

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

VERICE TRSTENJAK,

predstavljeni 4. septembra 2008<sup>1</sup>

Stvarno kazalo

I	– Uvod . . . . .	I - 8643
II	– Pravni okvir . . . . .	I - 8643
III	– Dejansko stanje, spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje . . . . .	I - 8645
	A – Dejansko stanje . . . . .	I - 8645
	B – Postopek pred irskim organom za varstvo konkurence in sodni postopek v glavni stvari . . . . .	I - 8647
	C – Vprašanje za predhodno odločanje. . . . .	I - 8648
IV	– Postopek pred Sodiščem . . . . .	I - 8650
V	– Trditve strank . . . . .	I - 8650
VI	– Pravna presoja . . . . .	I - 8653
	A – Pojem omejevanja konkurence kot cilja . . . . .	I - 8653
	1. Vsebina, struktura in uporaba člena 81 ES . . . . .	I - 8653
	a) Struktura člena 81 ES . . . . .	I - 8653
	b) Uporaba člena 81 ES . . . . .	I - 8654
	2. Omejevanje konkurence kot cilj . . . . .	I - 8655

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

a) Upoštevno merilo . . . . .	I - 8656
b) Očitno omejevanje konkurence? . . . . .	I - 8657
c) Izčrpen seznam? . . . . .	I - 8657
d) Pravni in gospodarski kontekst . . . . .	I - 8658
3. Predlog . . . . .	I - 8661
B – Ali imajo sporazumi, kot sta pogodbi BIDS, za cilj omejevanje konkurence? . . . . .	I - 8661
1. Omejevanje svobode samostojnega določanja politike na trgu . . . . .	I - 8661
2. Oviranje tržnih razmerij . . . . .	I - 8662
a) Zmanjšanje proizvodne zmogljivosti celotne predelovalne industrije za 25 % . . . . .	I - 8663
b) Izstop predelovalcev s trga . . . . .	I - 8666
c) Prispevki . . . . .	I - 8667
d) Določbe o uporabi in razpolaganju . . . . .	I - 8668
e) Predlog . . . . .	I - 8670
3. Upoštevanje ciljev, ki jih zasledujeta pogodbi BIDS . . . . .	I - 8670
4. Predlog . . . . .	I - 8671
C – Končna presoja elementov sporazuma, kot sta pogodbi BIDS . . . . .	I - 8671
VII – Predlog . . . . .	I - 8673
I - 8642	

**I – Uvod**

1. Predmet tega predloga za sprejetje predhodne odločbe je razlaga pojma omejevanja konkurence kot cilja iz člena 81(1) ES. Gospodarsko ozadje tega spora so presežne zmogljivosti v irski industriji za predelavo govejega mesa (v nadaljevanju: predelovalna industrija), kot je ugotovilo predložitveno sodišče. Predelovalna industrija kupuje govedo od obratov za vzrejo, ga zakolje, odstrani kosti in nato goveje meso proda doma in v tujini. Predelovalci želijo s sporazumi zmanjšati presežne zmogljivosti.

2. Nacionalno sodišče želi z vprašanjem za predhodno odločanje izvedeti, ali je treba pojem omejevanja konkurence kot cilja iz člena 81(1) ES razlagati tako, da zajema sporazume predelovalcev. S tem je vprašanje za predhodno odločanje omejeno z dveh vidikov. Prvič, gre le za sporazume, katerih cilj je omejevanje konkurence, vendar ne za take, katerih posledica bi bilo omejevanje konkurence. Drugič, gre le za to, ali načelna prepoved sporazumov, ki bi omejevali konkurenco, iz člena 81(1) ES zajema take sporazume; ni pa treba preučiti, ali bi bili ti sporazumi v skladu s členom 81(3) ES na podlagi svojih pozitivnih učinkov združljivi s skupnim trgom.

**II – Pravni okvir**

3. Člen 81(1) ES določa, da so kot nezdržljivi s skupnim trgom prepovedani vsi sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami in katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu, zlasti tisti, ki

- a) neposredno ali posredno določajo nakupne ali prodajne cene ali druge pogoje poslovanja;
- b) omejujejo ali nadzorujejo proizvodnjo, trge, tehnični razvoj ali naložbe;
- c) določajo razdelitev trgov in virov nabave;
- d) uvajajo neenake pogoje za primerljive posle z drugimi trgovinskimi partnerji in jih tako postavljajo v podrejen konkurenčni položaj;

- e) pogojujejo sklepanje pogodb s tem, da sopogodbeniki sprejmejo dodatne obveznosti, ki po svoji naravi ali glede na trgovinske običaje nimajo nikakršne zveze s predmetom takšnih pogodb. čemer zagotavljajo potrošnikom pravičen delež doseženih koristi, in ki:

4. V skladu s členom 81(3) ES se lahko določi, da se določbe člena 81(1) ES ne uporabljajo za:

- a) zadevnim podjetjem ne določajo omejitev, ki za doseganje teh ciljev niso nujne;
- sporazume ali skupine sporazumov med podjetji,
- sklepe ali skupine sklepov podjetniških združenj in
- usklajeno ravnanje ali skupine usklajenih ravnanj,
- b) takšnim podjetjem glede znatnega dela zadevnih izdelkov ne dajejo možnosti izključitve konkurence.

5. Člen 1(1) in (2) Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe<sup>2</sup> določa:

ki prispevajo k izboljšanju proizvodnje ali distribucije blaga oziroma k pospeševanju tehničnega ali gospodarskega napredka, pri

<sup>2</sup> – UL 2003 L 1, str. 1.

„(1) Sporazumi, sklepi in usklajena ravnanja, zajeti v členu 81(1) Pogodbe, ki ne izpolnjujejo pogojev iz člena 81(3) Pogodbe, se prepovejo brez zahteve po predhodni odločbi.

(2) Sporazumi, sklepi in usklajena ravnanja, zajeti v členu 81(1) Pogodbe, ki izpolnjujejo pogoje iz člena 81(3) Pogodbe, se ne prepovejo brez zahteve po predhodni odločbi.“

### **III – Dejansko stanje, spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje**

#### *A – Dejansko stanje*

6. Presežne zmogljivosti v predelovalni industriji na Irskem, ki obstajajo glede na predložitveno odločbo, so nastale predvsem zaradi naslednjih razlogov: v preteklosti se je gradnja in opremljanje predelovalnih obratov zelo

spodbujalo ne glede na dejansko povpraševanje po govejem mesu. Nadalje je bila včasih količina govedine, ki jo je bilo treba predelati, zelo odvisna od sezonskih nihanj. To je privedlo do tega, da so morali biti predelovalci na vrhuncu sezone kos povečanemu obsegu predelave. Vzreja goveda je medtem izgubila sezonski značaj. Res je, da v določenem obsegu še vedno prihaja do sezonskih nihanj. Vendar pa celotna zmogljivost predelovalnih obratov tudi na vrhuncu sezone presega obseg predelave za približno 32 %.

7. Ker ima sektor govejega mesa pomembno vlogo v irskem nacionalnem gospodarstvu, so irska vlada in zastopniki predelovalne industrije naročili pri podjetju za gospodarsko svetovanje študijo trga. Cilj te študije je bil opredeliti mogoče ukrepe, ki bi dolgoročno povečali donosnost za vse subjekte v sektorju govejega mesa na Irskem.

8. V študiji trga, ki je bila objavljena leta 1998, je bilo ugotovljeno, da obstajajo velike presežne zmogljivosti predelovalne industrije, in napovedano, da bodo te presežne zmogljivosti privedle do znižanja donosnosti celotne predelovalne industrije. Ta napoved je v glavnem temeljila na tej ugotovitvi: za dobiček predelovalca naj bi bila odločilna razlika med nakupno ceno goveda in stroški

predelave na eni strani ter prodajno ceno govejega mesa na drugi strani. Znesek dobička predelovalca je odvisen predvsem od izkoriščenosti predelovalnega obrata in od presežnih zmogljivosti. Z višjo izkoriščenostjo se doseže ekonomija obsega, kar zniža stroške predelave. Presežne zmogljivosti spodbujajo konkurenco med predelovalci pri prodaji govejega mesa in zato povzročijo padec cen. Študija nadalje napoveduje, da bo padajoča donosnost predelovalcev dolgoročno privedla do izstopov s trga v sektorju predelave.

9. V študiji trga je kot rešitev predlagano zmanjšanje števila predelovalcev v predelovalni industriji. Izstop s trga naj bi se spodbujal s sistemom odškodnin. V študiji trga so bile poudarjene stroškovne prednosti za celotno predelovalno industrijo, ocenjene pa so bile na 18 milijonov irskih funtov (IEP); spremljajoči ukrepi racionalizacije bi lahko privedli do nadaljnje stroškovne prednosti v višini 14 milijonov IEP.

10. Delovna skupina za goveje meso (Beef Task Force), ki jo je ustanovil Minister for Agriculture and Food (minister za kmetijstvo in prehrano), je leta 1999 izdelala poročilo.

V tem poročilu so bile potrjene ugotovitve študije trga in predelovalna industrija pozvana, da to študijo udejanji.

