



**SVET
EVROPSKE UNIJE**

**Bruselj, 18. februar 2009 (19.02)
(OR. en)**

**17065/1/08
REV 1**

RC 26

SPREMNI DOPIS

Pošiljatelj:	za generalnega sekretarja Evropske komisije: direktor Jordi AYET PUIGARNAU
Datum prejema:	9. februar 2009
Prejemnik:	generalni sekretar/visoki predstavnik Javier SOLANA
Zadeva:	SPOROČILO KOMISIJE Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj

Delegacije prejmejo priloženi dokument Komisije C(2009) 864 konč.

Delegacije naj ne upoštevajo dokumenta 17065/08 RC 26 (COM(2008) 832 konč.). Veljavna je le ta revidirana različica "Navodil glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj".

Priloga: C(2009) 864 konč.



KOMISIJA EVROPSKIH SKUPNOSTI

Bruselj, 9.2.2009
C(2009) 864 konč.

SPOROČILO KOMISIJE

**Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82
Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj
položaj**

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)

KAZALO

I.	Uvod.....	3
II.	Namen tega dokumenta.....	3
III.	Splošni pristop v zvezi z izključevalnim ravnanjem	4
A.	Tržna moč.....	4
a)	Tržni položaj prevladujočega podjetja in njegovih konkurentov	5
b)	Širitev ali vstop na trg.....	6
c)	Izravnalna kupna moč	7
B.	Omejevanje dostopa do trga, ki potrošnikom povzroča škodo („protikonkurenčno omejevanje dostopa“).	7
C.	Izključevalno ravnanje na podlagi cene	9
D.	Objektivna potrebnost in učinkovitost	11
IV.	Posebne oblike zlorabe.....	12
A.	Izključni sporazumi.....	12
a)	Izključna nabava	12
b)	Pogojni rabati.....	13
c)	Izboljšanje učinkovitosti	16
B.	Vezana in paketna prodaja	16
a)	Samostojni proizvodi	17
b)	Protikonkurenčno omejevanje dostopa na vezanem in/ali zavezujočem trgu.....	17
c)	Skupinski rabat za več proizvodov	18
d)	Izboljšanje učinkovitosti	19

C.	Oblikovanje oderuških cen.....	19
a)	Izguba.....	19
b)	Protikonkurenčno omejevanje dostopa.....	20
c)	Izboljšanje učinkovitosti	21
D.	Zavrnitev dobave in zmanjševanje marž.....	22
a)	Objektivna potrebnost vložka.....	24
b)	Odprava učinkovite konkurence	24
c)	Škoda potrošnikov	25
d)	Izboljšanje učinkovitosti	25

I. UVOD

1. Člen 82 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti („člen 82“) prepoveduje zlorabe prevladujočega položaja. V skladu s sodno prakso sam prevladujoči položaj podjetja ni nezakonit, takšno prevladujoče podjetje pa lahko konkurira na trgu na podlagi lastne uspešnosti. Vendar ima zadevno podjetje posebno odgovornost, da ne dovoli, da bi s svojim ravnanjem škodilo učinkoviti in neizkrivljeni konkurenci na skupnem trgu. Člen 82 je pravna podlaga za ključen element politike konkurence in njegovo učinkovito izvrševanje zagotavlja boljše delovanje trgov v korist podjetij in potrošnikov. To je še posebno pomembno v okviru širšega cilja vzpostavitve integriranega notranjega trga.

II. NAMEN TEGA DOKUMENTA

2. Ta dokument navaja prednostne naloge izvrševanja, v skladu s katerimi bo Komisija uporabljala člen 82 za izključevalna ravnanja prevladujočih podjetij. Sporočilo skupaj posebnimi odločbami Komisije o izvršitvi zagotavlja večjo jasnost in predvidljivost v zvezi s splošnim okvirjem analize, ki ga Komisija uporablja pri ugotavljanju, ali naj nadalje obravnava zadeve, ki se nanašajo na različne oblike izključevalnega ravnanja ter, da omogoči podjetjem, da bolje ocenijo, ali je verjetno, da bo zaradi določene oblike ravnanja Komisija ukrepala po členu 82.
3. Namen tega dokumenta ni, da bi bilo pravno besedilo, in ne vpliva na razlago člena 82 s strani Sodišča ali Sodišča prve stopnje Evropskih skupnosti. Poleg tega splošni okvir, opredeljen v tem dokumentu, ne vpliva na možnost Komisije, da zavrne pritožbo, če meni, da zadeva ni prednostna zaradi razloga pomanjkanja interesa Skupnosti.
4. Člen 82 se uporablja za podjetja, ki imajo prevladujoč položaj na enem ali več upoštevanih trgov. Takšen položaj ima lahko eno podjetje (posamezni prevladujoči položaj) ali dve ali več podjetij (skupinski prevladujoči položaj). Ta dokument se nanaša samo na zlorabe, ki jih povzroči podjetje s posameznim prevladujočim položajem.
5. Komisija se bo pri uporabi člena 82 za izključevalna ravnanja prevladujočih podjetij osredotočila na tiste vrste ravnanj, ki so za potrošnike najbolj škodljive. Konkurenca potrošnikom koristi z nizkimi cenami, boljšo kakovostjo in širšo izbiro novega ali izboljšanega blaga ter storitev. Komisija bo zato svoje izvrševanje usmerila na zagotavljanje, da trgi dobro delujejo in da imajo potrošniki koristi od učinkovitosti in produktivnosti, ki sta rezultat učinkovite konkurence med podjetji.
6. Komisija se pri svojih dejavnostih izvrševanja v zvezi z izključevalnim ravnanjem osredotoča na zaščito delovanja konkurence na notranjem trgu in na zagotavljanje, da podjetja s prevladujočim položajem ne izključijo svojih konkurentov na drugačen način kot s konkurenčnim delovanjem, ki temelji na uspešnosti njihovih proizvodov in storitev. Komisija pri tem upošteva tudi, da je dejansko pomembno učinkovito delovanje konkurence in ne le zaščita konkurentov. To lahko pomeni, da bodo konkurenti, ki glede na ceno, izbiro, kakovost in inovacije potrošnikom ponujajo manj, trg zapustili.

7. Tudi ravnanje, ki neposredno izkorišča potrošnike, na primer zaračunavanje čezmerno visokih cen ali določena ravnanja, ki spodkopavajo prizadevanja za doseganje integriranega notranjega trga, je lahko v nasprotju s členom 82. Komisija se lahko odloči, da bo ukrepala v zvezi s takšnim ravnanjem, zlasti če ni mogoče ustrezno zagotoviti varstva potrošnikov in ustreznega delovanja notranjega trga na drugačen način. Da bi oblikovala navodila glede prednostnih nalog izvrševanja, se Komisija na tej stopnji omejuje na izključevalna ravnanja, med njimi pa še zlasti na izključevalna ravnanja tistih vrst, ki so po njenih izkušnjah najpogostejša.
8. Pri uporabi splošnih načel izvrševanja, določenih v tem sporočilu, bo Komisija upoštevala posebna dejstva in okoliščine vsake zadeve. Pri zadevah, ki vključujejo regulirane trge, bo na primer pri ocenjevanju upoštevala posebno zakonodajno okolje¹. Komisija lahko zato prilagodi pristop iz tega sporočila, kakor je v danem primeru smiselno in primerno.

III. SPLOŠNI PRISTOP V ZVEZI Z IZKLJUČEVALNIM RAVNANJEM

A. Tržna moč

9. Pri uporabi člena 82 se najprej oceni, ali je podjetje v prevladujočem položaju in kolikšna je njegova tržna moč. V skladu s sodno prakso sam prevladujoči položaj zadevnemu podjetju nalaga posebno odgovornost, obseg te odgovornosti pa je treba obravnavati glede na posebne okoliščine vsake zadeve².
10. V okviru prava Skupnosti je prevladujoči položaj opredeljen kot položaj gospodarske moči, ki jo uživa podjetje in ki mu omogoča, da prepreči ohranitev učinkovite konkurence na upoštevnem trgu s tem, da mu omogoča, da ravna v precejšnji meri neodvisno od svojih konkurentov, strank in končno tudi od potrošnikov³. Ta pojem neodvisnosti je povezan s stopnjo konkurenčnega pritiska, ki mu je izpostavljeno zadevno podjetje. Pri prevladujočem položaju ta konkurenčni pritisk ni dovolj učinkovit in zato zadevno podjetje v daljšem obdobju uživa znatno tržno moč. To pomeni, da ukrepi in reakcije konkurentov, strank in nazadnje potrošnikov na odločitve podjetja večinoma ne vplivajo. Komisija lahko oceni, da učinkovitega konkurenčnega pritiska ni, tudi če ostaja še nekaj dejanske ali potencialne

¹ Glej na primer odstavek 82.

² Zadeva 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) proti Komisiji*, Recueil 1983, str. 3461, točka 57; zadeva T-83/91, *Tetra Pak proti Komisiji (Tetra Pak II)*, Recueil 1993, str. II-755, točka 114; zadeva T-111/96, *ITT Promedia proti Komisiji*, Recueil 1998, str. II-2937, točka 139; zadeva T-228/97, *Irish Sugar proti Komisiji*, Recueil 1999, str. II-2969, točka 112; in zadeva T-203/01, *Michelin proti Komisiji (Michelin II)*, Recueil 2003, str. II-4071, točka 97.

³ Glej zadevo 27/76, *United Brands Company in United Brands Continentaal proti Komisiji*, Recueil 1978, str. 207, točka 65; zadevo 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. proti Komisiji*, Recueil 1979, str. 461, točka 38.

konkurence⁴. Na splošno prevladujoči položaj nastane zaradi kombinacije več dejavnikov, ki ločeno niso nujno odločilnega pomena⁵.

11. Komisija meni, da podjetje, ki lahko v daljšem obdobju dobičkonosno poveča cene nad konkurenčno raven, ni izpostavljeno dovolj učinkovitemu konkurenčnemu pritisku in se lahko na splošno obravnava kot prevladujoče podjetje⁶. V tem sporočilu izraz „povišati cene“ pomeni moč, da se cene ohranijo nad konkurenčno ravno, uporablja pa se kot okrajšava za različne načine, na katere je mogoče vplivati na parametre konkurence, kot so cene, proizvodnja, inovacije, asortima ali kakovost blaga ali storitev, v korist prevladujočega podjetja in v škodo potrošnikov⁷.

12. Ocena prevladujočega položaja bo upoštevala konkurenčno strukturo trga in zlasti naslednje dejavnike:

- pritisk zaradi obstoječe dobave s strani dejanskih konkurentov in njihov položaj na trgu (tržni položaj prevladujočega podjetja in njegovih konkurentov),
- pritisk zaradi verjetne grožnje prihodnje širitve dejanskih konkurentov ali vstopa na trg potencialnih konkurentov (širitev in vstop na trg),
- pritisk zaradi pogajalske moči strank podjetja (izravnalna kupna moč).

a) *Tržni položaj prevladujočega podjetja in njegovih konkurentov*

13. Tržni deleži so za Komisijo koristni kot prvi znaki strukture trga in sorazmerne pomembnosti različnih podjetij, dejavnih na trgu⁸. Vendar bo Komisija pri razlagi tržnih deležev upoštevala ustrezne tržne pogoje, zlasti dinamiko trga in stopnjo diferenciranosti proizvodov. Pri nestabilnih ali ponudbenih trgih se lahko upošteva tudi gibanje ali razvoj tržnih deležev v določenem obdobju.

