoj položaj (Besedilo velja za EGP) (2009/C 45/02), /\*  
KOM/2008/0832 končno \*/.