11. Leta 2002 so predelovalci ustanovili Beef Industry Development Society Ltd (v nadaljevanju: BIDS). Sedanji člani BIDS proizvedejo približno 93 % govejega mesa, ki se prodaja na Irskem. BIDS je bila ustanovljena za realizacijo študije trga podjetja za gospodarsko svetovanje in poročila delovne skupine za goveje meso. V ta namen je BIDS izdelala sporazum (v nadaljevanju: sporazum BIDS). Cilj sporazuma BIDS je zmanjšati skupno zmogljivost predelovalne industrije v enem letu za 25 %. V ta namen je v sporazumu BIDS predvideno naslednje:

12. Del predelovalcev, ki so člani BIDS (v nadaljevanju: predelovalci, ki izstopijo), naj bi se v pogodbah z BIDS zavezal k temu, da zapusti predelovalno industrijo, zapre predelovalne obrate in spoštuje dvoletno prepoved konkurence (v nadaljevanju: pogodbe o izstopu). Pogodbe o izstopu naj bi nadalje vsebovale obveznosti, da se zemljišč, na katerih so predelovalni obrati v mirovanju, pet let ne uporablja za predelavo goveda (v nadaljevanju: omejitev uporabe) in da se naprave za osnovno predelavo goveda lahko proda predelovalcem na Irskem le kot rezervne naprave ali kot nadomestne dele, sicer pa se jih lahko proda samo zunaj Irske (v nadaljevanju: omejitev razpolaganja). Možnost

mirovanja posameznih predelovalnih obratov ni predvidena. BIDS je s predelovalcem Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (v nadaljevanju: Barry Brothers) že sklenila pogodbo o izstopu.

13. BIDS naj bi predelovalcem, ki izstopijo, izplačala odškodnino. V notranjem razmerju naj bi odškodnine financirali člani BIDS, ki so ostali v predelovalni industriji (v nadaljevanju: predelovalci, ki ostanejo).

14. Prispevki so razvrščeni tako: če predelovalci, ki ostanejo, ne prekoračijo običajnega deleža zakola, prispevki znašajo 2 eura na glavo goveda, če pa prekoračijo svoj običajni delež zakola, se prispevek dvigne za vsako žival, s katero se preseže običajni delež zakola, na 11 eurov na glavo goveda. Običajni delež zakola je odvisen od povprečnega deleža zakola predelovalca v zadnjih treh letih pred izvršitvijo sporazuma BIDS.

*B – Postopek pred irskim organom za varstvo konkurence in sodni postopek v glavni stvari*

15. Med pripravo sporazuma BIDS je BIDS zaprosila irski Competition Authority (v nadaljevanju: Competition Authority) za soglasje.

Competition Authority je 5. in 26. junija 2003 opozoril BIDS na to, da meni, da sporazum BIDS in pogodba o izstopu z Barry Brothers (v nadaljevanju bosta sporazum BIDS in pogodba o izstopu z Barry Brothers označeni skupaj kot pogodbi BIDS) nista združljiva z irskim konkurenčnim pravom. Competition Authority je 30. junija 2003 vložil pri irskem High Court (v nadaljevanju: High Court) predlog na ugotovitev, da pogodbi BIDS kršita člen 81 ES.

16. High Court je zavrnilo predlog Competition Authority s sodbo z dne 27. julija 2006. Zavrnitev je obrazložilo s tem, da pogodbi BIDS nista zajeti s prepovedjo iz člena 81(1) ES. Cilj pogodb BIDS ni omejevanje konkurence, saj njun predmet ni niti sporazum o cenah, niti razdelitev strank, niti omejevanje proizvodnje v smislu člena 81(1), od (a) do (c), ES. Zmanjšanja skupne zmogljivosti ni mogoče opredeliti kot omejevanje proizvodnje. Poleg tega posledica pogodb BIDS ni omejevanje konkurence. Zmanjšanje skupnih zmogljivosti za 25 % bi lahko omejilo konkurenco le, če bi privedlo do pomanjkanja zmogljivosti, kar bi povzročilo zvišanje cen. Ker skupna proizvodnja govejega mesa na Irskem v prihodnje ne bo rasla, ampak bo prej padala, znižanje skupnih zmogljivosti za 25 % zagotavlja, da bo vse govedo predelano. Tudi cene se verjetno ne bodo zvišale. Prispevki bi sicer povečali stroške predelave predelo-

valcev. Vendar se lahko zvišanje cen izključi predvsem zato, ker bi zmanjšanje skupne zmogljivosti predelovalcev, ki ostanejo, privedlo do ekonomije obsega in ker bi imeli odjemalci predelovalcev veliko pogajalsko moč.

pravično udeleženi pri doseženih koristih. Vendar člen 81(3) ES ni pomemben, ker ni izpolnjen niti pogoj načelne prepovedi iz člena 81(1) ES.

17. Tudi omejitve uporabe in razpolaganja ne pomenijo omejevanja konkurence. V sedanjem tržnem položaju sicer ni gospodarsko dopustno graditi novih predelovalnih obratov. Vendar lahko potencialni konkurenti vstopijo na trg prek nakupa drugih predelovalnih obratov (tudi od predelovalcev, ki ostanejo, ali nečlanov BIDS).

20. Competition Authority je odločitev High Court izpodbijal pred irskim Supreme Court (v nadaljevanju: Supreme Court).

#### C – Vprašanje za predhodno odločanje

18. Pogodb BIDS torej ni mogoče izpodbijati v smislu, da je njun cilj omejevanje konkurence.

21. Supreme Court meni, da ta zadeva odpira vprašanje razlage člena 81(1) ES, ki je pomembno za odločitev v glavni stvari. Zato je Sodišču v skladu s členom 234 ES predložilo to vprašanje za predhodno odločanje:

„Če je glede na prepričanje sodišča dejstvo, da

19. Nadalje je High Court menilo, da predpostavke iz člena 81(3) ES niso izpolnjene. BIDS ni dokazala, da bi bili potrošniki

a) obstaja presežna zmogljivost v industriji za predelavo govejega mesa, ki izračunana na podlagi predelane količine na vrhuncu sezone znaša približno 32 %;

- b) bodo imele te presežne zmogljivosti srednjeročno zelo resne posledice za donosnost celotne industrije; za izvršitev sporazuma z naslednjo vsebino:
1. obrati [...] <sup>4</sup>, ki se ukvarjajo z zakolom in predelavo 420.000 živali letno in pomenijo približno 25 % aktivnih zmogljivosti, sklenejo sporazum s podjetji [...] <sup>5</sup>, ki bodo ostala, da izstopijo iz predelovalne industrije in upoštevajo naslednje pogoje;
  2. predelovalci, ki izstopijo, podpišejo klavzulo o prepovedi konkurence za obdobje dveh let v zvezi s predelavo goveda na celotnem otoku Irska;
  3. obrati predelovalcev, ki izstopijo, bodo mirovali;
  4. zemljišča, ki so povezana z obrati v mirovanju, se ne uporabljajo za predelavo govejega mesa pet let;
- c) so neodvisni svetovalci, ne glede na to, da do zdaj še ni bilo občutneje zaznati učinkov zmogljivosti, ki presegajo povpraševanje, posvarili, da presežnih zmogljivosti kratkoročno verjetno ne bo mogoče odpraviti z običajnimi tržnimi ukrepi, čez čas pa bi lahko presežne zmogljivosti privedle do znatnih izgub in na koncu do tega, da bodo predelovalci zapustili predelovalno industrijo,
- d) so se predelovalci govejega mesa, ki pomenijo približno 93 % trga za oskrbo z govejim mesom, sporazumeli o ukrepih za odpravo presežnih zmogljivosti in izrazili pripravljenost plačati prispevek za financiranje plačil predelovalcem, ki bodo privolili v ustavitev proizvodnje, in da so navedeni predelovalci, to je deset družb, ustanovili pravno osebo (Society) <sup>3</sup>

3 – Mišljena je BIDS.

4 – Izpuščen je dodatek „(v nadaljevanju: predelovalci, ki izstopijo)“.

5 – Izpuščen je dodatek „(v nadaljevanju: predelovalci, ki ostanejo)“.

5. predelovalcem, ki izstopijo, se postopno izplača odškodnina po obrokih, ki jih bodo predelovalci, ki ostanejo, posodili Society;

in če obstaja soglasje, da se lahko s takim sporazumom znatno prizadeta trgovina med državami članicami v smislu člena 81(1) ES: ali gre v takem primeru za sporazum, katerega cilj je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu in zato ni združljiv s členom 81(1) Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti?“

6. predelovalci, ki ostanejo, Society plačajo prostovoljni prispevek v višini 2 eura na žival v okviru običajnega deleža zakola in 11 eurov na žival za vsak zakol, ki presega ta delež;

#### IV – Postopek pred Sodiščem

7. prispevek se uporabi za vračilo posojila predelovalcem, ki ostanejo; prispevke se preneha pobirati, ko se vrne vsa posojila;

22. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je bil vložen pri Sodišču 20. aprila 2007. V pisnem postopku so stališča predložili BIDS, Competition Authority, belgijska vlada in Komisija. Na obravnavi z dne 4. junija 2008 so Competition Authority, BIDS in Komisija dopolnili svoje navedbe.