14. Komisija meni, da so manjši tržni deleži na splošno dober kazalec neobstoja velike tržne moči. Po izkušnjah Komisije ni verjetno, da bi imelo podjetje s tržnim deležem na upoštevem trgu, ki je manjši od 40 %, prevladujoč položaj. Vendar je mogoče tudi, da v posebnih primerih pod tem pragom konkurenti ne morejo izvajati učinkovitega pritiska na ravnanje prevladujočega podjetja, na primer, če imajo zelo omejene zmogljivosti. Komisija lahko obravnava tudi take zadeve.

⁴ Glej zadevo 27/76, *United Brands Company in United Brands Continentaal proti Komisiji*, Recueil 1978, str. 207, točke 113 do 121; zadevo T-395/94, *Atlantic Container Line in drugi proti Komisiji*, Recueil 2002, str. II-875, točka 330.

⁵ Zadeva 27/76, *United Brands in United Brands Continentaal proti Komisiji*, Recueil 1978, str. 207, točki 65 in 66; zadeva C-250/92, *Gøttrup-Klim in drugi Grovwareforeninger proti Dansk Landbrugs Grovvareselskab*, Recueil 1994, str. I-5641, točka 47; zadeva T-30/89, *Hilti proti Komisiji*, Recueil 1991, str. II-1439, točka 90.

⁶ Kaj pomeni „daljše obdobje“ bo odvisno od proizvoda in okoliščin na zadevnem trgu, sicer pa se običajno za dovolj dolgo obdobje štejeta dve leti.

⁷ Računovodska dobičkonosnost je lahko nezanesljivo merilo za uveljavljanje tržne moči. V zvezi s tem glej zadevo 27/76, *United Brands Company in United Brands Continentaal proti Komisiji*, Recueil 1978, str. 207, točka 126.

⁸ Zadeva 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. proti Komisiji*, Recueil 1979, str. 461, točke 39–41; zadeva C-62/86, *AKZO proti Komisiji*, Recueil 1991, str. I-3359, točka 60; zadeva T-30/89, *Hilti proti Komisiji*, Recueil 1991, str. II-1439, točke 90, 91 in 92; zadeva T-340/03, *France Télécom proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-107, točka 100.

15. Izkušnje kažejo, da se z višjim tržnim deležem in daljšim obdobjem, v katerem se ta delež ohranja, povečuje tudi verjetnost, da to pomeni pomemben predhodni kazalec obstoja prevladujočega položaja in v nekaterih okoliščinah možnih resnih učinkov zlorab, kar upravičuje ukrepanje Komisije po členu 82⁹. Vendar Komisija praviloma o morebitni obravnavi zadeve dokončno ne bo sklepala pred preučitvijo vseh dejavnikov, ki so dovolj pomembni, da bi lahko vplivali na ravnanje podjetja.

b) *Širitev ali vstop na trg*

16. Konkurenca je dinamičen proces in ocena konkurenčnega pritiska na podjetje ne more temeljiti samo na obstoječih tržnih razmerah. Prav tako je pomemben potencialni vpliv širitve dejanskih konkurentov ali vstopa na trg potencialnih konkurentov, vključno z grožnjo takšne širitve ali vstopa na trg. Podjetju se lahko prepreči, da bi povišalo cene, če je širitev ali vstop na trg verjeten, pravočasen in dovolj obsežen. Da bi Komisija širitev ali vstop na trg obravnavala kot verjeten, mora biti za konkurenta ali podjetje, ki vstopa na trg, dovolj dobičkonosen, pri tem pa se upoštevajo dejavniki, kot so ovire za širitev ali vstop na trg, verjeten odziv domnevno prevladujočega podjetja in drugih konkurentov ter tveganja neuspeha in s tem povezani stroški. Da bi bila širitev in vstop na trg pravočasna, morata biti dovolj hitra, da preprečita ali premagata pritisk velike tržne moči. Da bi bila širitev in vstop na trg dovolj obsežna, to ne more biti preprosto samo vstop v majhnem obsegu, kot na primer v določeno tržno nišo, ampak morata biti tako velika, da bosta lahko odvrnila vsak poskus, da bi domnevno prevladujoče podjetje na upoštevem trgu povišalo cene.
17. Ovir za širitev ali vstop na trg je lahko več vrst. Lahko so pravne ovire, kot so tarife ali kvote, ali pa prednosti, ki jih ima samo prevladujoče podjetje, kot je ekonomija obsega in povezanih proizvodov, privilegiran dostop do ključnih vložkov ali naravnih virov, pomembnih tehnologij¹⁰ ali uveljavljenega distribucijskega in prodajnega omrežja¹¹. Vključujejo lahko tudi stroške in druge ovire, ki izhajajo na primer iz mrežnih učinkov, s katerimi se srečujejo stranke, ko zamenjujejo dobavitelje. Tudi ravnanje samega prevladujočega podjetja lahko ustvarja ovire za vstop, na primer, če je izvedlo velike naložbe, ki bi jih posledično morali opraviti tudi novi udeleženci na trgu ali konkurenti¹², ali če je sklenilo dolgoročne pogodbe s svojimi strankami, ki imajo občutne učinke omejevanja dostopa do trga. Trajni visoki tržni deleži so lahko znak obstoja ovir za vstop in širitev.

⁹ Kar zadeva razmerje med stopnjo prevladujočega položaja in ugotavljanjem zlorab, glej združeni zadevi C-395/96 P in C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge in Dafra-Lines proti Komisiji*, Recueil 2000, str. I-1365, točka 119; zadevo T-228/97, *Irish Sugar proti Komisiji*, Recueil 1999, str. II-2969, točka 186.

¹⁰ Zadeva T-30/89, *Hilti proti Komisiji*, Recueil 1991, str. II-1439, točka 19.

¹¹ Zadeva 85/76, *Hoffmann-La Roche proti Komisiji*, Recueil 1979, str. 461, točka 48.

¹² Zadeva 27/76, *United Brands proti Komisiji*, Recueil 1978, str. 207, točka 91.

c) *Izravnalna kupna moč*

18. Konkurenčni pritisk lahko poleg dejanskih ali potencialnih konkurentov izvajajo tudi stranke. Celo podjetje z visokim tržnim deležem morda ne more delovati popolnoma neodvisno od strank z zadostno pogajalsko močjo¹³. Takšna izravnalna kupna moč je lahko posledica velikosti strank ali njihovega komercialnega pomena za prevladujoče podjetje in njihove zmožnosti, da hitro prestopijo h konkurenčnim dobaviteljem, spodbudijo nov vstop na trg ali se vertikalno integrirajo ter prepričljivo grozijo, da bodo to storile. Če je ta izravnalna moč dovolj velika, lahko prepreči ali spodbudi poskus podjetja, da bi dobičkonosno povišalo cene. Vendar kupna moč ne more pomeniti dovolj učinkovitega pritiska, če zagotavlja samo, da je posamezni ali omejeni segment strank zaščiten pred tržno močjo prevladujočega podjetja.

B. Omejevanje dostopa do trga, ki potrošnikom povzroča škodo („protikonkurenčno omejevanje dostopa“)

19. Cilj dejavnosti Komisije na področju izvrševanja v zvezi z izključevalnim ravnanjem je zagotoviti, da prevladujoča podjetja ne škodijo učinkoviti konkurenci zaradi protikonkurenčnega omejevanja dostopa svojim konkurentom in tako škodljivo vplivajo na blaginjo potrošnikov, pa naj bo to v obliki visokih ravni cen, ki bi se sicer vzpostavile, ali v kakšni drugi obliki, kot je omejevanje kakovosti ali zmanjševanje izbire potrošnikov. V tem dokumentu se izraz „protikonkurenčno omejevanje dostopa“ uporablja za opis stanja, v katerem je dejanskim ali potencialnim konkurentom oviran ali preprečen učinkovit dostop do ponudbe ali trgov zaradi ravnanja prevladujočega podjetja, pri čemer je verjetno, da lahko prevladujoče podjetje dobičkonosno povišuje cene¹⁴ v škodo potrošnikov. Opredelitev morebitne škode za potrošnike je lahko odvisna od kvalitativnih in, kadar je mogoče in ustrezno, kvantitativnih dokazov. Komisija bo takšno protikonkurenčno omejevanje dostopa preučila na vmesni ravni ali na ravni končnih potrošnikov, ali na obeh ravneh¹⁵.
20. Praviloma bo Komisija na podlagi člena 82 ukrepala, če je na podlagi tehtnih in prepričljivih dokazov verjetno, da bo domnevna zloraba privedla do protikonkurenčnega omejevanja dostopa do trga. Pri taki oceni Komisija meni, da so na splošno pomembni naslednji dejavniki:
- *položaj prevladujočega podjetja*: na splošno močnejši prevladujoči položaj pomeni, da je tudi bolj verjetno, da bo ravnanje, ki ščiti ta položaj, povzročilo protikonkurenčno omejevanje dostopa,

¹³ Glej zadevo T-228/97, *Irish Sugar proti Komisiji*, Recueil 1999, str. II-2969, točke 97 do 104, v kateri je Sodišče prve stopnje presojalo, ali bi bilo treba domnevno odvisnost podjetja glede na njegove stranke obravnavati kot izjemno okoliščino, zaradi česar ni mogoče sklepati, da je podjetje v prevladujočem položaju, kljub dejstvu, da je imelo na trgu industrijskega sladkorja na Irskem zelo velik delež evidentirane prodaje.

¹⁴ Izraz „povišati cene“ je pojasnjen v odstavku 11.

¹⁵ Pojem „potrošniki“ zajema vse neposredne in posredne uporabnike proizvodov, ki jih prizadene ravnanje, vključno z vmesnimi proizvajalci, ki uporabljajo proizvode kot vložke, ter distributerji in končnimi potrošniki neposrednih proizvodov in proizvodov vmesnih proizvajalcev. Kadar so vmesni uporabniki dejanski ali potencialni konkurenti prevladujočega podjetja, se ocena osredotoča na učinke ravnanja na uporabnike nižje v verigi prodajnih trgov.

- *pogoji na upoštevнем trgu*: to vključuje pogoje vstopa in širitve, na katere vplivajo ekonomija obsega in/ali razpona ter mrežni učinki. Pri ekonomiji obsega je treba omeniti, da je manj verjetno, da bodo konkurenti vstopili na trg ali ostali na njem, če prevladujoče podjetje omeji dostop do velikega dela upoštevneга trga. Podobno lahko prevladujoče podjetje s svojim ravnanjem trg, za katerega so značilni mrežni učinki, „prevesi“ v svojo korist ali še bolj utrdi svoj položaj na takšnem trgu. Poleg tega je lahko premagovanje morebitnega omejevanja dostopa do trga z vertikalnim povezovanjem za konkurente drago, če so višje in/ali nižje v verigi prodajnih oziroma proizvodnih trgov vstopne ovire velike,
- *položaj konkurentov prevladujočega podjetja*: tu gre med drugim za pomembnost konkurentov pri ohranjanju učinkovite konkurence. Posamezni konkurent ima lahko pomembno konkurenčno vlogo, če ima v primerjavi z ostalimi konkurenti samo majhen tržni delež. Lahko je na primer največji konkurent prevladujočemu podjetju, še posebej inovativni konkurent ali velja za konkurenta, ki sistematsko znižuje cene. Komisija lahko v svoji oceni na podlagi razpoložljivih informacij v ustreznih zadevah tudi prouči, ali obstajajo realistične, učinkovite in pravočasne nasprotnе strategije, za katere je verjetno, da jih bodo konkurenti uporabili,
- *položaj strank ali dobaviteljev vložkov*: to lahko vključuje razmislek o morebitni selektivnosti zadevnega ravnanja. Prevladujoče podjetje lahko svoje ravnanje usmeri samo na določene stranke ali dobavitelje vložkov, ki so lahko še posebej pomembni za vstop ali širitev konkurentov, s čimer se povečuje verjetnost protikonkurenčnega omejevanja dostopa¹⁶. Te stranke so lahko na primer tiste, za katere je najbolj verjetno, da bi se odzvale na ponudbe drugih dobaviteljev, distribuirale proizvod na poseben način, ki bi bil primeren za novega udeleženca na trgu, bile prisotne na območju, na katerem so dobre možnosti za vstop na trg, ali bi lahko vplivale na ravnanje drugih strank. V primeru dobaviteljev vložkov je mogoče, da se bodo na povpraševanje strank, ki so konkurenti prevladujočemu podjetju na trgu nižje v prodajni verigi, najverjetneje odzvali tisti dobavitelji, s katerimi je prevladujoče podjetje sklenilo izključne dogovore o dobavi, ali pa tisti, ki lahko proizvedejo kategorijo proizvoda – ali proizvajajo na določeni lokaciji – ki je za novega udeleženca na trgu še posebej ugodna. Preučilo se bo tudi vse strategije, na voljo strankam ali dobaviteljem vložkov, ki bi jim lahko pomagale kljubovati ravnanju prevladujočega podjetja,
- *obseg domnevnih zlorab*: na splošno velja, da je pri višjih odstotkih skupne prodaje na upoštevнем trgu, ki jo prizadene ravnanje, daljšem trajanju in večji pogostosti uporabe tega ravnanja večji tudi verjetni učinek omejevanja dostopa,
- *mogoči dokazi dejanskega omejevanja dostopa*: če je takšno ravnanje trajalo dovolj dolgo, se lahko kot neposredni dokaz glede protikonkurenčnega omejevanja dostopa obravnava uspešnost prevladujočega podjetja in njegovih konkurentov na trgu. Zaradi vzrokov, ki jih lahko pripišemo domnevnim zlorabam, se je lahko povečal tržni delež prevladujočega podjetja ali upočasnilo njegovo zmanjšanje. Zaradi podobnih vzrokov se je lahko močno zmanjšala pomembnost dejanskih konkurentov ali pa so ti iz trga izstopili, potencialni konkurenti pa so lahko poskušali vstopiti na trg in niso bili uspešni,

¹⁶

Zadeva T-228/97, *Irish Sugar proti Komisiji*, Recueil 1999, str. II-2969, točka 188.

- *neposredni dokazi vseh izključevalnih strategij*: to vključuje notranje dokumente, ki vsebujejo neposredne dokaze strategije izključevanja konkurentov, kot je podroben načrt za sodelovanje pri določenih ravnanjih, da bi izključili konkurenta, preprečili vstop na trg ali vzpostavitev trga, in dokaze konkretnih groženj izključevalskih dejavnosti. Takšni neposredni dokazi so lahko koristni pri razjasnjevanju ravnanja prevladujočega podjetja.
21. Pri obravnavanju zadeve bo Komisija analizirala zgoraj omenjene splošne dejavnike, bolj specifične dejavnike, opisane spodaj v oddelkih, ki opisujejo nekatere vrste izključevalnega ravnanja, in po svoji presoji tudi druge ustrezne dejavnike. Ta ocena bo na splošno pripravljena na podlagi primerjave dejanskega ali verjetnega prihodnjega položaja na upoštevem trgu (pod vplivom ravnanja prevladujočega podjetja) z ustreznim hipotetičnim scenarijem, v katerem zadevnega ravnanja ne bi bilo, ali z drugim realističnim alternativnim scenarijem, pripravljenim ob upoštevanju uveljavljenih poslovnih praks.
 22. Komisiji v nekaterih okoliščinah ni treba izvesti podrobne ocene, da bi lahko ugotovila, da bo zadevno ravnanje potrošnikom verjetno škodilo. Če se zdi, da ravnanje lahko samo ovira konkurenco in ni učinkovito, se lahko sklepa, da ima protikonkurenčen učinek. To bi se lahko zgodilo v primeru, če bi prevladujoče podjetje preprečilo svojim strankam, da preskušajo proizvode konkurentov, ali bi svojim strankam dalo finančne spodbude pod pogojem, da ne preskušajo takšnih proizvodov, ali bi plačalo distributerju ali stranki, da odloži distribucijo proizvoda konkurenta.

C. Izključevalno ravnanje na podlagi cene

23. Premisleki v odstavkih 23 do 27 se nanašajo na izključevalno ravnanje na podlagi cene. Živahna cenovna konkurenca na splošno potrošnikom koristi. Da bi preprečila protikonkurenčno omejevanje dostopa do trga, bo Komisija običajno ukrepala samo, če lahko zadevno ravnanje ovira konkurenčno delovanje konkurentov, ki naj bi bili tako učinkoviti kot prevladujoče podjetje, ali če je takšno ravnanje konkurenčno delovanje konkurentov že oviralo¹⁷.
24. Vendar Komisija priznava, da lahko v nekaterih okoliščinah tudi manj učinkovit konkurent izvaja pritisk, ki bi ga bilo treba upoštevati pri presoji, ali posamezno ravnanje na podlagi cene povzroča protikonkurenčno omejevanje dostopa do trga. Komisija bo ta pritisk obravnavala z več vidikov, pri čemer bo upoštevala, da bi takšen konkurent brez zlorab na trgu lahko imel določene prednosti v zvezi s povpraševanjem, kakor so mrežni učinki in učinki učenja, kar bo verjetno povečalo njegovo učinkovitost.

¹⁷ Zadeva 62/86, *AKZO Chemie proti Komisiji*, Recueil 1991, str. I-3359, točka 72; Sodišče Evropskih skupnosti je v zvezi z oblikovanjem cen pod povprečnimi skupnimi stroški (PSS) navedlo: „*Takšne cene lahko iz trga izpodrinejo podjetja, ki so lahko tako učinkovita kot prevladujoča podjetja, vendar ki zaradi svojih manjših finančnih virov ne morejo kljubovati svoji konkurenci.*“ Glej tudi sodbo z dne 10. aprila 2008 v zadevi T-271/03, *Deutsche Telekom proti Komisiji*, še neobjavljeno, točka 194.

25. Da bi Komisija ugotovila, ali je verjetno, da bi bil celo hipotetičen konkurent, ki bi bil tako učinkovit kot prevladujoče podjetje, izključen s trga zaradi zadevnega ravnanja, bo preučila gospodarske podatke v zvezi s cenami stroškov in prodaje ter zlasti, ali prevladujoče podjetje oblikuje cene, nižje od stroškov. Zato je treba imeti na voljo dovolj zanesljive podatke. Kadar bodo na voljo, bo Komisija uporabila podatke o stroških iz prevladujočega podjetja. Če o teh stroških ni na voljo zanesljivih podatkov, se lahko Komisija odloči, da bo uporabila podatke o stroških konkurentov ali druge primerljive zanesljive podatke.
26. Merila stroškov, ki jih bo Komisija verjetno uporabljala, so povprečni izogibni stroški (PIS) in dolgoročni povprečni mejni stroški (DPMS)¹⁸. Če prevladujoče podjetje ne more pokriti PIS, pomeni, da se kratkoročno odreka dobičku in da ciljnim strankam kot enako učinkoviti konkurent ne more zagotavljati storitev brez izgube. DPMS so običajno višji od PIS, ker v nasprotju s PIS (ki vključuje samo stalne stroške, če so nastali v obdobju, ki se preučuje), DPMS vključujejo stalne stroške posameznega proizvoda, nastale pred obdobjem domnevne zlorabe. Če prevladujoče podjetje ne more pokriti DPMS, pomeni, da ne krije vseh (ustreznih) stalnih stroškov proizvodnje zadevnega blaga ali storitev in da bi se lahko enako učinkovitemu podjetju omejil dostop do trga¹⁹.
27. Če podatki jasno navajajo, da lahko enako učinkovit konkurent učinkovito konkurira oblikovanju cen prevladujočega podjetja, bo Komisija načeloma sklepala, da oblikovanje cen prevladujočega podjetja verjetno ne bo imel škodljivega učinka na učinkovito konkurenco in tako na potrošnike ter zato ni verjetno, da bo ukrepala. Če pa nasprotno podatki kažejo, da lahko cena, ki jo zaračunava prevladujoče podjetje, potencialno omeji dostop do trga enako učinkovitim konkurentom, potem bo Komisija to ob upoštevanju drugih ustreznih kvantitativnih in/ali kvalitativnih dokazov vključila v splošno oceno protikonkurenčnega omejevanja dostopa (glej oddelek B zgoraj).

¹⁸ Povprečni izogibni stroški so povprečje stroškov, ki bi se jim podjetje lahko izognilo, če ne bi proizvedlo določene količine (dodatnih) proizvodov, v tem primeru količine, ki naj bi bila predmet zlorabe. V večini primerov bodo PIS in povprečni spremenljivi stroški (PSS) enaki, ker se je pogosto mogoče izogniti samo spremenljivim stroškom. Dolgoročni povprečni mejni stroški so povprečje vseh (spremenljivih in stalnih) stroškov, ki nastanejo v podjetju pri proizvodnji določenega proizvoda. DPMS in povprečni skupni stroški (PSS) so dobri kazalci drug za drugega in so enaki pri podjetjih, ki proizvajajo samo en proizvod. Če imajo podjetja, ki proizvajajo več proizvodov, ekonomije razpona, bi bili DPMS vsakega posameznega proizvoda pod PSS, ker se pri DPMS dejanski skupni stroški ne upoštevajo. Če gre za več proizvodov, se vsi stroški, ki bi se jim lahko izognili, če ne bi proizvedli posameznega proizvoda ali vrste proizvodov, ne obravnavajo kot skupni stroški. Kadar so skupni stroški veliki, se jih po potrebi upošteva pri oceni zmožnosti podjetja, da omejuje dostop enako učinkovitim konkurentom.

¹⁹ Da bi lahko uporabili ta stroškovna merila, bi bilo prav tako treba upoštevati prihodke in stroške prevladujočega podjetja ter njegovih konkurentov v širšem kontekstu. Lahko se izkaže, da ni dovolj oceniti le, ali cena ali prihodki pokrivajo stroške zadevnega proizvoda, ampak je lahko potrebno upoštevati tudi mejne prihodke, če zadevno ravnanje prevladujočega podjetja negativno vpliva na njegove prihodke na ostalih trgih ali od ostalih proizvodov. Podobno je lahko pri dvostranskih trgih potrebno, da se prihodke in stroške obeh strani obravnava hkrati.