8. naprave za osnovno predelavo govejega mesa predelovalcev, ki izstopijo, se proda le predelovalcem, ki ostanejo, kot rezervne naprave ali rezervne dele ali pa se jih proda zunaj otoka Irska;

#### V – Trditve strank

9. te določbe na vplivajo na svobodo predelovalcev, ki ostanejo, v zvezi s proizvodnjo, oblikovanjem cen, prodajnimi pogoji, uvozom in izvozom, povečanjem zmogljivosti in glede drugega;

23. BIDS, Competition Authority, Kraljevina Belgija in Komisija se strinjajo v zvezi z naslednjimi točkami: člen 81(1) ES razlikuje med omejevanjem konkurence kot ciljem in omejevanjem konkurence kot posledico. Pri omejevanju konkurence kot cilju ni treba

dokazovati posledice. Pri preučitvi, ali gre za omejevanje konkurence kot cilj, je treba upoštevati ne samo vsebino sporazuma, ampak tudi pravni in gospodarski okvir.

24. Stranke se ne strinjajo glede vprašanj, kdaj je treba domnevati, da gre za omejevanje konkurence kot cilj, in ali pogodbi BIDS spadata pod to opredelitev, pri čemer BIDS zastopa stališče, da pogodbi BIDS ne pomenita omejevanja konkurence kot cilja, medtem ko Competition Authority, Kraljevina Belgija in Komisija menijo nasprotno.

25. BIDS izenačuje omejevanje konkurence kot cilj z nedopustnimi omejitvami in sporazumi, ki omejujejo konkurenco *per se*. To kategorijo sporazumov je treba po mnenju BIDS razlagati ozko, saj zajema le omejeno število občutnih omejitev konkurence, kot so sporazumi o cenah, omejevanje proizvodnje ali razdelitev trga ali strank. Le tako očitni in tako škodljivi sporazumi imajo za cilj omejevanje konkurence.

26. BIDS meni, da cilj pogodb BIDS ni omejevanje konkurence. Ob upoštevanju pravnega in gospodarskega konteksta pogodb BIDS postane jasno, da ju ni mogoče uvrstiti v kategorijo omejitev konkurence kot ciljev. BIDS se v zvezi s tem sklicuje na ugotovitve High Court, da ne bo prišlo do omejevanja skupne proizvodnje in do zvišanja cen. Iz sodbe GlaxoSmithKline Services proti Komisiji<sup>6</sup> izhaja, da je take okoliščine treba upoštevati. Poleg tega se ne omejuje svobode predelovalcev, ki ostanejo, v zvezi s proizvodnimi kvotami, tržnimi deleži in cenami. Nadalje je treba upoštevati, da je legitimen cilj pogodb BIDS zmanjšati presežne zmogljivosti. Plačila prispevkov, prepoved konkurence in določbe o uporabi in razpolaganju so nujni ukrepi za doseg tega cilja. Poleg tega pa poudarja, da ni delovala na skrivaj.

27. Po mnenju BIDS iz upoštevanja teh okoliščin izhaja, da pogodbi BIDS nista tako očitni ali tako protikonkurenčni, da bi ju bilo mogoče uvrstiti v kategorijo omejevanja konkurence kot cilja.

28. Po mnenju *Competition Authority* gre za omejevanje konkurence kot cilj pri očitnih omejitvah konkurence ali nedopustnih omejitvah konkurence. Vendar pa ni izr-

6 – Sodba z dne 27. septembra 2006 v zadevi GlaxoSmithKline Services proti Komisiji (T-168/01, ZOdl., str. II-2969).

pnega seznama očitnih ali nedopustnih omejitev konkurence. Ugotavljanje namenov strank ni potrebno. Iz sodbe GlaxoSmithKline Services proti Komisiji<sup>7</sup> ni mogoče potegniti nobenih sklepov za ta postopek.

29. Iz vsebine pogodb BIDS izhaja, da je njun cilj omejevanje konkurence. Competition Authority v zvezi s tem opozarja na načrtovani izstop predelovalcev iz predelovalne industrije, ki tvorijo približno 25 % skupnih zmogljivosti. Po njegovem mnenju to pomeni omejevanje proizvodnje ali pa vsaj omejitve zmogljivosti, ki prav tako omejuje konkurenco. Nadalje Competition Authority opozarja na zvišanje cen zaradi plačil prispevkov, na omejitve uporabe in razpolaganja ter na okoliščino, da predelovalci, ki ostanejo, niso nujno najbolj učinkoviti predelovalci. Tudi te elemente pogodb BIDS je treba po njegovem mnenju opredeliti kot omejevanje konkurence kot cilj.

30. Pozitivne učinke pogodb BIDS je treba upoštevati v skladu s členom 81(3) ES.

31. *Kraljevina Belgija* se v zvezi z razlago pojma omejevanja konkurence kot cilja sklicuje na strukturo člena 81 ES. Ker so podjetja

od začetka veljavnosti Uredbe št. 1/2003 zavezana, da sama presodijo sporazume, je treba poudariti razliko med odstavkoma 1 in 3 člena 81 ES. V okviru preskusa na podlagi člena 81(1) ES je treba preveriti le, ali gre za omejevanje konkurence. Od tega je treba ločiti vprašanje, ali je lahko sporazum, ki je zajet z načelno prepovedjo iz člena 81(1) ES, združljiv s skupnim trgom v skladu s členom 81(3) ES.

32. Po mnenju Kraljevine Belgije je cilj sporazuma, ki je usmerjen v racionalizacijo predelovalne industrije in jo želi doseči z izstopom predelovalcev, ki pomenijo 25 % skupnih zmogljivosti, spremeniti tržna razmerja. Cilj pogodb BIDS je zato omejevanje konkurence.

33. *Komisija* navaja, da se je sodna praksa sodišč Skupnosti v zvezi s pojmom omejevanja konkurence kot cilja na začetku sicer nanašala na primere, katerih predmet so bile nedopustne omejitve. Vendar so sodišča Skupnosti medtem tudi sporazume, katerih namen je bil legitimen, opredelila kot sporazume, katerih cilj je omejevanje konkurence. Zasedovanje legitimnega cilja torej ne izključuje obstoja omejevanja konkurence kot cilja. Člen 81(1) ES se tako uporablja tudi za

<sup>7</sup> – Navedena v opombi 6.

sporazume, katerih cilj je premostitev krize. Drugačno razumevanje ni združljivo s strukturo člena 81 ES. Poleg tega ni pogoj, da bi morale biti omejevanje konkurence očitno. Tudi ni pomembno, ali so bila pogajanja glede pogodb BIDS in sklenitev teh pogodb tajni ali javni.

34. Glede presoje pogodb BIDS je stališče Komisije v bistvenih točkah enako stališču Competition Authority.

*A – Pojem omejevanja konkurence kot cilja*

36. Kot sem uvodoma omenila, je predmet vprašanja za predhodno odločanje sicer le razlaga pojma omejevanja konkurence kot cilja iz člena 81(1) ES. Vendar pa tega pojma ni mogoče razlagati, ne da bi se upoštevalo njegov zakonski okvir. Zato bom najprej obravnavala vsebino, strukturo in uporabo člena 81 ES (1) in nato, kaj je treba razumeti pod pojmom omejevanja konkurence kot cilja (2).

1. Vsebina, struktura in uporaba člena 81 ES

## **VI – Pravna presoja**

35. Ker stranke drugače razumejo pojem omejevanja konkurence kot cilja, bom najprej obravnavala ta pojem (A), preden bom preverila, ali je cilj sporazumov, kot sta pogodbi BIDS, omejevanje konkurence (B). Na koncu bom obravnavala, kako je treba presojati posamezne elemente teh sporazumov glede na skupino primerov iz člena 81(1)(b) ES in generalno klavzulo iz člena 81(1) ES (C).

a) Struktura člena 81 ES

37. V skladu s členom 81(1) ES so načelno prepovedani vsi sporazumi med podjetji, katerih cilj oziroma posledica je občutno

omejevanje konkurence.<sup>8</sup> Omejevanje konkurence kot cilj in omejevanje konkurence kot posledica sta alternativna pogoja.<sup>9</sup> Če je ugotovljeno, da je cilj sporazuma omejevanje konkurence, ni pomembno, ali je posledica sporazuma dejansko omejevanje konkurence.<sup>10</sup> Za načelno prepoved v skladu s členom 81(1) ES torej zadostuje, da ima sporazum za cilj omejevanje konkurence.

39. Člen 81 ES tako predvideva *dvostopenjski preizkus*. Sporazum je torej združljiv s skupnim trgovom, če ni zajet z načelno prepovedjo iz člena 81(1) ES oziroma če je z njo zajet, vendar izpolnjuje pogoje iz člena 81(3) ES. Ugotovitev, da je cilj sporazuma omejevanje konkurence in da je torej zajet z načelno prepovedjo iz člena 81(1) ES, še ne pomeni dokončno, da ta sporazum ni združljiv s skupnim trgovom. Pri presoji je treba to razliko med členom 81(1) ES in členom 81(3) ES upoštevati, kadar obstaja omejevanje konkurence kot cilj v smislu člena 81(1) ES.

38. V skladu s členom 81(3) ES se lahko določi, da se načelna prepoved iz člena 81(1) ES ne uporabi. Za to morajo biti izpolnjeni štirje kumulativni pogoji, h katerim sodi, prvič, da sporazum za doseg dobička prispeva k izboljšanju proizvodnje ali distribucije blaga oziroma k pospeševanju tehničnega ali gospodarskega napredka, drugič, da se potrošnikom zagotovi pravičen delež doseženih koristi. Preostala pogoja sta, da sporazum, tretjič, za zadevna podjetja ne določa nobenih omejitev, ki za doseganje teh ciljev niso nujne, in, četrtič, da ne omogoča izključitve konkurence glede znatnega dela zadevnih izdelkov.