D. Objektivna potrebnost in učinkovitost

28. Pri izvrševanju člena 82 namerava Komisija preučiti tudi trditve, ki jih predložijo prevladujoča podjetja, da je njihovo ravnanje upravičeno²⁰. Prevladujoče podjetje lahko v zahtevku dokaže, da je bilo njegovo ravnanje objektivno potrebno, ali, da je posledica njegovega ravnanja bistveno večja učinkovitost, ki pretehta kakršne koli protikonkurenčne učinke na potrošnike. Komisija bo v tem okviru ocenila, ali je zadevno ravnanje nujno in sorazmerno s ciljem, ki naj bi ga prevladujoče podjetje poskušalo doseči.
29. O vprašanju, ali je ravnanje objektivno potrebno in sorazmerno, je treba odločati na podlagi zunanjih dejavnikov, ki se ne nanašajo na prevladujoče podjetje. Izključevalno ravnanje bi se lahko na primer obravnavalo kot objektivno potrebno iz zdravstvenih ali varnostnih razlogov, ki so povezani z značilnostmi zadevnega proizvoda. Vendar je treba pri vsakem dokazovanju, ali je tako ravnanje objektivno potrebno, upoštevati, da je določanje in uveljavljanje javnih zdravstvenih in varnostnih standardov običajno naloga javnih organov. Prevladujoče podjetje ni odgovorno za to, da bi si na lastno pobudo prizadevalo izključiti proizvode, za katere upravičeno ali neupravičeno meni, da so nevarni ali slabši od njegovih lastnih proizvodov²¹.
30. Komisija meni, da lahko prevladujoče podjetje prav tako upraviči ravnanje, s katerim konkurentom omejuje dostop, na podlagi večje učinkovitosti, pri čemer mora biti ta dovolj velika, da bi na koncu to ravnanje kakor koli škodovalo potrošnikom. V tem okviru mora prevladujoče podjetje na splošno z dovolj veliko stopnjo verjetnosti in na podlagi preverljivih dokazov pokazati, da so izpolnjeni naslednji kumulativni pogoji²²:
- večja učinkovitost je ali bo verjetno dosežena kot posledica ravnanja. Pri tem se upošteva na primer tehnične izboljšave kakovosti blaga ali zmanjšanje stroškov proizvodnje ali distribucije,
 - ravnanje je nujno za doseganje te večje učinkovitosti: za doseganje enakega izboljšanja učinkovitosti ne sme biti nobenih drugih možnosti ravnanja, ki bi manj omejevale konkurenco,
 - morebitna izboljšanja učinkovitosti, nastala zaradi zadevnega ravnanja, odtehtajo vse morebitne negativne učinke na konkurenco in blaginjo potrošnikov na prizadetih trgih,

²⁰ Glej zadevo 27/76, *United Brands proti Komisiji*, Recueil 1978, str. 207, točka 184; zadevo 311/84, *Centre Belge d'études de marché – Télémaking (CBEM) proti Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) in Information publicité Benelux (IPB)*, Recueil 1985, str. 3261, točka 27; zadevo T-30/89, *Hilti proti Komisiji*, Recueil 1991, str. II-1439, točke 102–119; zadevo T-83/91, *Tetra Pak International proti Komisiji (Tetra Pak II)*, Recueil 1994, str. II-755, točki 136 in 207; zadevo C-95/04 P, *British Airways proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. I-2331, točki 69 in 86.

²¹ Glej na primer zadevo T-30/89, *Hilti proti Komisiji*, Recueil 1991, str. II-1439, točke 118–119; zadevo T-83/91, *Tetra Pak International proti Komisiji (Tetra Pak II)*, Recueil 1994, str. II-755, točke 83, 84 in 138.

²² Glej v drugem kontekstu člena 81, Sporočilo Komisije – Obvestilo – Smernice o uporabi člena 81(3) Pogodbe (UL C 101, 27.4.2004, str. 97).

- ravnanje ne izključuje učinkovite konkurence, saj ne odpravlja vseh ali večine obstoječih virov dejanske ali potencialne konkurence. Konkurenčnost med podjetji je bistveno gonilo gospodarske učinkovitosti, vključno z dinamičnim izboljšanjem učinkovitosti v obliki inovacij. Brez te konkurenčnosti prevladujoče podjetje ne bo imelo dovolj spodbud, da bi še naprej dosegalo večjo učinkovitost in jo prenašalo na druge. Če ni preostale konkurence in nobene predvidene grožnje vstopa na trg, zaščita konkurenčnosti in konkurenčnega procesa pretehta morebitno doseganje večje učinkovitosti. Po mnenju Komisije izključevalnega ravnanja, ki ohranja, ustvarja ali krepi tržni položaj, ki se približuje monopolu, običajno ni mogoče upravičiti z razlogom, da dosega tudi večjo učinkovitost.

31. Prevladujoče podjetje mora zagotoviti vse potrebne dokaze, iz katerih je razvidno, da je zadevno ravnanje objektivno utemeljeno. Nato mora Komisija podati svojo končno oceno, ali zadevno ravnanje ni objektivno potrebno ter ali je glede na presojo vseh očitnih protikonkurenčnih učinkov na eni strani in kakršnih koli predloženih in utemeljenih postopkov za doseganje večje učinkovitosti na drugi verjetno, da bo škodilo potrošnikom.

IV. POSEBNE OBLIKE ZLORABE

A. Izključni sporazumi

32. Prevladujoče podjetje lahko poskuša svojim konkurentom omejiti dostop do trga tako, da jih z uporabo obveznosti izključne nabave ali rabatov, kar skupaj imenujemo izključni sporazumi, ovira pri njihovi prodaji strankam²³. Ta oddelek opredeljuje okoliščine, za katere je najbolj verjetno, da bodo Komisijo spodbudile k ukrepanju v zvezi z izključnimi sporazumi, ki so jih sklenila prevladujoča podjetja.

a) Izključna nabava

33. Obveznost izključne nabave nalaga stranki na posameznem trgu, da kupuje izključno ali večinoma samo od prevladujočega podjetja. Nekatere druge obveznosti, kot so zahteve glede zalog, za katere se zdi, da izključna nabava ni potrebna, lahko imajo v praksi isti učinek²⁴.
34. Da bi prepričalo kupce za izključno nabavo je lahko prevladujoče podjetje obvezano, da jim v celoti ali deloma nadomesti škodo, ki jo imajo pri izpadu konkurence zaradi izključnosti. Če se ta škoda nadomesti, je lahko posameznim strankam v interesu, da s prevladujočim podjetjem sklenejo dogovore glede obveznosti izključne nabave. Vendar bi bilo napačno, če bi zaradi tega samodejno sklepali, da so na splošno vse izključne nabavne obveznosti skupaj za vse stranke koristne, vključno s tistimi

²³ Pojem izključnih sporazumov zajema tudi obveznosti izključne dobave ali spodbude z istim učinkom, pri čemer prevladujoče podjetje svojim konkurentom poskuša omejiti dostop do trga tako, da jih ovira pri nakupu od dobaviteljev. Komisija meni, da takšno omejevanja dostopa do vložkov načeloma lahko vodi k nekonkurenčnemu omejevanju dostopa do trga, če obveznosti izključne nabave ali spodbude za izključno nabavo zavezujejo večino učinkovitih dobaviteljev vložkov, stranke, ki konkurirajo prevladujočemu podjetju, pa ne morejo najti učinkovitih alternativnih virov nabave vložkov.

²⁴ Zadeva T-65/98, *Van den Bergh Foods proti Komisiji*, Recueil 2003, str. II-4653. Stališče sodišča v tej zadevi glede obveznosti uporabe hladilnih naprav izključno za proizvode prevladujočega podjetja je bilo, da s tem nastajajo izključna prodajna mesta.

strankami, ki trenutno ne kupujejo od prevladujočega podjetja, in za končne potrošnike. Komisija se bo osredotočila na tiste zadeve, pri katerih je verjetno, da ne bodo koristile vsem potrošnikom. To bo veljalo še zlasti, če je veliko kupcev, obveznosti izključne nabave prevladujočega podjetja, če jih obravnavamo v celoti, pa bi imele učinek preprečevanja vstopa ali širitve konkurenčnih podjetij.

35. Poleg dejavnikov, omenjenih v odstavku 20, bodo na splošno pri odločanju, ali bo Komisija ukrepala zoper sporazume izključne nabave, še posebej pomembni dejavniki, navedeni v nadaljevanju.
36. Obveznosti izključne nabave lahko še zlasti povzročajo protikonkurenčno omejevanje dostopa, če konkurenti, ki še niso prisotni na trgu, ko se sklepajo obveznosti, ali ki ne morejo konkurirati za zagotavljanje celotne ponudbe strankam, brez teh obveznosti izvajajo velik konkurenčen pritisk. Konkurenti ne morejo tekmovati pri zagotavljanju celotnega povpraševanja posameznega potrošnika, ker je prevladujoče podjetje neizogibni trgovinski partner vsaj za del povpraševanja na trgu, ker je na primer njegova blagovna znamka „izdelek, ki ga je treba imeti“ in je priljubljena pri veliko končnih potrošnikih ali ker so omejitve zmogljivosti drugih dobaviteljev takšne, da lahko del povpraševanja zagotovi samo prevladujoči dobavitelj²⁵. Če lahko konkurenti enakovredno tekmujejo za celotno povpraševanje vsakega posameznega potrošnika, na splošno ni verjetno, da bi obveznosti izključne nabave ovirale učinkovito konkurenco, razen če se strankam oteži menjavanje dobaviteljev zaradi trajanja obveznosti izključne nabave. Na splošno se z daljšanjem trajanja obveznosti povečuje tudi verjetnost, da bo povzročen učinek omejevanja dostopa. Če pa je prevladujoče podjetje neizogibni trgovinski partner za vse ali večino strank, lahko že kratkotrajna obveznost izključne nabave povzroči protikonkurenčno omejevanje dostopa.

b) Pogojni rabati

37. Pogojni rabati so rabati, ki se odobrijo strankam, da se jih nagradi za posebno obliko nabavnega vedenja. Običajna vrsta pogojnega rabata je, da se stranki da rabat, če njeni nakupi v določenem referenčnem obdobju presegajo določeno mejno vrednost, pri čemer se rabat odobri za vse nakupe (retroaktiven rabat) ali samo za tiste nakupe, ki so bili opravljeni, ko je bila mejna vrednost že dosežena (progresiven rabat). Pogojni rabati niso neobičajna praksa. Podjetja lahko ponujajo takšne rabate, da bi privabila več povpraševanja, in v tem smislu lahko spodbudijo povpraševanje in koristijo potrošnikom. Vendar lahko nastajajo zaradi takšnih rabatov, če jih odobri prevladujoče podjetje, dejanski ali potencialni učinki omejevanja dostopa, podobni obveznostim izključne nabave. Pogojni rabati lahko imajo takšne učinke, ne da bi zaradi tega prevladujoče podjetje tudi kaj izgubilo²⁶.
38. Poleg dejavnikov, ki so že bili omenjeni v odstavku 20, so za Komisijo pri ugotavljanju, ali je verjetno, da bo zadevni sistem pogojnih rabatov povzročil protikonkurenčno omejevanje dostopa in bo zato vključen v prednostne naloge izvrševanja Komisije, dejavniki, navedeni v nadaljevanju, še posebej pomembni.

²⁵ Zadeva T-65/98, *Van den Bergh Foods proti Komisiji*, Recueil 2003, str. II-4653, točki 104 in 156.

²⁶ V tem pogledu se ocena pogojnih rabatov razlikuje od oblikovanja oderuških cen, pri katerem gre vedno tudi za izgubo.