#### b) Uporaba člena 81 ES

40. Pred 1. majem 2004 je imela razlika med odstavkoma 1 in 3 člena 81 ES pomembno procesnoppravno vlogo. V skladu s členom 4(1) Uredbe Sveta št. 17 z dne 6. februarja 1962 o izvajanju členov 85 [zdaj člen 81 ES] in 86 [zdaj člen 82 ES] Pogodbe<sup>11</sup> je veljal sistem prepovedi s pridržkom izjeme: sporazum, ki je bil zajet s prepovedjo iz člena 81(1) ES in ni bil

8 – Glej celotno besedilo člena 81(1) ES, točka 3 teh sklepnih predlogov.

9 – Sodba z dne 30. junija 1966 v zadevi LTM (56/65, Recueil, str. 282 in 303).

10 – Sodba LTM, navedena v opombi 9, str. 303, in sodba z dne 13. julija 1966 v združenih zadevah Consten in Grundig proti Komisiji (56/64 in 58/64, Recueil, str. 322 in 390).

11 – UL L 13, str. 204.

zajet z uredbo o skupinskih izjemah, je bilo treba priglasiti Komisiji. Samo Komisija je lahko tak sporazum izvzela iz načelne prepovedi iz člena 81(1) ES.

41. Z začetkom veljavnosti Uredbe št. 1/2003<sup>12</sup> se je namesto tega sistema uveljavil sistem samopresoje. Sporazumi, ki so zajeti z načelno prepovedjo iz člena 81(1) ES, vendar izpolnjujejo pogoje iz člena 81(3)-ES, niso prepovedani, ne da bi morala Komisija to predhodno ugotoviti.<sup>13</sup> Zdaj morajo zadevna podjetja – po potrebi ob pomoči pravnega svetovalca – načeloma dokazati obstoj pogojev iz člena 81(1) ES in člena 81(3) ES.<sup>14</sup>

## 2. Omejevanje konkurence kot cilj

42. Cilj sporazuma mora biti *omejevanje konkurence*. Res je, da je to merilo težko

razumeti.<sup>15</sup> Člen 81 ES varuje konkurenco predvsem s svojo funkcijo oblikovanja enega samega trga z razmerji, ki so podobna razmerjem na notranjem trgu, in s funkcijo najboljše mogoče oskrbe potrošnikov.<sup>16</sup> Sodišča Skupnosti pri presoji, ali sporazum krši to pravno varovano dobrino, preverijo, ali sporazum omejuje svobodo enega ali več podjetij, da samostojno določajo svojo politiko na trgu (zahteva samostojnosti), in ali ta omejitev svobode vodi do občutnega oviranja tržnih razmerij.<sup>17</sup>

43. V skladu s sodno prakso sodišč Skupnosti se je treba pri preizkusu, ali je *cilj* sporazuma omejevanje konkurence, opreti na vsebino sporazuma ob upoštevanju njegovega pravnega in gospodarskega konteksta.<sup>18</sup> V nadaljevanju bom najprej obravnavala, na podlagi katerega merila je treba presojati, ali je cilj sporazuma omejevanje konkurence (a). Nato bom preučila, ali je ta pojem omejen na očitno omejevanje konkurence (b) in ali obstaja izčrpen seznam omejitev konkurence kot

12 – Uredba št. 1/2003 je začela veljati 1. maja 2004.

13 – Člen 1(1) in (2) Uredbe št. 1/2003.

14 – Dvostopenjska struktura preizkusa v skladu s členom 81 ES je pomembna pri razdelitvi dokaznega bremena. V skladu s členom 2 Uredbe št. 1/2003 nosi stranka ali organ, ki se sklicuje na načelno prepoved iz člena 81(1) ES, dokazno breme glede pogojev iz tega člena, medtem ko mora stranka, ki se sklicuje na to, da te načelne prepovedi ni mogoče uveljavljati, dokazati, da so izpolnjeni pogoji iz člena 81(3) ES.

15 – V zvezi s pojmom omejevanja konkurence glej Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford 2008, 6. izdaja, točke od 2.062 do 2.120; Wish, R., *Competition Law*, London 2003, 5. izdaja, str. od 106 do 128; Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, točke od 2.56 do 2.99.

16 – Sodbe z dne 25. oktobra 1977 v zadevi Metro SB-Großmärkte proti Komisiji (26/76, Recueil, str. 1875, točka 20); z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točka 117) in z dne 23. novembra 2006 v zadevi Asnef-Equifax in Administración del Estado (C-238/05, ZOdl., str. I-11125, točka 52); predvsem v zvezi z blaginjo potrošnikov glej Leupold, H., Weidenbach, G., „Neues zum Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 ES-Vertrag“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, str. 1003 in 1008, opomba 28 z dodatnimi dokazili.

17 – V opombi 16 navedeni sodbi Komisija proti Anic Partecipazioni, točka 117, in Asnef-Equifax in Administración del Estado, točka 52. Temeljna sodba v zvezi z občutnimi učinki: sodba z dne 9. julija 1969 v zadevi Völk proti Vervake (5/69, Recueil, str. 295, točke od 5 do 7).

18 – Sodba LTM, navedena v opombi 9, str. 303; sodba z dne 28. marca 1984 v združenih zadevah CRAM proti Komisiji (29/83 in 30/83, Recueil, str. 1679, točke od 25 do 28, točka 26) in sodba GlaxoSmithKline Services proti Komisiji, navedena v opombi 6, točka 110.

ciljev (c). Na koncu bom predstavila, katere okoliščine pravnega in gospodarskega konteksta bi bile lahko pomembne za ugotovitev, ali gre za omejevanje konkurence, in katere ne (d).

45. Iz te sodne prakse pa ni mogoče sklepati, da ni mogoče upoštevati volje strank. Iz nje je razvidno le razmišljanje, da se podjetja, ki delujejo racionalno, zavedajo posledic sporazuma, ki so očitne v danih okoliščinah, tako da so take posledice vsaj pogojno hotela.<sup>21</sup>

#### a) Upošteveno merilo

44. Iz poimenovanja pojma omejevanja konkurence kot cilja izhaja, da je glavni poudarek na cilju sporazuma. Sodišča Skupnosti so menila, da obstaja cilj ali nagnjenost sporazuma k omejevanju konkurence predvsem takrat, če sporazum nujno povzroči omejevanje konkurence.<sup>19</sup> V tem primeru se stranke načeloma ne morejo sklicevati na to, da niso imele namena omejevati konkurence ali da so s sporazumom zasledovale tudi drug cilj.<sup>20</sup>

46. Nasprotno, iz tega, da sta omejevanje konkurence kot cilj in omejevanje konkurence kot posledica iz člena 81(1) ES<sup>22</sup> v alternativnem razmerju in da je člen 81(1) ES – če gre za omejevanje konkurence kot cilj – oblikovan kot abstraktno ogrožitveno dejanje,<sup>23</sup> izhaja, da se ni mogoče opreti izključno na nujne posledice sporazuma. Upoštevati je mogoče tudi voljo strank sporazuma.<sup>24</sup> O volji strank

19 – Sodba z dne 1. februarja 1978 v zadevi Miller International Schallplatten proti Komisiji (19/77, Recueil, str. 131, točka 7) in sodba CRAM in Rheinzink proti Komisiji, navedena v opombi 18, točke od 25 do 28.

20 – Sodba z dne 8. novembra 1983 v združenih zadevah IAZ International Belgium in drugi proti Komisiji (od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 in 110/82, Recueil, str. 3369, točka 24); sodba Miller International Schallplatten proti Komisiji, navedena v opombi 19, točka 7, in sodba CRAM in Rheinzink proti Komisiji, navedena v opombi 18, točke od 25 do 28.

21 – Kot je pravilno ugotovil generalni pravobranilec Tizzano v točki 77 sklepnih predlogov v zadevi General Motors proti Komisiji (C-551/03 P, sodba z dne 6. aprila 2006, ZOdl., str. I-3173), se stranke poleg tega ne morejo sklicevati na to, da niso poznale prepovedi iz člena 81(1) ES (*ignorantia legis non excusat*). Glej tudi Emmerich, V., v: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, zvezek 1, München 2007, 4. izdaja.

22 – Glej točko 35 teh sklepnih predlogov.

23 – Glej stran 945 sklepnih predlogov sodnika Vesterdorfa, imenovanega za generalnega pravobranilca v združenih zadevah Rhône-Poulenc in drugi proti Komisiji (sodba z dne 24. oktobra 1991, od T-1/89 do T-4/89 in od T-6/89 do T-15/89, Recueil, str. II-867).

24 – Glej točko 78 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Tizzana v zadevi General Motors proti Komisiji, navedeni v opombi 21; Oduda, O., „Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention“, *European Law Review*, 2001, str. 61 in 62.

je mogoče sklepati predvsem iz nastajanja c) Izčrpen seznam?  
sporazuma.<sup>25</sup>

b) Očitno omejevanje konkurence?

47. Iz do sedaj povedanega izhaja, da kategorije omejevanja konkurence kot cilja ni mogoče skržiti na sporazume, ki očitno omejujejo konkurenco. Če je treba upoštevati ne samo vsebino sporazuma, ampak tudi pravni in gospodarski kontekst, uvrstitev sporazuma v omejevanje konkurence kot cilj ne more biti odvisna od tega, ali je ta cilj na prvi pogled razviden ali pa se razkrije šele pri natančni preučitvi okoliščin in volje strank.<sup>26</sup>

25 – Točka 78 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Tizzana, navedeni v opombi 24.

26 – Glej točko 24 sodbe IAZ International Belgium in drugi proti Komisiji, navedena v opombi 20, v kateri je Sodišče analiziralo sistem nadzora z znaki skladnosti. Tudi iz točk 60, 64 in 65 sodbe General Motors proti Komisiji, navedena v opombi 21, izhaja, da očitnost ni nujna. Niti kaj drugega ne izhaja iz točke 136 sodbe z dne 15. septembra 1998 v združenih zadevah European Night Services in drugi proti Komisiji (T-374/94, T-375/94, T-384/94 in T-388/94, Recueil, str. II-3141). Sodišče je sicer v tej sodbi ugotovilo, da pri očitnih omejitvah, kot so določanje cen, razdelitev ali nadzor trgov, preučitev pravnega in gospodarskega konteksta ni nujna, vendar pa to kaže le, da se lahko upoštevanje pravnega in gospodarskega okvira v očitnih primerih enostavno opusti. Iz tega pa ni mogoče sklepati, da je pojem omejevanja konkurence kot cilja omejen na te očitne primere.

48. Po mojem mnenju pojma omejevanja konkurence kot cilja tudi ni mogoče omejiti na izčrpen seznam. Že beseda „zlasti“ v členu 81(1) ES ponazarja, da omejitve konkurence, ki so zajete v členu 81(1) ES, niso samo tiste, ki so navedene v členu 81(1)-od (a) do (e) ES. Zato tudi pojma omejevanja konkurence kot cilja ni mogoče omejiti na primere iz člena 81(1) od (a) do (c) ES.<sup>27</sup>

49. Dalje pojma omejevanja konkurence kot cilja ni mogoče omejiti na določitev cen, razdelitev ali nadzor trga. To, da so se sodišča Skupnosti v mnogih odločbah ukvarjala s temi vrstami omejevanja konkurence, ne pomeni, da sporazumi z drugačnim pred-

27 – Tako tudi: Aicher, J./Schuhmacher, F., v: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, zvezek 2, München januar 2008, 34. dopolnilni zvezek, člen 81, točka 1; Bellamy & Child, op. cit. (opomba 15), opomba 402 k točki 2.097, kjer je pravilno opozorjeno, da imajo lahko tudi drugi sporazumi za cilj omejevanje konkurence. Tudi v Wish, R., op. cit. (opomba 15), str. 106, je opozorjeno na to, da gre le za naštevane primere.

metom ne morejo imeti za cilj omejevanja konkurence.<sup>28</sup>

podvomiti o obstoju omejevanja konkurence.<sup>30</sup>

d) Pravni in gospodarski kontekst

50. Kot je bilo že omenjeno, je treba pri preučitvi, ali je cilj sporazuma omejevanje konkurence, upoštevati ne samo vsebino sporazuma, ampak tudi pravni in gospodarski kontekst.<sup>29</sup> To zahtevo je treba vzeti resno. Vendar pa je ni mogoče razumeti, kot da zajema vse okoliščine, ki govorijo v korist združljivosti sporazuma s skupnim trgov. Nasprotno, iz strukture člena 81(1) ES izhaja, da je treba v skladu s členom 81(1) ES upoštevati le okoliščine pravnega in gospodarskega konteksta, na podlagi katerih je mogoče

51. V nadaljevanju želim predstaviti tri skupine primerov, v katerih se lahko domnevo o obstoju omejevanja konkurence na podlagi dejanskega in pravnega konteksta sporazuma zavrne ali vsaj podvomi o njej<sup>31</sup>:

52. *Prva skupina* primerov zajema primere, v katerih omejitev svobode podjetij, da samostojno določajo svojo politiko na trgu, nima nobenih posledic, ki bi bile upoštevne za konkurenco. To je lahko primer, ko je dvomljivo, ali so si podjetja, ki so udeležena

28 – Glej *Wish*, R., op. cit. (opomba 15), str. od 112 do 114. Čeprav se tam zagovarja zelo ozka razlaga pojma omejevanja konkurence kot cilja (dvomljivo je, ali v okviru člena 81(1) ES obstaja kategorija omejitev konkurence *per se* [prav tam, str. 116 in 117]), se izrecno trdi, da seznam teh sporazumov ni izčrpen. Tudi razmerje med odstavkoma 1 in 3 člena 81 ES govori zoper omejitev pojma na te vrste omejevanj konkurence. V členu 81(1) ES se zgolj preveri, ali je omejevanje konkurence cilj ali posledica. Z ugotovitvijo, da je cilj ali posledica sporazuma omejevanje konkurence, še ni bila izrečena zadnja beseda o združljivosti sporazuma s skupnim trgov. Nasprotno, sporazum je lahko v skladu s členom 81(3)

29 – Glej točko 41 teh sklepnih predlogov.

30 – Glej zlasti sodbo z dne 8. julija 1999 v zadevi *Montecatini* proti Komisiji (C-235/92 P, Recueil, str. I-4539, točke od 114 do 128).

31 – Res je, da teh skupin primerov ni mogoče jasno ločiti, da bi se lahko vsak posamezen primer uvrstilo točno v eno od treh skupin primerov. Za namene tega postopka pa zadostuje preskus, ali je mogoče sporazum uvrstiti vsaj v eno od treh skupin primerov.

pri sporazumu, konkurenčna.<sup>32</sup> Drugi primer so primeri, v katerih je dvomljivo, ali sploh obstaja zadostna konkurenca, ki bi jo bilo mogoče omejiti s sporazumom.<sup>33</sup>

53. *Druga skupina primerov* zajema primere, v katerih je sporazum glede posledic za konkurenco ambivalenten. Če je cilj sporazuma spodbujanje konkurence, kot na primer krepitev konkurence na trgu, odpiranje trga ali vstop novega konkurenta na trg, se lahko omejitev zahteve samostojnosti, ki je nujna za doseganje tega cilja, gledano v celoti, umakne cilju spodbujanja konkurence.<sup>34</sup>

54. *Tretja skupina primerov* zajema dodatne dogovore, ki so potrebni za doseganje glav-

nega cilja.<sup>35</sup> Za namene tega postopka za sprejetje predhodne odločbe je treba v tej skupini primerov razlikovati: če za glavni cilj, ki se ga zasleduje, ne velja načelna prepoved iz člena 81(1) ES, ker je glede konkurence nevtralen ali pa konkurenco spodbuja, potem tudi za dodatne dogovore, ki so potrebni za doseg tega cilja, ne velja načelna prepoved iz člena 81(1) ES.<sup>36</sup> V teh primerih ni mogoče domnevati, da gre za omejevanje konkurence. Če pa za zasledovani glavni cilj velja načelna prepoved iz člena 81(1) ES, gre za omejevanje konkurence.<sup>37</sup>

55. *Okoliščin, na podlagi katerih ni mogoče dvomiti o domnevi omejevanja konkurence,* kot na primer izboljšanje proizvodnje blaga

32 – Sodba *European Night Services in drugi* proti Komisiji, navedena v opombi 26: potencialna konkurenca ni bila dokazana.

33 – Sodba *GlaxoSmithKline Services* proti Komisiji, navedena v opombi 6, točke od 114 do 147: dvom glede učinkov na cenovno konkurenco, saj cene za končne potrošnike zaradi zakonskih določb v pretežni meri niso odvisne od ponudbe in povpraševanja. To sodbo bom natančneje obravnavala v točkah 72 in 73 teh sklepnih predlogov.

34 – Sodba *LTM*, navedena v opombi 9, str. 304: podelitev izključne pravice prodaje za prodor na trg, sodba z dne 8. junija 1982 v zadevi *Nungesser in Eisele* proti Komisiji (258/78, Recueil, str. 2015, točke od 44 do 58); odstop odprte licence za distribucijo nove tehnologije, *Metro SB-Großmärkte* proti Komisiji, navedena v opombi 16, točke od 20 do 22: distribucijski kanali, ki so prilagojeni visoko kakovostnim in tehnično visoko razvitim proizvodom.

35 – Primeri dodatnih dogovorov so prepovedi konkurence, brez katerih prodaja podjetja ne bi bila mogoča (sodba z dne 11. julija 1985 v zadevi *Remia* in drugi proti Komisiji, 42/84, Recueil, str. 2545, točki 19 in 20), prepoved udeležbe ali omejitve dejavnosti, če so te potrebne za delovanje družbe, katere namen je združljiv s konkurenčnimi pravili Skupnosti (sodba z dne 15. decembra 1994 v zadevi *DLG*, C-250/92, Recueil, str. I-5641, točke od 30 do 45), ter omejitve dejavnosti, ki so potrebne za določitev deontologije svobodnih poklicev (sodba z dne 19. februarja 2002 v zadevi *Wouters* in drugi, C-309/99, Recueil, str. I-1577, točka 97) ali za šport brez dopinga (sodba z dne 18. julija 2006 v zadevi *Meca-Medina* in *Majcen* proti Komisiji, C-519/04 P, ZDol., str. I-6991, točke od 42 do 44).

36 – V zvezi s tem: *Bellamy & Child*, op. cit. (opomba 15), točka 2.112.