39. Kakor pri obveznostih izključne nabave, se tudi tu verjetnost protikonkurenčnega omejevanja dostopa povečuje, kadar konkurenti ne morejo enakovredno tekmovati za celotno povpraševanje vsake posamezne stranke. Pogojni rabat, ki ga odobri prevladujoče podjetje, lahko takemu podjetju omogoči, da uporabi „stalni“ del povpraševanja vsake stranke (torej količino, ki bi jo stranka od prevladujočega podjetja kupila v vsakem primeru) kot vzvod za znižanje cene, ki jo je treba plačati za „spremenljivi“ del povpraševanja (torej količino, za katero bi stranka rajši poiskala nadomestek, ki bi ji bil na voljo)²⁷.
40. Na splošno lahko retroaktivni rabati zelo omejijo dostop do trga, ker je zaradi njih za stranke kupovanje manjših količin njihovega povpraševanja pri drugemu dobavitelju manj privlačno, če bi zaradi tega izgubile retroaktivne rabate²⁸. Potencialni učinek omejevanja dostopa pri retroaktivnih rabatih je načeloma najmočnejši pri nakupu zadnje enote proizvoda, preden se preseže mejna vrednost. Vendar Komisija meni, da pri oceni krepitve učinka zvestobe v zvezi z rabatom ni pomemben samo učinek na konkurenco pri zagotavljanju zadnje posamezne enote, ampak tudi učinek omejevanja dostopa v zvezi z rabatnim sistemom na (dejanske ali potencialne) konkurente prevladujočega dobavitelja. Čim višja sta delež rabata glede na celotno ceno in mejna vrednost, tem večjo spodbudo to pomeni pod to mejno vrednostjo ter zato tudi večjo verjetnost, da se bo dejanskim ali potencialnim konkurentom omejil dostop.
41. Komisija namerava pri uporabi metodologije, razložene v odstavkih 23 do 27, preučiti, v kolikor ima na voljo zanesljive podatke, ali lahko rabatni sistem omeji širitev ali vstop na trg tudi enako učinkovitim konkurentom, ker jim otežuje dobavo dela povpraševanja posameznih strank. Komisija bo v tem okviru ocenila, kakšno ceno bi moral ponuditi konkurent, da bi stranki nadomestil izgubo pogojnega rabata, če bi ta stranka del svojega povpraševanja („ustrezna količina“) prenehala kupovati pri prevladujočem podjetju. Dejanska cena, s katero bo moral tekmovati konkurent, ni povprečna cena prevladujočega podjetja, ampak običajna cena (po ceniku), ki se ji odšteje rabat, ki ga stranka izgubi pri menjavi dobaviteljev, izračunana za ustrezne prodajne količine in ustrezno obdobje. Komisija bo upoštevala, da so lahko zaradi nekaterih nezanesljivih dejavnikov pri analizi te vrste mogoča določena odstopanja.
42. Ustrezna količina, za katero se izračuna dejanska cena v posameznem primeru, je odvisna od posebnih značilnosti vsakega primera in od tega, ali je rabat progresiven ali retroaktiven. Pri progresivnih rabatih se za ustrezno količino običajno upošteva nakupe nad mejno vrednostjo. Na splošno je za preučitev retroaktivnih rabatov pomembno oceniti, koliko povpraševanja stranke je v posebnem tržnem okviru realistično mogoče nadomestiti pri konkurentu („spremenljivi delež“ ali „spremenljivi del“). Če je verjetno, da bodo stranke pripravljene in bodo lahko za velike količine svojega povpraševanja sorazmerno hitro našle (potencialne) konkurente, bo predvidoma ustrezna količina sorazmerno velika. Če pa je verjetno, da bodo stranke želele ali bodo lahko pri konkurentih postopoma nadomestile majhne količine svojega povpraševanja, bo ustrezna količina sorazmerno majhna. Za

²⁷ Glej zadevo T-203/01, *Michelin proti Komisiji (Michelin II)*, Recueil 2003, str. II-4071, točke 162 in 163. Glej tudi zadevo T-219/99, *British Airways proti Komisiji*, Recueil 2003, str. II-5917, točki 277 in 278.

²⁸ Zadeva 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin proti Komisiji (Michelin I)*, Recueil 1983, str. 3461, točke 70 do 73.

obstoječe konkurente so tudi njihova zmožnost širjenja prodaje strankam in nihanja v tej prodaji v določenem obdobju kazalci ustrezne količine. Za potencialne konkurente, se lahko, kadar je mogoče, oceni tržni delež, ki bi ga lahko realistično imel nov udeleženec na trgu. Možno je, da se kot kazalec realističnega tržnega deleža novega udeleženca na trgu upošteva vzorec rasti novih udeležencev na istem ali podobnih trgih v preteklem obdobju²⁹.

43. Čim nižja je ocenjena dejanska cena za ustrezno količino v primerjavi s povprečno ceno prevladujočega dobavitelja, močnejši je učinek krepitve zvestobe. Vendar kakor dolgo dejanska cena ostaja dosledno nad DPMS prevladujočega podjetja, to običajno omogoča enako učinkovitemu konkurentu, da konkurira dobičkonosno ne glede na rabat. V teh okoliščinah rabat običajno ne more protikonkurenčno omejiti dostopa.
44. Kadar je dejanska cena pod PIS, lahko praviloma shema rabata omeji dostop tudi enako učinkovitim konkurentom. Če je učinkovita cena med PIS in DPMS, bo Komisija preučila, ali tudi drugi dejavniki kažejo na to, da je verjetno, da se lahko omeji vstop ali širitev tudi enako učinkovitim konkurentom. Komisija bo v tem okviru preučila, ali imajo konkurenti na voljo realistične in učinkovite nasprotnne strategije in kako učinkovite so, na primer njihovo zmožnost, da uporabijo tudi „stalni“ del povpraševanja njihovega kupca kot vzvod za znižanje cene za ustrezno količino. Če konkurenti nimajo na voljo takih nasprotnih strategij, bo Komisija domnevala, da shema rabata lahko omeji dostop enako učinkovitim konkurentom.
45. Kakor je bilo navedeno v odstavku 27 zgoraj, bo analiza vključena v splošno oceno ob upoštevanju drugih ustreznih kvantitativnih ali kvalitativnih dokazov. Običajno je pomembno, da se preuči, ali rabatni sistem uporablja individualne ali standardizirane mejne vrednosti. Individualna mejna vrednost, tj. vrednost na podlagi deleža skupnega povpraševanja stranke ali individualni količinski cilj, omogoča prevladujočemu dobavitelju, da določi mejno vrednost tako, da strankam oteži menjavanje dobaviteljev, s tem pa ustvarja največje možne učinke krepitve zvestobe³⁰. Nasprotno pa je lahko standardizirana mejna vrednost za količino, pri kateri je mejna vrednost enaka za vse ali za skupino strank, previsoka za nekatere manjše stranke in/ali prenizka za večje stranke, da bi imela učinek krepitve zvestobe. Če pa je mogoče ugotoviti, da se standardizirana količinska mejna vrednost približa potrebam precejšnjega deleža strank, je verjetno, da bo Komisija mnenja, da lahko takšen standardiziran sistem rabatov povzroči učinke protikonkurenčnega omejevanja dostopa.

²⁹ Ustrezna količina bo ocenjena na podlagi različno zanesljivih podatkov. Komisija bo to upoštevala pri vseh ugotovitvah v zvezi z zmožnostjo prevladujočega podjetja, da omeji dostop enako učinkovitim konkurentom. Koristno je lahko tudi izračunati, najmanj kako velik delež povpraševanja potrošnikov bi moral povprečno pridobiti nov udeleženec, da bi bila dejanska cena najmanj tako visoka kot DPMS prevladujočega podjetja. V veliko primerih je mogoče na podlagi velikosti tega deleža, če ga primerjamo z dejanskimi tržnimi deleži konkurentov in njihovimi deleži povpraševanja potrošnikov, presoditi, ali ima lahko shema rabata učinek protikonkurenčnega omejevanja dostopa.

³⁰ Glej zadevo 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. proti Komisiji*, Recueil 1979, str. 461, točke 89 in 90; zadevo T-288/97, *Irish Sugar proti Komisiji*, Recueil 1999, str. II-2969, točka 213; zadevo T-219/99, *British Airways proti Komisiji*, Recueil 2003, str. II-5917, točke 7 do 11 in 270 do 273.

c) *Izboljšanje učinkovitosti*

46. Če so pogoji določeni v oddelku III D izpolnjeni, bo Komisija obravnavala trditve prevladujočih podjetij, da se z rabatni sistemi ustvarjajo prednosti v zvezi s stroški ali druge prednosti, ki se prenašajo na stranke³¹. Pogosto je bolj verjetno, da se stroškovne prednosti, povezane s transakcijami, dosežejo s standardiziranimi količinskimi cilji kot pa z individualnimi količinskimi cilji. Podobno je na splošno bolj verjetno, da bodo progresivni rabatni sistemi spodbudili prodajne posrednike, da proizvedejo in preprodajo večjo količino blaga kot bi jo pri retroaktivnih rabatnih sistemih³². Komisija bo pod istimi pogoji obravnavala dokaze, ki dokazujejo, da izključni sporazumi koristijo posameznim strankam, če so ti sporazumi potrebni, da lahko prevladujoče podjetje opravi nekatere naložbe, ki se nanašajo na poseben poslovni odnos, da se omogoči dobava tem strankam.

B. Vezana in paketna prodaja

47. Prevladujoče podjetje lahko poskuša svojim konkurentom omejiti dostop do trga z vezano in paketno prodajo. Ta oddelek opredeljuje okoliščine, za katere je najbolj verjetno, da bodo Komisijo spodbudile k ukrepanju, ko bo preučevala vezano in paketno prodajo prevladujočih podjetij.
48. „Vezana prodaja“ se običajno nanaša na primere, ko morajo stranke, ki kupijo en proizvod (zavezujoči proizvod), pri prevladujočem podjetju kupiti tudi drug proizvod (vezani proizvod). Vezana prodaja lahko poteka na tehnični ali pogodbeni podlagi³³. „Paketna prodaja“ običajno označuje način, na katerega prevladujoče podjetje oblikuje ponudbe in cene proizvoda. V primeru čiste paketne prodaje se proizvodi prodajajo samo skupaj v fiksni razmerjih. Pri mešanih paketni prodaj, ki jo pogosto imenujejo tudi skupinski rabat za več proizvodov, so proizvodi na voljo tudi posamezno, ampak je seštevek cen pri ločeni prodaji proizvodov višji kot skupna cena proizvodov v paketu.
49. Vezana in paketna prodaja sta običajni praksi, s katerima se želi strankam zagotoviti boljše proizvode ali cenejše ponudbe. Vendar lahko podjetje, ki je prevladujoče na enem proizvodnem trgu (ali na več) vezane ali paketne prodaje (v nadaljnjem besedilu: zavezujoči trg), z vezano ali paketno prodajo potrošnikom škodi, ker omejuje dostop do trga za druge proizvode, ki so del vezave ali paketa (v nadaljnjem besedilu: vezani trg), in posredno dostop do zavezujočega trga.

³¹ Za rabate glej na primer zadevo C-95/04 P, *British Airways proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. I-2331, točka 86.

³² V zvezi s tem glej zadevo T-203/01, *Michelin proti Komisiji (Michelin II)*, Recueil 2003, str. II-4071, točke 56 do 60, 74 in 75.

³³ Tehnično vezana prodaja nastopi takrat, kadar je proizvod zasnovan tako, da lahko deluje samo v povezavi z vezanim proizvodom (ne pa z alternativnimi proizvodi konkurentov). Pri pogodbeno vezani prodaji se stranka, ki kupi zavezujoči proizvod, zaveže tudi, da bo kupila vezani proizvod (ne pa alternativnih proizvodov konkurentov).