37 – Ali je treba v teh primerih uporabiti tudi koncept dodatnega dogovora (tako *Bellamy & Child*, op. cit.) ali le člen 81(3) ES, ni treba odločiti za namene tega postopka.

z ekonomijo obsega, ni mogoče upoštevati – niti takrat, kadar se na koncu presodi, da so pozitivne za združljivost sporazuma s členom 81 ES – v okviru člena 81(1) ES, ampak zgolj v okviru člena 81(3) ES.<sup>38</sup>

56. Ta razlika je razvidna že iz besedila člena 81(3) ES, ki jasno določa, da je treba upoštevati tovrstne posledice sporazuma v skladu s členom 81(3) ES. Ta razlika temelji na naslednjem razmišljanju: namen člena 81 ES kot celote je optimalna oskrba potrošnikov.<sup>39</sup> Vendar se v odstavkih 1 in 3 člena 81 ES upoštevajo različni vidiki blaginje potrošnikov. V skladu s členom 81(1) ES so sporazumi, ki omejujejo konkurenco med udeleženci na trgu in s tem zlasti njeno funkcijo, da potrošnike za najmanjšo mogočo ceno najbolje oskrbi s proizvodom<sup>40</sup> ali z inovativnimi proizvodi<sup>41</sup>, načelno prepovedani.<sup>42</sup> Taki sporazumi neposredno pose-

gajo v blaginjo potrošnikov in so zato načelno prepovedani.

57. V členu 81(3) ES se sicer priznava, da vodijo sporazumi, ki omejujejo konkurenco med udeleženci na trgu, predvsem k nižanju proizvodnih stroškov in da lahko znižanje proizvodnih stroškov posredno prispeva k blaginji potrošnikov.<sup>43</sup> Ker pa je znižanje proizvodnih stroškov najprej neposredno v korist proizvajalcem,<sup>44</sup> je združljivost takega sporazuma s skupnim trgov v skladu s členom 81(3) ES pogojena zlasti s tem, da so potrošniki udeleženi pri doseženih koristih. Zakonodajalec Skupnosti je to idejo prenesel v dokazno pravo s tem, da morajo stranke sporazuma, ki omejuje konkurenco, dokazati, da so pogoji iz člena 81(3) ES, predvsem udeležba potrošnikov, izpolnjeni.<sup>45</sup>

58. Iz teh razlogov okoliščin, zaradi katerih ni mogoče dvomiti o obstoju omejevanja konkurence, predvsem racionalizacije proizvodnje

38 – Sodbe z dne 10. marca 1992 v zadevi Montedipe proti Komisiji (T-14/89, Recueil, str. II-1155, točka 265); z dne 6. aprila 1995 v zadevi Tréfilunion proti Komisiji (T-148/89, Recueil, str. II-1063, točka 109) in z dne 18. septembra 2001 v zadevi M6 in drugi proti Komisiji (T-112/99, Recueil, str. II-2459, točke od 72 do 74).

39 – Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (opomba 16), str. 1008, opomba 28 z dodatnimi dokazili.

40 – Ta funkcija konkurence se lahko ovira predvsem s sporazumi o cenah, z omejevanjem proizvodnje (člen 81(1)(a) ES) ter z razdelitvijo trga (člen 81(1)(c) ES).

41 – Ta funkcija konkurence se lahko ovira predvsem s sporazumi, s katerimi se omejuje investicije (člen 81(1)(a) ES).

42 – Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (opomba 16), str. 1008 in 1009, ki te funkcije označita kot „alokativne in dinamične učinkovitosti“; Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect“, *European Competition Law Review*, 2002, str. 20.

43 – Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (opomba 16), str. 1008 in 1009, označujeta te kot produktivne učinkovitosti; Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect“, op. cit. (opomba 42), str. 20.

44 – Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect“, op. cit. (opomba 42), str. 20.

45 – Glej člen 2, drugi stavek, Uredbe št. 1/2003.

z ekonomijo obsega, ni mogoče upoštevati v okviru člena 81(1) ES, temveč le v okviru člena 81(3) ES, čeprav jih je slednjic v okviru združljivosti sporazuma s členom 81 ES treba presojati pozitivno.<sup>46</sup>

### 3. Predlog

59. Na koncu torej ni mogoče slediti ozki razlagi združenja BIDS. Ugotovitev omejevanja konkurence kot cilja ne predpostavlja očitnega omejevanja konkurence. Nadalje ne obstaja izčrpan seznam omejitev konkurence kot ciljev. Pravni in gospodarski kontekst je treba upoštevati le, če se lahko zaradi tega podvomi v obstoj omejevanja konkurence. Druge okoliščine, tudi kadar jih je treba oceniti kot pozitivne za skupni trg, je treba upoštevati šele v okviru člena 81(3) ES.

*B – Ali imajo sporazumi, kot sta pogodbi BIDS, za cilj omejevanje konkurence?*

60. Najprej je treba ugotoviti, da se člen 81(1) ES lahko uporabi za dejavnost in proizvode

46 – Sodbe Montedipe proti Komisiji, navedena v opombi 38, točka 265; Tréfilunion proti Komisiji, navedena v opombi 38, točka 109, in M6 in drugi proti Komisiji, navedena v opombi 38, točke od 72 do 74.

predelovalne industrije.<sup>47</sup> Kot je predstavljeno zgoraj<sup>48</sup>, je treba pri preučitvi, ali je cilj sporazumov, kot sta pogodbi BIDS, omejevanje konkurence, postopati tako: najprej je treba preučiti, ali je nujna posledica takih sporazumov omejevanje konkurence ali pa je njihov namen, da omejijo svobodo strank glede samostojnega določanja njihove politike na trgu (1) in s tem ovirajo razmerja na trgu (2). Potem je treba v okviru celovite presoje preučiti, ali so omejujoči elementi potrebni za doseg namena ali glavnega cilja, ki spodbuja konkurenco in zanj ne velja načelna prepoved iz člena 81(1) ES (3).

1. Omejevanje svobode samostojnega določanja politike na trgu

61. Namen sporazumov, kot sta pogodbi BIDS, je omejevanje svobode predelovalcev, ki izstopijo, in tistih, ki ostanejo, glede samostojnega določanja svoje politike na trgu. Predelovalci, ki izstopijo, naj bi se v pogodbi o izstopu predvsem zavezali, da bodo zapustili trg, da bodo spoštovali

47 – Res je, da je vprašanje za predhodno odločanje usmerjeno k razlagi pojma omejevanja konkurence kot cilja v členu 81(1) ES. Sporazumi, kot sta pogodbi BIDS, pa lahko pomenijo omejevanje konkurence kot cilj iz člena 81(1) ES le, če se člen 81 lahko uporabi za take sporazume. Možnost uporabe člena 81 ES v tej zadevi izhaja iz člena 1 Uredbe Sveta št. 26 z dne 4. aprila 1962 o uporabi nekaterih pravil konkurence v proizvodnji in trgovini s kmetijskimi proizvodi (UL št. 30, str. 993), kot je bila spremenjena z Uredbo Sveta št. 49 z dne 29. junija 1962 o spremembi datuma, s katerim začnejo veljati nekateri instrumenti v zvezi s skupno kmetijsko politiko (UL št. 53, str. 1571), in iz člena 2 Uredbe št. 26, kot je bila spremenjena z Uredbo št. 49. S tega vidika se pravna podlaga za začetkom veljavnosti Uredbe Sveta št. 1184/2006 z dne 24. julija 2006 ni spremenila.

48 – Glej točki 40 in 57 teh sklepnih predlogov.

prepoved konkurence in da bodo spoštovali omejitve uporabe in razpolaganja z obrati v mirovanju.<sup>49</sup> Predelovalci, ki ostanejo, naj bi se v pogodbah BIDS zavezali za plačilo prispevkov.

63. Ali sporazum omejuje tržna razmerja, je mogoče ugotoviti s primerjavo dveh hipotetičnih položajev.<sup>50</sup>

## 2. Oviranje tržnih razmerij

62. Te omejitve zahteve samostojnosti nujno privedejo do oviranja razmerij na trgu. V tej povezavi je treba opozoriti na to, da načelno ni naloga Sodišča, da v postopku za sprejetje predhodne odločbe preizkuša ugotovitve o dejanskem stanju nacionalnega sodišča. Niti ni naloga Sodišča, da preveri, ali so ugotovitve High Court zavezujoče za Supreme Court. Vsekakor pa je naloga Sodišča, da pravo Skupnosti razlaga tako, da nacionalno sodišče lahko pravo Skupnosti uporabi na ustrezen način. K temu sodi tudi presoja, katere dejanske okoliščine so za uporabo prava Skupnosti pomembne in katere ne.

64. *Prvi hipotetični primerjalni položaj* je položaj, kakršen bi bil brez pogodb BIDS. To je mogoče razbrati predvsem iz točk od (a) do (d) vprašanja za predhodno odločanje. Iz točke (c) vprašanja za predhodno odločanje in procesnih aktov izhaja, da do sedaj v predelovalni industriji še ni prišlo do izstopov s trga v omembe vrednem obsegu in da ti izstopi brez sporazuma BIDS vsaj kratkoročno ne bi dosegli 25 % proizvodnih zmogljivosti celotne predelovalne industrije.

65. *Drugi hipotetični primerjalni položaj* je položaj, kakršen bi obstajal ob uporabi pogodb BIDS. Tu je treba preučiti, ali je cilj pogodb BIDS omejevanje konkurence. Zato je

<sup>49</sup> – Glede tega je treba pogodbi BIDS razlikovati od položaja, v katerem se podjetja enostransko odločijo, da bodo izstopila s trga.

<sup>50</sup> – Sodba LTM, navedena v opombi 9, str. 303.

treba – kot je predstavljeno zgoraj<sup>51</sup> – v tem drugem hipotetičnem položaju upoštevati učinke, ki so nujna posledica določb, opisanih v točkah od 1 do 9 vprašanja za predhodno odločanje, kot so na primer učinki, ki jih želijo doseči stranke s temi določbami.

66. Najprej je treba ugotoviti, da je sporazum BIDS horizontalni sporazum, torej sporazum med konkurenti, ki so na trgu na isti ravni. Tudi izstopna pogodba je horizontalni sporazum med predelovalci in združenjem predelovalcev, BIDS.

a) Zmanjšanje proizvodne zmogljivosti celotne predelovalne industrije za 25 %

67. S pogodbama BIDS naj bi se proizvodna zmogljivost celotne predelovalne industrije z izstopom predelovalcev s trga zmanjšala za

25 %. Zdi se mi, da bi izstop predelovalcev s trga in sporazum, da svojih predelovalnih obratov ne bodo uporabljali, načelno lahko omejevala konkurenco med predelovalci, ki ostanejo na trgu.<sup>52</sup>

68. Za konkurenco gre ne samo takrat, ko lahko proizvajalci v celoti izkoristijo svoje zmogljivosti, ampak tudi ko imajo proizvajalci presežne zmogljivosti. Pri proizvajalcu nastajajo fiksni stroški za pripravljenost in vzdrževanje proizvodnih obratov. Pri nižji izkoriščenosti zmogljivosti proizvodnih obratov imajo ti fiksni stroški večji delež v proizvodnih stroških na enoto kot pri visoki izkoriščenosti, saj se delež fiksnih stroškov v proizvodnih stroških na enoto pri visoki izkoriščenosti sorazmerno zniža (tako imenovana ekonomija obsega). Zato za proizvajalca načelno obstaja spodbuda, da z izkoriščenostjo svojih proizvodnih obratov doseže prednosti ekonomije obsega.<sup>53</sup>

69. BIDS dvomi o tem. Pri tem se sklicuje na naslednje okoliščine. Zmanjšanje celotnih zmogljivosti ne vodi do znižanja celotne proizvodnje. Cena za proizvode predelovalcev se ne zviša. Gre za enkratno zmanjšanje proizvodnih zmogljivosti celotnega trga.

52 – Glej sodbo z dne 28. februarja 2002 v zadevi Atlantic Container Line in drugi proti Komisiji, T-395/94, Recueil, str. II-875, točka 56; tako tudi Jürgens, R., *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Peter Lang, Frankfurt na Majni 2007, str. 95.

53 – Glede razmerja med presežnimi zmogljivostmi, ekonomijo obsega in povečanjem konkurence glej Schulz, N., *Wettbewerbspolitik*, Tübingen 2003, str. od 84 do 86.

51 – Glej točki 40 in 57 teh sklepnih predlogov.

Preden bom obravnavala te okoliščine, želim še enkrat opozoriti na to, da se tu lahko upoštevajo le okoliščine, na podlagi katerih bi bilo mogoče dvomiti o obstoju omejevanja konkurence.<sup>54</sup>

70. *Prvič*, zdi se mi logično, da je pri stalni celotni proizvodnji<sup>55</sup> med udeleženci na trgu načelno večja konkurenca na trgu z visokimi presežnimi zmogljivostmi kot pa na trgu z nizkimi (ali neobstoječimi) presežnimi zmogljivostmi. Na trgu z visokimi presežnimi zmogljivostmi je za povprečnega proizvajalca težje, da doseže isto izkoriščenost svojih proizvodnih obratov kot na trgu z nizkimi presežnimi zmogljivostmi. Ker se ekonomija obsega znižuje s koeficientom izkoriščenosti, je povprečni proizvajalec podvržen večjemu pritisku konkurence na trgu z visokimi presežnimi zmogljivostmi kot pa na trgu z nizkimi presežnimi zmogljivostmi. V ekonomski znanosti se priznava medsebojna odvisnost med presežnimi zmogljivostmi, ekonomijo obsega in pritiskom konkurence.<sup>56</sup>

54 – Glej točke od 48 do 56 teh sklepnih predlogov.

55 – High Court je izhajalo iz tega, da se celotna proizvodnja ne bi bistveno spremenila.

56 – O razmerju med presežnimi zmogljivostmi, ekonomijo obsega in povečanjem konkurence glej Schulz, N., op. cit. (opomba 53), str. od 84 do 86.

71. Ne vidim razloga, ki bi v tej zadevi nasprotoval tej medsebojni odvisnosti. Zlasti se mi zdi, da za obstoj te medsebojne odvisnosti ni pomembno, ali so presežne zmogljivosti nastale zaradi zmanjšane povpraševanja ali, kot v tej zadevi, zaradi spodbujanja gradnje in razvoja predelovalnih obratov in zaradi enakomerne razdelitve polizdelkov, ki jih je treba predelati. V korist temu govori tudi to, da je bila ta medsebojna odvisnost ugotovljena tudi v študiji trga. Tako ni mogoče zaradi same okoliščine, da se skupna proizvodnja ne zmanjšuje, trditi, da ne gre za omejevanje konkurence.<sup>57</sup>

72. *Drugič*, po mojem mnenju tudi zaradi okoliščine, da se cene ne bodo zvišale, ni mogoče izključiti omejevanja konkurence. V tej zadevi gre le za vprašanje, ali je cilj sporazumov, kot sta pogodbi BIDS, omejevanje konkurence. Obstoj omejevanja konkurence in mogoči učinki omejevanja konkurence na cene sta dve ločeni vprašanji. To se kaže že pri tem, da lahko veliko dejavnikov vpliva na cene. Vsi ti dejavniki pa ne morejo izključiti obstoja omejevanja konkurence.

57 – Mnenje BIDS je poleg tega mogoče raztegniti s primerom *ad absurdum*: če obstajajo na trgu z duopolom na strani ponudbe visoke presežne zmogljivosti in eden od dveh proizvajalcev v dogovoru z drugim proizvajalcem ustavi svojo proizvodnjo, ne da bi prišlo do zmanjšanja celotne proizvodnje, cilj takega sporazuma po mnenju BIDS ne bi bil omejevanje konkurence. Dejansko pa bi bila posledica take spremembe strukture trga obsežna izključitev konkurence, saj bi bil ponudnik, ki bi ostal na trgu, kot monopolist izpostavljen le potencialni konkurenci.

73. V tej zadevi naj bi bilo zvišanje cen izključeno zaradi ekonomije obsega, ki se doseže z večjo izkoriščenostjo, in zaradi moči strank predelovalcev. Res je, da bi bila ekonomija obsega, odvisno od primera, lahko posledica zmanjšanja proizvodnih zmogljivosti celotne predelovalne industrije. Ne more pa izključiti obstoja omejevanja konkurence iz člena 81(1) ES. Poleg tega je treba ekonomijo obsega kot prednost, ki je najprej neposredno v korist predelovalcev, upoštevati v okviru člena 81(3) ES.<sup>58</sup> Tudi pogajalska moč strank predelovalcev načelno ne more omajati obstoja omejevanja konkurence, celo če bi izključila zvišanje cen, in jo je treba zato upoštevati v okviru člena 81(3) ES.<sup>59</sup>

74. Ta položaj prav tako ni primerljiv z dejanskim stanjem, na katerem temelji sodba GlaxoSmithKline Services proti Komisiji<sup>60</sup>. V tem primeru – ki se sicer nanaša na vertikalno ureditev cen – so bile cene na

ravni prodaje končnim potrošnikom v veliki meri določene z zakonskimi predpisi in tako v pretežnem delu niso bile odvisne od učinkov ponudbe in povpraševanja.<sup>61</sup> V takem primeru bi lahko obstajal dvom, ali lahko vertikalna ureditev cen omejuje konkurenco v smislu člena 81(1) ES.<sup>62</sup> Ta zadeva pa ni primerljiva že zaradi tega, ker ni zakonske določbe, ki bi lahko preprečevala, da se koristi, ki nastanejo zaradi konkurence med predelovalci, ki ostanejo, prenesejo na potrošnike.

75. To, da se cene ne bodo zvišale, ne izključuje vseh možnosti učinkovite konkurence. Nasprotno, *znižanje cen* je na trgu z visokimi presežnimi zmogljivostmi in stalno celotno proizvodnjo tipičen konkurenčni ukrep. S tem lahko proizvajalec poskuša velik del povpraševanja usmeriti nase in s tem povečati koeficient izkoriščenosti ter doseči ekonomijo obsega.<sup>63</sup> Okoliščina, da se cene ne bodo zvišale, sama torej ne more izključiti obstoja omejevanja konkurence.

58 – Glej točke od 53 do 56 teh sklepnih predlogov; Bellamy & Child, op. cit. (opomba 15), točka 3.029; Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect“, op. cit. (opomba 42), str. 19; Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (opomba 16), str. 1008 in 1009.