50. Komisija bo praviloma ukrepala na podlagi člena 82, če je podjetje prevladujoče na zavezujočem trgu³⁴ in če so poleg tega izpolnjeni še naslednji pogoji: (i) zavezujoči in vezani proizvod sta samostojna proizvoda in (ii) praksa vezane prodaje bo predvidoma povzročila protikonkurenčno omejevanje dostopa³⁵.
- a) *Samostojni proizvodi*
51. Komisija bo na podlagi povpraševanja strank odločila, ali naj proizvode obravnava kot samostojne. Dva proizvoda sta samostojna, če bi ne glede na vezano ali paketno prodajo precejšnje število strank od istega dobavitelja kupilo zavezujoči proizvod, ne pa tudi vezanega, s čimer bi bila omogočena samostojna proizvodnja zavezujočega in vezanega proizvoda³⁶. Dokazi, da sta proizvoda samostojna, so lahko neposredni, kar pomeni, da bi stranke, če bi imele izbiro, zavezujoči in vezani proizvod kupile ločeno od različnih virov dobave, ali posredni, o katerih govorimo, če so na primer na trgu prisotna podjetja, specializirana za proizvodnjo ali prodajo vezanega proizvoda brez zavezujočega proizvoda³⁷ ali vsakega od obeh proizvodov, ki jih sicer paketno prodaja prevladujoče podjetje, ali če obstajajo dokazi, ki kažejo, da podjetja z majhno tržno močjo, zlasti na konkurenčnih trgih, takih proizvodov večinoma ne prodajajo vezano ali v paketih.
- b) *Protikonkurenčno omejevanje dostopa na vezanem in/ali zavezujočem trgu*
52. Vezana ali paketna prodaja lahko povzročata protikonkurenčne učinke na vezanem trgu, zavezujočem trgu ali hkrati na obeh. Vendar se tudi takrat, ko je namen vezane ali paketne prodaje zaščititi položaj prevladujočega podjetja na zavezujočem trgu, to naredi posredno prek omejevanja dostopa do vezanega trga. Poleg dejavnikov, ki so bili že omenjeni v odstavku 20, Komisija meni, da so za obravnavanje zadev verjetnega ali dejanskega protikonkurenčnega omejevanja dostopa na splošno še posebej pomembni naslednji dejavniki.
53. Predvidoma bo tveganje protikonkurenčnega omejevanja dostopa večje, če prevladujoče podjetje trajno oblikuje svojo strategijo vezane ali paketne prodaje, na primer v obliki tehnično vezane prodaje, katere razveljavitev je zelo draga. Tehnično vezana prodaja prav tako otežuje ponovno prodajo posameznih komponent.
54. Pri paketni prodaji ima lahko podjetje prevladujoči položaj za več kot enega od proizvodov v paketu. Čim več je v paketu takšnih proizvodov, tem močnejši je verjetni učinek protikonkurenčnega omejevanja dostopa. To še zlasti velja, če ima konkurent težave z zagotavljanjem enakega paketa, bodisi sam bodisi v povezavi z drugimi.

³⁴ Podjetje bi moralo biti prevladujoče na zavezujočem trgu, ne pa nujno tudi na vezanem trgu. Pri primerih paketne prodaje mora biti podjetje prevladujoče na enem od paketnih trgov. V posebnih primerih vezane prodaje na poprodajnih trgih bo Komisija ukrepala, če je podjetje prevladujoče na zavezujočem trgu in/ali vezanem poprodajnem trgu.

³⁵ Zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601, zlasti točke 842, 859 do 862, 867 in 869.

³⁶ Zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601, točke 917, 921 in 922.

³⁷ Zadeva T-30/89, *Hilti proti Komisiji*, Recueil 1991, str. II-1439, točka 67.

55. Vezana prodaja lahko za kupce, ki želijo kupiti vezani proizvod, ne pa tudi zavezujočega, pomeni manjšo konkurenčnost. Če ni dovolj strank, ki bi kupile samo vezani proizvod, da bi se konkurenti prevladujočega podjetja obdržali na vezanem trgu, lahko vezana prodaja za te stranke pomeni višje cene.
56. Če se lahko zavezujoči in vezani proizvod uporabita v različnih deležih kot vložka v proizvodnem procesu, se lahko stranke na povišanje cene za zavezujoči proizvod odzovejo s povečanjem svojega povpraševanja po vezanem proizvodu, pri čemer zmanjšujejo svoje povpraševanje po zavezujočem proizvodu. Pri vezani prodaji obeh proizvodov je lahko namen prevladujočega podjetja, da se izogne tej zamenjavi in lahko posledično poviša svoje cene.
57. Če so cene, ki jih lahko prevladujoče podjetje zaračuna na zavezujočem trgu, regulirane, lahko vezana prodaja prevladujočemu podjetju omogoči, da poviša cene na vezanem trgu in s tem nadomesti izpad prihodkov zaradi regulacije zavezujočega trga.
58. Če je vezani proizvod pomemben dopolnilni proizvod za stranke zavezujočega proizvoda, lahko zmanjšanje števila alternativnih dobaviteljev vezanega proizvoda in s tem zmanjšana dostopnost tega proizvoda otežita že sam vstop na zavezujoči trg.
- c) *Skupinski rabat za več proizvodov*
59. Skupinski rabat za več proizvodov je lahko na vezanem ali zavezujočem trgu protikonkurenčen, če je tako velik, da enako učinkoviti konkurenti, ki ponujajo le nekaj komponent, ne morejo konkurirati rabatu, ki je ponujen za celotni paket.
60. Teoretično bi bilo idealno, če bi lahko učinek rabata ocenili s preučitvijo, ali pri vsakem proizvodu v paketu prevladujočega podjetja mejni prihodki krijejo mejne stroške. Vendar je ocenjevanje mejnih prihodkov v praksi zapleteno. Zato bo Komisija v praksi pri izvrševanju mejno ceno večinoma uporabila kot dober kazalec. Če mejna cena, ki jo stranke plačajo za vsakega od proizvodov prevladujočega podjetja iz paketa ostane nad DPMS, ki jih ima prevladujoče podjetje zaradi vključitve tega proizvoda v paket, Komisija praviloma ne bo ukrepala, saj bi načeloma lahko enako učinkoviti konkurent s samo enim proizvodom paketu dobičkonosno konkuriral. Izvršilni ukrepi pa so lahko upravičeni, če je mejna cena pod DPMS, saj se v tem primeru širitev ali vstop na trg lahko prepreči celo enako učinkovitemu konkurentu³⁸.
61. Če je na podlagi dokazov razvidno, da konkurenti prevladujočega podjetja prodajajo identične pakete, ali bi take pakete lahko hitro začeli prodajati, ne da bi jih od tega odvračali morebitni dodatni stroški, bo Komisija na splošno domnevala, da gre za medsebojno konkuriranje paketov, pri katerem ni pomembno vprašanje, ali mejni prihodki krijejo mejne stroške za vsak proizvod v paketu, temveč dejstvo, ali je cena celotnega paketa oderuška.

³⁸ Načeloma je stroškovno merilo DPMS v tem primeru ustrezno, samo če konkurenti nimajo možnosti, da bi tudi sami prodajali pakete (glej odstavke 23 do 27 in odstavek 61).

d) *Izboljšanje učinkovitosti*

62. Če so pogoji določeni v oddelku III D zgoraj izpolnjeni, bo Komisija obravnavala trditve prevladujočih podjetij, da lahko njihove prakse vezane in paketne prodaje v proizvodnji ali distribuciji ustvarjajo prihranke, ki strankam koristijo. Komisija lahko tudi preuči, ali takšne prakse za stranke pomenijo manjše transakcijske stroške, saj bi bile drugače prisiljene kupovati komponente ločeno, in ali dobaviteljem omogočajo precejšnje prihranke pri stroških pakiranja in distribucije. Komisija lahko preuči tudi, ali lahko združitev dveh neodvisnih proizvodov v en samostojni proizvod okrepi zmožnost, da se takšen proizvod vključi na trg v korist potrošnikov. Komisija lahko presodi tudi, ali prakse vezane in paketne prodaje omogočajo dobavitelju, da izboljšanje učinkovitosti, ki izhaja iz njegove proizvodnje ali nakupa velikih količin vezanega proizvoda, prenaša naprej.

C. **Oblikovanje oderuških cen**

63. Komisija bo v skladu s svojimi prednostnimi nalogami izvrševanja na splošno ukrepala, ko bodo obstajali dokazi, da prevladujoče podjetje oblikuje oderuške cene, pri tem pa kratkoročno namerno beleži izgube ali se odreka dobičku (v nadaljnjem besedilu: izguba), da bi enemu ali več svojim dejanskim ali potencialnim konkurentom omejil dostop ali bi bilo verjetno, da bi se to zgodilo, z namenom okrepitve ali ohranitve svoje tržne moči, potrošnikom pa s tem povzroča škodo³⁹.

a) *Izguba*

64. Komisija meni, da izguba nastane, če ima ali je imelo prevladujoče podjetje izgubo, ki bi se ji lahko izognilo in je nastala zaradi zaračunavanja nižjih cen za vse ali poseben del njegove proizvodnje v ustreznem obdobju ali zaradi razširitve proizvodnje v ustreznem obdobju. Komisija bo pri oceni, če prevladujoče podjetje ima oziroma je imelo izgubo, ki bi se ji lahko izognilo, kot izhodišče uporabila PIS. Če prevladujoče podjetje zaračunava ceno pod PIS za vso svojo proizvodnjo ali njen del, ne krije stroškov, ki bi se jim lahko izognilo, če ne bi bilo te proizvodnje: ima izgubo, ki bi se ji lahko izognilo⁴⁰. Oblikovanje cen pod PIS bo tako Komisija v večini primerov obravnavala kot jasen znak izgube⁴¹.

³⁹ Komisija lahko ukrepa tudi v zvezi s praksami oderuških cen, ki jih oblikujejo prevladujoča podjetja na sekundarnih trgih, na katerih še niso prevladujoča. Bolj je verjetno, da bo Komisija takšne zlorabe ugotovila v sektorjih, v katerih so dejavnosti zaščitene z zakonskim monopolom. Čeprav prevladujočemu podjetju ni treba oblikovati oderuških cen, da bi zaščitilo svoj prevladujoči položaj na trgu, zavarovan z zakonskim monopolom, lahko uporabi dobičke iz monopolnega trga za navzkrižno subvencioniranje svojih dejavnosti na drugem trgu in s tem zagrozi, da bo odpravilo učinkovito konkurenco na tem drugem trgu.

⁴⁰ V večini primerov bodo povprečni spremenljivi stroški (PSS) in PIS enaki, ker se je pogosto mogoče izogniti samo spremenljivim stroškom. Vendar v okoliščinah, v katerih se PSS in PIS razlikujejo, so PIS boljši kazalec morebitne izgube: če je moralo prevladujoče podjetje na primer razširiti svoje zmogljivosti, da bi lahko oblikovalo oderuške cene, je treba pri preučitvi izgub prevladujočega podjetja upoštevati nepovratne stroške te dodatne zmogljivosti. Ti stroški bi bili razvidni iz PIS, ne pa tudi iz PSS.

⁴¹ SES je v Zadevi 62/86 *AKZO Chemie proti Komisiji*, Recueil 1991, str. I-3359, točka 71 v zvezi z oblikovanjem cen pod povprečnimi spremenljivimi stroški (PSS) menilo: „Prevladujoče podjetje pri oblikovanju takšnih cen nima nobenega interesa razen preprečevanja dostopa do trga konkurentom, da bi lahko posledično zvišalo svoje cene in izkoristilo svoj monopolni položaj, saj vsaka prodaja pomeni izgubo...“.

65. Vendar v samem pojmu izguba ni zajeto le oblikovanje cen pod PIS⁴². Da bi dokazala strategijo oblikovanja oderuških cen, lahko Komisija tudi preuči, ali so zaradi domnevnega oblikovanja oderuških cen neto prihodki kratkoročno nižji, kot bi bilo pričakovati, če bi šlo za razumno alternativno ravnanje, tj. ali ima prevladujoče podjetje izgubo, ki bi se ji lahko izognilo⁴³. Komisija ne bo primerjala dejanskega ravnanja s hipotetičnimi ali teoretičnimi alternativami, ki bi lahko bile dobičkonosnejše. Obravnavale se bodo samo ekonomsko racionalne in praktične alternative, za katere se lahko ob upoštevanju tržnih pogojev in poslovnih razmer, s katerimi se spoprijema prevladujoče podjetje, realistično pričakuje, da bi bile dobičkonosnejše.
66. V nekaterih primerih bo mogoče uporabiti neposredne dokaze, ki zajemajo dokumente prevladujočega podjetja, iz katerih je jasno razvidna strategija oblikovanja oderuških cen⁴⁴, kot je podrobni načrt poslovanja z izgubo, da bi se izključil konkurent, preprečil vstop na trg ali vzpostavitev trga, in dokaze konkretnih groženj dejavnosti oblikovanja oderuških cen⁴⁵.

b) Protikonkurenčno omejevanje dostopa

67. Če bo na voljo dovolj zanesljivih podatkov, bo Komisija izvedla analizo enako učinkovitega konkurenta, opisano v odstavkih 25 do 27, da bi ugotovila, ali lahko ravnanje škodi potrošnikom. Običajno se lahko enako učinkovitim konkurentom omeji dostop do trga le z oblikovanjem cen pod DPMS.
68. Poleg dejavnikov, ki so že bili omenjeni v odstavku 20, bo Komisija na splošno preučila, ali in kako domnevno ravnanje zmanjšuje verjetnost konkurence med udeleženci na trgu. Če je na primer prevladujoče podjetje boljše obveščeno o stroških ali drugih tržnih pogojih ali lahko izkrivi tržne signale v zvezi z dobičkonosnostjo, bi lahko oblikovalo oderuške cene, da bi vplivalo na pričakovanja potencialnih novih udeležencev na trgu in s tem odvrnilo njihov vstop. Če se ravnanje in njegovi verjetni učinki kažejo na več trgih in/ali v zaporednih obdobjih morebitnih vstopov, bi lahko pokazali, da si prevladujoče podjetje prizadeva pridobiti sloves oblikovalca oderuških cen. Če je ciljni konkurent odvisen od zunanjega financiranja, lahko precejšnje zmanjšanje cen ali drugačno oblikovanje oderuških cen prevladujočega podjetja negativno vpliva na uspešnost konkurenta, tako da je lahko dostop konkurenta do nadaljnjega financiranja resno ogrožen.

⁴² Če ocena stroškov temelji na neposrednih stroških proizvodnje (kakor je evidentirano v računovodskih evidencah podjetja), ne more biti zadosten dokaz, ali gre za izgubo ali ne.

⁴³ Vendar podjetij ne bi smeli kaznovati za njihove naknadne izgube, če je bila predhodna odločitev za ravnanje sprejeta v dobri veri, torej če lahko zagotovijo prepričljive dokaze, da so lahko razumno pričakovali, da bo dejavnost dobičkonosna.

⁴⁴ Glej zadevo T-83/91, *Tetra Pak International proti Komisiji (Tetra Pak II)*, Recueil 1994, str. II-755, točki 151 in 171 ter zadevo T-340/03, *France Télécom proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-107, točke 198 do 215.

⁴⁵ V Zadevi 62/86, *AKZO Chemie proti Komisiji*, Recueil 1991, str. I-3359 je Sodišče potrdilo, da obstajajo jasni dokazi, da je podjetje AKZO na dveh sestankih grozilo podjetju ECS z oblikovanjem cen, nižjih od stroškov, če se slednje ne umakne s trga za organske peroksidge. Poleg tega je obstajal podroben načrt s številkami, v katerem so bili opisani ukrepi, ki bi jih izvedel AKZO, če se ECS ne bi umaknil s trga (glej točke 76–82, 115 in 131–140).

69. Komisija meni, da ni potrebno pokazati, da so konkurenti zapustili trg, da bi dokazali, da je šlo za protikonkurenčno omejevanje dostopa. Ne moremo izključiti možnosti, da je lahko prevladujočemu podjetju ljubše, da prepreči živahno konkuriranje konkurenta in ga prisili, da sledi njegovemu oblikovanju cen, kot pa da bi ga iz trga popolnoma izključil. Takšno discipliniranje prepreči tveganja, povezana z izključitvijo konkurenta, zlasti tveganje, da bi se premoženje konkurenta prodalo po nizki ceni in ostalo na trgu, s tem pa bi se ustvarilo novega nizko cenovnega udeleženca na trgu.
70. Na splošno je verjetno, da bo potrošnikom povzročena škoda, če lahko prevladujoče podjetje razumno pričakuje, da bo njegova tržna moč po končanem ravnanju oblikovanja oderuških cen večja, kot bi bila, če se podjetje sploh ne bi ukvarjalo s takšnim ravnanjem, tj. če je verjetno, da bo podjetje lahko imelo koristi zaradi poslovanja z izgubo.
71. To ne pomeni, da bo Komisija ukrepala samo, če bo verjetno, da bo lahko prevladujoče podjetje povišalo cene nad raven, ki je veljala na trgu pred ravnanjem. Dovolj je, na primer, da bi bilo verjetno, da bi ravnanje preprečilo ali odložilo znižanje cen, kar bi se sicer zgodilo. Ugotavljanje škode, povzročene potrošnikom, ni mehaničen izračun dobičkov in izgub, pa tudi dokaz skupnega dobička ni potreben. Morebitna škoda potrošnikov se lahko ugotovi z oceno verjetnega učinka omejevanja dostopa, ki nastane zaradi ravnanja, in s preučitvijo drugih dejavnikov, kot so vstopne ovire⁴⁶. Pri tem bo Komisija preučila tudi možnosti ponovnega vstopa na trg.
72. Za prevladujoče podjetje je lahko lažje oblikovati oderuške cene, če nizke cene oblikuje selektivno za posamezne stranke, ker bo to omejilo njegovo izgubo.
73. Če ravnanje prevladujočega podjetja zadeva nizke cene, ki se uporabljajo na splošno in v daljšem obdobju, je manj verjetno, da so to oderuške cene.
- c) *Izboljšanje učinkovitosti*
74. Na splošno ni verjetno, da bi oblikovanje oderuških cen izboljšalo učinkovitost. Če pa so pogoji iz oddelka III D zgoraj izpolnjeni, bo Komisija obravnavala trditve prevladujočih podjetij, da jim oblikovanje nizkih cen omogoča doseganje ekonomij obsega ali izboljšanja učinkovitosti zaradi širitve trga.

⁴⁶ To je bilo potrjeno tudi v sodbi v zadevi T-83/91, *Tetra Pak International proti Komisiji (Tetra Pak II)*, Recueil 1994, str. II-755, ki je bila potrjena v pritožbenem postopku v zadevi C-333/94 P, *Tetra Pak International proti Komisiji*, Recueil 1996, str. I-5951, v zvezi s katero je Sodišče prve stopnje navedlo, da dokaz dejanske povrnitve izgube ni potreben (zadnji del točke 150). Na splošno se lahko oblikovanje oderuških cen izkaže za težavnejše, kot se je pričakovalo na začetku ravnanja, in skupni stroški prevladujočega podjetja zaradi oblikovanja oderuških cen so lahko večji od njegovih poznejših dobičkov, zaradi česar si to podjetje ne more povrniti dejanske izgube, vendar pa je še vedno lahko gospodarno, da se podjetje odloči za nadaljevanje izvajanja strategije oblikovanja oderuških cen, ki jo je že začelo. Glej tudi COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, Odločba Komisije z dne 16. julija 2003, odstavki 332 do 367.

D. Zavrnitev dobave in zmanjševanje marž

75. Komisija svoje prednostne naloge izvrševanja določa v skladu z načelom, da bi morale imeti na splošno vsako podjetje, prevladujoče ali ne, pravico izbirati svoje trgovinske partnerje in prosto razpolagati s svojo lastnino. Komisija zato meni, da je treba pri ukrepanju na podlagi konkurenčnega prava skrbno preučiti, če bi uporaba člena 82 pomenila, da se prevladujočemu podjetju naloži obveznost dobave⁴⁷. Taka obveznost bi celo ob poštenem nadomestilu lahko oslabilo spodbude podjetij za naložbe in inovacije, zato je mogoče, da bi škodovala potrošnikom. Ker bi se prevladujoča podjetja ali podjetja, ki predvidevajo, da lahko postanejo prevladujoča, zavedala, da so dolžna dobavljati proti svoji volji, se lahko zgodi, da v zadevno dejavnost ne bi vlagala ali da bi vlagala manj. Poleg tega bi se lahko konkurenti raje okoriščali z naložbami prevladujočega podjetja, namesto da bi vlagali sami. Nobena od teh posledic dolgoročno potrošnikom ne bi koristila.
76. Običajno nastajajo težave v zvezi s konkurenco, če prevladujoče podjetje na trgu, ki je naslednje v prodajni verigi, konkurira kupcu, kateremu noče dobavljati. Izraz „trg, ki je naslednji v prodajni verigi,“ se uporablja za trg, na katerem je vložek, ki ga dobavitelj noče dobavljati, potreben za proizvodnjo proizvoda ali zagotavljanje storitve. V tem oddelku so obravnavane samo tovrstne zavrnitve dobavljanja.
77. Ostale vrste morebitne nezakonite zavrnitve dobavljanja, pri katerih se dobava pogojuje s tem, da kupec sprejme omejitve svojega ravnanja, se v tem oddelku ne obravnavajo. Zaustavitev dobave, da bi se stranke kaznovalo zaradi poslovanja s konkurenti, ali zavrnitev dobavljanja strankam, ki se ne strinjajo s pogoji vezave, bo Komisija na primer preučila v skladu z načeli, opredeljenimi v oddelkih za izključne sporazume ter vezano in paketno prodajo. Zavrnitve dobavljanja, katerih cilj je preprečevati kupcu, da vzporedno trguje⁴⁸ ali zniža svoje cene pri nadaljnji prodaji, prav tako niso vključene v ta oddelek.
78. Pojem zavrnitve dobave zajema veliko različnih praks, kot je zavrnitev dobavljanja proizvodov obstoječim ali novim strankam⁴⁹, zavrnitev licenciranja pravic intelektualne lastnine⁵⁰ tudi, ko je to potrebno za zagotavljanje podatkov o vmesniku⁵¹, ali zavrnitve dostopa do ključne infrastrukture ali omrežja⁵².

⁴⁷ Združeni zadevi C-241/91 P in C-242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) in Independent Television Publications (ITP) proti Komisiji (Magill)*, Recueil 1995, str. I-743, točka 50; Zadeva C-418/01, *IMS Health proti NDC Health*, Recueil 2004, str. I-5039, točka 35; Zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601, točke 319, 330, 331, 332 in 336.

⁴⁸ Glej sodbo z dne 16. septembra 2008 v združenih zadevah C-468/06 do C-478/06 *Sot. Léllos kai Sia in drugi proti GlaxoSmithKline*, še neobjavljeno.

⁴⁹ Združeni zadevi 6/73 in 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano in Commercial Solvents proti Komisiji*, Recueil 1974, str. 223.

⁵⁰ Združeni zadevi C-241/91 P in C-242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) in Independent Television Publications Ltd (ITP) proti Komisiji (Magill)*, Recueil 1995, str. 743; Zadeva C-418/01, *IMS Health proti NDC Health*, Recueil 2004, str. I-5039. Te sodbe kažejo, da v izjemnih okoliščinah zavrnitev licenciranja pravic intelektualne lastnine pomeni zlorabo.

⁵¹ Glej zadevo T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601.

⁵² Glej Odločbo Komisije 94/19/ES z dne 21. decembra 1993 v zadevi IV/34.689, *Sea Containers proti Stena Sealink – Interim Measures* (UL L 15, 18.1.1994, str. 8) in Odločbo Komisije 92/213/EGS z dne 26. februarja 1992 v zadevi IV/33.544, *British Midland proti Aer Lingus* (UL L 96, 10.4.1992, str. 34).

79. Komisija meni, da ni potrebno, da se je z zavrnjenim proizvodom že trgovalo. Dovolj je, da obstaja povpraševanje potencialnih kupcev in da se lahko opredeli potencialni trg za zadevni vložek⁵³. Prav tako ni potrebno, da prevladujoče podjetje povpraševanje po vložku dejansko zavrne; „posredna zavrnitev“ zadostuje. Oblike posredne zavrnitve so na primer lahko neupravičeno odlašanje ali kakšno drugačno poslabšanje dobave proizvoda ali pa v zameno za dobavo vključujejo nalaganje nerazumnih pogojev.
80. Namesto zavrnitve dobave lahko prevladujoče podjetje za proizvod na trgu, ki je v proizvodni verigi predhodni, zaračuna ceno, ki v primerjavi s ceno, ki jo zaračunava na trgu za proizvod, ki je v proizvodni verigi naslednji⁵⁴, tudi enako učinkovitemu konkurentu ne omogoča, da bi na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji, trajno trgoval dobičkonosno (t. i. „zmanjševanje marž“). V primerih zmanjševanja marž bo Komisija na splošno kot merilo za ugotavljanje stroškov enako učinkovitega konkurenta uporabila DPMS tistega oddelka povezanega prevladujočega podjetja, ki deluje na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji⁵⁵.
81. Komisija bo pri izvrševanju te prakse obravnavala kot prednostne naloge, če bodo podane vse naslednje okoliščine:
- zavrnitev se nanaša na proizvod ali storitev, ki je objektivno potreben za učinkovito konkuriranje na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi,
 - verjetno je, da bo z zavrnitvijo odpravljena učinkovita konkurenca na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi, in
 - verjetno je, da bo zavrnitev škodila potrošnikom.
82. V nekaterih posebnih primerih je lahko očitno, da niti pred naložitvijo obveznosti dobave niti po njej ni mogoče, da bi bili lastnik vložkov in/ali drugi gospodarski subjekti manj pripravljeni vlagati in uvajati inovacije na trgu, ki je v proizvodni verigi predhodni. Komisija meni, da je to še posebno verjetno, če regulacija, skladna s pravom Skupnosti, že nalaga tako obveznost dobave prevladujočemu podjetju in je iz razlogov, iz katerih izhaja uvedba te regulacije, očitno, da je javni organ pri naložitvi take obveznosti dobave že zagotovil, da so spodbude uravnotežene. Da obveznost dobave ne more imeti negativnih učinkov, je lahko očitno tudi, če se je položaj prevladujočega podjetja na trgu, ki je v proizvodni verigi predhodni, razvijal pod zaščito posebnih ali izključnih pravic ali se je financiral iz državnih sredstev. V teh posebnih primerih ni nobenega razloga, da bi se Komisija oddaljila od svojega splošnega pravila izvrševanja, in lahko sklene brez preučevanja, ali so podane vse okoliščine iz odstavka 81, da je protikonkurenčno omejevanje dostopa verjetno.

⁵³ Zadeva C-418/01, *IMS Health proti NDC Health*, Recueil 2004, str. I-5039, točka 44.

⁵⁴ To vključuje tudi okoliščine, v katerih povezano podjetje, ki prodaja „sistem“ dopolnilnih proizvodov, konkurentu, ki proizvaja drug dopolnilni proizvod, noče prodati katerega od dopolnilnih proizvodov ločeno.

⁵⁵ V nekaterih primerih se lahko kot merilo uporablja tudi DPMS nepovezanega konkurenta na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi, na primer, če ni mogoče jasno porazdeliti stroškov prevladujočega podjetja na dejavnosti na trgih, ki so v proizvodni verigi predhodni in naslednji.

a) *Objektivna potrebnost vloška*

83. Komisija bo pri obravnavi, ali bi zavrnitev dobave morala obravnavati prednostno, preučila, ali je dobava zavrženega vloška gospodarskim subjektom objektivno potrebna, da bi lahko učinkovito konkurirali na trgu. To ne pomeni, da brez zavrženega vloška noben konkurent nikoli ne bi mogel vstopiti na trg, ki je naslednji v proizvodni verigi, ali na njem preživeti⁵⁶. Vložek je nujno potreben, če ni dejanskega ali potencialnega nadomestka, ki bi ga lahko konkurenti na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi, uporabili, da bi vsaj dolgoročno lahko ublažil negativne posledice zavrnitve⁵⁷. Komisija bo v tem pogledu običajno ocenila, ali bi lahko konkurenti v bližnji prihodnosti dejansko naredili proizvod, enak vložku, ki ga proizvaja prevladujoče podjetje⁵⁸. Pojem izdelave enakega proizvoda pomeni, da se ustvari alternativni vir učinkovite dobave, ki lahko konkurentom omogoča, da izvajajo konkurenčni pritisk na prevladujoče podjetje na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi⁵⁹.
84. Merila iz odstavka 81 se uporabljajo za oviranje že obstoječe dobave in zavrnitve dobave blaga ali storitev, ki jih prevladujoče podjetje tretjim strankam prej ni dobavljalo (nove zavrnitve dobave). Vendar je bolj verjetno, da bo zlorabo pomenila prekinitev obstoječih sporazumov o dobavi, ne pa nove zavrnitve dobave. Če je prevladujoče podjetje na primer prej dobavljalo podjetju, ki povprašuje po določenem proizvodu, in je slednje v okviru tega trgovinskega odnosa opravilo naložbe, da je lahko vložek, ki ga je prevladujoče podjetje nato prenehalo dobavljati, uporabljalo, je bolj verjetno, da bo Komisija zadevni vložek obravnavala kot nujno potreben. Poleg tega je dejstvo, da je lastnik nujno potrebnega vloška v preteklosti menil, da je dobava tega vloška v njegovem interesu, znak, da dobavljanje vloška ne pomeni nobenega tveganja, da lastnik ne bi prejel zadostnega nadomestila za prvotno naložbo. Zato bi morale prevladujoče podjetje dokazati, zakaj so se okoliščine toliko spremenile, da bi ohranjanje njegovih obstoječih dobavnih odnosov pomenilo tveganje, da za svoje storitve ne bi prejelo ustreznega nadomestila.

b) *Odprava učinkovite konkurence*

85. Če so zahteve iz odstavkov 83 in 84 izpolnjene, Komisija meni, da lahko zavrnitev dobave prevladujočega podjetja takoj ali v določenem obdobju odpravi učinkovito konkurenco na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji. Čim večji je tržni delež prevladujočega podjetja na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji, čim manjši je pritisk na zmogljivosti prevladujočega podjetja glede na njegove konkurente na trgu,

⁵⁶ Zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601, točke 428 in 560–563.

⁵⁷ Združeni zadevi C-241/91 P in C-242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) in Independent Television Publications Ltd. (ITP) proti Komisiji (Magill)*, Recueil 1995, str. 743, točki 52 in 53; zadeva 7/97, *Oscar Bronner proti Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft in Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Recueil 1998, str. I-7791, točki 44 in 45; Zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601, točka 421.

⁵⁸ Na splošno je verjetno, da enakega vloška ne bo mogoče narediti, če gre za naravni monopol zaradi ekonomij obsega ali razpona, pri katerih nastajajo močni mrežni učinki, ali za t. i. informacije iz „enega vira“. Vendar bi morali v vseh primerih upoštevati dinamičnost industrije in zlasti, če lahko tržna moč hitro oslabi ali ne.

⁵⁹ Zadeva 7/97, *Oscar Bronner proti Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft in Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Recueil 1998, str. I-7791, točka 46; zadeva C-418/01, *IMS Health proti NDC Health*, Recueil 2004, str. I-5039, točka 29.

ki je v proizvodni verigi naslednji, čim večja je zamenljivost proizvodnje prevladujočega podjetja in proizvodnje konkurentov na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji, čim večji je delež prizadetih konkurentov na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji, in čim bolj je verjetno, da bi bilo povpraševanje, ki bi mu lahko zadostili konkurenti, ki jim je bil omejen dostop do trga, tem konkurentom odvzeto v korist prevladujočega podjetja, tem večja je verjetnost, da se učinkovita konkurenca odpravi.

c) *Potrošniška škoda*

86. Komisija bo pri obravnavi verjetnega učinka zavrnitve dobave na blaginjo potrošnikov preučila, ali verjetne negativne posledice zavrnitve dobave na upoštevem trgu dolgoročno odtehtajo negativne posledice nalaganja obveznosti dobave. Če je temu tako, bo Komisija praviloma sprožila postopek.
87. Komisija meni, da lahko na primer potrošniška škoda nastane, če se konkurentom, ki jim prevladujoče podjetje omeji dostop do trga, zaradi zavrnitve prepreči, da bi tržili inovativno blago ali storitve, in/ali če se omeji nadaljnje izvajanje inovacij⁶⁰. To še posebno velja, če podjetje z določenim povpraševanjem ne namerava zgolj izdelovati enakega blaga ali opravljati enakih storitev, kot jih ponuja prevladujoče podjetje na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi, ampak namerava proizvajati novo ali izboljšano blago ali opravljati nove ali izboljšane storitve, za katere obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov ali za katere je verjetno, da bodo prispevali k tehničnemu razvoju⁶¹.
88. Komisija je tudi mnenja, da lahko zavrnitev dobave privede do potrošniške škode, če je cena na trgu z vložki, ki je v proizvodni verigi predhodni, regulirana, cena na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji, pa ne, in lahko prevladujoče podjetje z izključitvijo konkurentov na trgu, ki je v proizvodni verigi naslednji, ki jo doseže z zavrnitvijo dobave, na tem nereguliranem trgu iztrži večje dobičke, kot bi jih sicer.

d) *Izboljšanje učinkovitosti*

89. Komisija bo obravnavala trditve prevladujočega podjetja, da je zavrnitev dobave potrebna, da lahko ustvari ustrezen donos od naložb, ki so bile potrebne za razvoj njegovega poslovanja z vložki, s čimer se ob upoštevanju tveganja neuspešnih projektov ustvarjajo spodbude za nadaljnje vlaganje v prihodnosti. Komisija bo prav tako obravnavala trditve prevladujočega podjetja, da bodo obveznost dobave ali strukturne spremembe tržnih pogojev, ki jih bo povzročila naložitev takšne obveznosti, vključno z razvojem nadaljnjih inovacij pri konkurentih, negativno vplivale na njegove lastne inovacije.

⁶⁰ Zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601, točke 643, 647, 648, 649, 652, 653 in 656.

⁶¹ Zadeva C-418/01, *IMS Health proti NDC Health*, Recueil 2004, str. I-5039, točka 49; Zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601, točka 658.

90. Vendar bo Komisija pri obravnavi takšnih trditev zagotovila, da so pogoji iz oddelka III D izpolnjeni. Prevladujoče podjetje mora zlasti dokazati vse negativne učinke, za katere je verjetno, da jih bo imela obveznost dobave na njegovo raven inovativnost.⁶² Če je prevladujoče podjetje že prej dobavljalo zadevni vložek, je lahko to pomembno za oceno vsake trditve, da je zavrnitev dobave upravičena zaradi izboljšanja učinkovitosti.

⁶² Zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601, točka 659.