59 – O pogajalski moči potrošnikov glej točke od 114 do 128 sodbe Montecatini proti Komisiji, navedena v opombi 30. Glede na točko 116 te sodbe se je pritožnica sklicevala predvsem na to, da Sodišče ni upoštevalo večje pogodbene moči potrošnikov. V točki 127 te sodbe je Sodišče ugotovilo, da bi bile take okoliščine lahko pomembne le takrat, kadar je na podlagi gospodarskega konteksta izključena vsaka možnost učinkovite konkurence.

60 – Navedena v opombi 6.

61 – Prav tam, točke od 114 do 134.

62 – V takem primeru je treba natančno preučiti, ali je ovirana funkcija konkurence najbolje oskrbeti potrošnike s proizvodom za najnižjo mogočo ceno (glej k temu točko 50 teh sklepnih predlogov).

63 – Schulz, N., op. cit. (opomba 56), str. od 84 do 86.

76. *Tretjič*, ni si mogoče predstavljati, v kakšni meri lahko okoliščina, da se celotno zmogljivost „naenkrat“ zmanjša, izključi omejitve konkurence z zmanjšanjem celotnih zmogljivosti. Sicer je treba opozoriti na to, da učinki pogodbe o izstopu in sporazuma BIDS niso omejeni na en trenutek. Prepoved konkurence morajo namreč predelovalci, ki izstopijo, spoštovati dve leti, omejitve uporabe in razpolaganja pa pet let.

b) Izstop predelovalcev s trga

78. Kot je navedeno zgoraj<sup>65</sup>, je iz točke (c) vprašanja za predhodno odločanje in procesnih aktov mogoče razbrati, da do sedaj v predelovalni industriji še ni prišlo do izstopov s trga v omembe vrednem obsegu in da ti izstopi brez sporazuma BIDS vsaj kratkoročno ne bi dosegli 25 % proizvodnih zmogljivosti celotne predelovalne industrije.

79. Zaradi celovitosti bom sedaj dodatno preučila, ali bi bilo treba domnevati, da gre za omejevanje konkurence tudi takrat, kadar bi prišlo v prvem hipotetičnem primerjalnem položaju (brez sporazumov, kot sta pogodbi BIDS) na podlagi tržnih mehanizmov do izstopa s trga primerljivega obsega.

77. *Na koncu* ne vidim razloga, zaradi katerega bi bilo mogoče podvomiti o povezavi med zmanjšanjem proizvodnih zmogljivosti celotne predelovalne industrije za 25 % z izstopom s trga posameznih predelovalcev in omejevanjem konkurence, niti v okoliščinah, ki jih je navedla BIDS, niti v drugih okoliščinah zadeve v glavni stvari. Nasprotno, sporazum pomeni onemogočanje konkurence. Pri zmanjšanju celotne zmogljivosti za 25 % nimam resnih dvomov glede tega, kako občuten je tak ukrep za konkurenco. Če ne upoštevamo celovite presoje, ki jo moram še izvesti pod točko 3, se zdi cilj omejitve za 25 % proizvodne zmogljivosti celotne predelovalne industrije občutno omejevanje konkurence.<sup>64</sup>

80. V skladu s členom 81(1) ES je vsaka omejitev zahteve samostojnosti prepovedana, če privede do nastanka konkurenčnih pogojev, ki glede na vrsto blaga ali opravljene storitve, pomen in število udeležениh podjetij ter obseg upoštevne trga, niso enaki normalnim tržnim pogojem.<sup>66</sup>

64 – Tako tudi Jürgens, R., op. cit. (opomba 52), str. 95.

65 – Glej točko 62 teh sklepnih predlogov.

66 – Glej sodbo Komisija proti Anic Participazioni, navedena v opombi 16, točki 116 in 117.

81. V prvem hipotetičnem primerjalnem položaju (brez pogodb BIDS) bi selektivna funkcija konkurence načeloma privedla do tega, da bi na trgu ostali najučinkovitejši predelovalci oziroma predelovalci, ki najbolj izpolnjujejo zahteve svojih strank in nazadnje potrošnikov. Če v drugem hipotetičnem primerjalnem položaju (s pogodbama BIDS) do izbire predelovalcev, ki ostanejo, ne pride na podlagi tržnih mehanizmov, ampak na podlagi dogovora med predelovalci, to ovira selektivno funkcijo konkurence. Temu v korist v tej zadevi govori predvsem to, da sporazum BIDS ne predvideva možnosti, da se zaustavi posamezne predelovalne obrate. Predelovalec tako v skladu s sporazumom BIDS ne more zaustaviti svojih neučinkovitih predelovalnih obratov in še naprej ostati na trgu z učinkovitimi predelovalnimi obrati.

82. S pridržkom celovite presoje, ki jo moram še izvesti pod točko 3, lahko ugotovimo, da je cilj tega posega v selektivno funkcijo konkurence omejevanje konkurence.<sup>67</sup>

### c) Prispevki

83. Najprej je treba ugotoviti, da plačevanje prispevkov vodi do tega, da predelovalci, ki

ostanejo, ne morejo svobodno razpolagati s prispevki in si povečujejo predelovalne stroške. Z zvišanjem predelovalnih stroškov predelovalci, ki ostanejo, prej dosegajo prag izgube. Posledica je lahko omejevanje konkurence, če bi prispevki občutno vplivali na ravnanje predelovalcev, ki ostanejo, na trgu.<sup>68</sup> Nacionalno sodišče mora tako preveriti, ali bi lahko prispevki ne glede na njihovo višino občutno vplivali na ravnanje predelovalcev, ki ostanejo na trgu.

84. Nadalje lahko razdelitev prispevkov na stopnje glede na običajen delež zakola vodi do omejevanja konkurence med predelovalci, ki ostanejo. BIDS je sicer trdila, da plačilo prispevka pomeni le „ceno“ za to, da predelovalci, ki ostanejo, prevzamejo tržne deleže predelovalcev, ki izstopijo. Predelovalci, ki ostanejo, bi se morali boriti za osvojitve teh tržnih deležev. K temu prispeva vsak predelovalec stroške v višini 11 eurov. Konkurenca med predelovalci, ki ostanejo, tako ni omejena.

67 – Tako tudi Jürgens, R., op. cit. (opomba 52), str. 95.

68 – Sodba z dne 12. septembra 2000 v zadevi Pavlov in drugi (C-180/98, Recueil, str. I-6451, točke od 90 do 97).

85. Na tem mestu zadostuje napotek, da je nujna posledica take ureditve, da bodo predelovalci, ki ostanejo, v zvezi s svojim običajnim tržnim deležem zaščiteni. Če je predelovalec, ki ostane in je svoj običajni delež zakola že dosegel (Out-Performer), konkurent predelovalca, ki ostane in svojega običajnega deleža zakola še ni dosegel (Low-Performer), je Out-Performer tako dolgo za 9 eurov na slabšem, dokler Low-Performer ne doseže svojega običajnega deleža zakola. Razvrstitev se tako nagiba k temu, da ščiti vsakega predelovalca, ki ostane, v okviru njegovega običajnega deleža zakola. Vendar predelovalci, ki ostanejo, niso v konkurenci le glede deleža zakola predelovalcev, ki izstopijo, ki je postal prost, ampak tudi v okviru njihovega običajnega deleža zakola. Razvrstitev prispevkov torej dodatno omejuje konkurenco v zvezi z običajnim deležem zakola. Če predelovalec na podlagi okoliščin na trgu lahko domneva, da bo skupna proizvodnja v prihodnosti ostajala na isti stopnji ali padala<sup>69</sup>, lahko poleg tega natančno predvidi, kdaj bo prekorčil svoj običajni delež zakola.

86. Iz zgoraj<sup>70</sup> navedenih razlogov je nepomembno, da se skupna proizvodnja ne bo zmanjšala s prispevki in se cene ne bodo zvišale. Tudi okoliščina, da naj bi bili prispevki

omejeni na eno leto, ne more na splošno izključiti domneve omejevanja konkurence. Take okoliščine bi se lahko po potrebi upoštevalo v skladu s členom 81(3) ES.

d) Določbe o uporabi in razpolaganju

87. Če bi se z določbami o uporabi in razpolaganju oviralo predelovalce, ki izstopijo, pri ponovnem vstopu na trg, to pomeni ukrep, ki zagotavlja izstop s trga in s tem krepi učinke izstopa predelovalcev s trga. Glede tega bi rada napotila na zgornje navedbe.<sup>71</sup>

88. Nadalje je lahko cilj omejitve uporabe in razpolaganja tudi to, da se odvrča potencialne druge konkurente, ki niso člani

69 – To je ugotovilo High Court.

70 – Glej točke od 68 do 73 teh sklepnih predlogov.

71 – Glej točke od 65 do 75 teh sklepnih predlogov.

BIDS. Ugotovljeno je, da gradnja novih predelovalnih obratov pod trenutnimi tržnimi pogoji gospodarsko ni smiselna<sup>72</sup>, tako da se mi zdi, da bi omejitve uporabe in razpolaganja, kot so predvidene v pogodbah BIDS, načelno lahko omejile konkurenco, ki jo pomenijo potencialni drugi konkurenti.

89. Člen 81(1) ES varuje tudi potencialno konkurenco.<sup>73</sup> Če je ugotovljeno, da so novi konkurenti v preteklosti uspešno vstopali na trg<sup>74</sup>, se zdi, da to v prihodnosti ne more biti le popolnoma teoretična možnost. Zato veliko govori v korist temu, da se z določbami o uporabi in razpolaganju omejuje dostop potencialnih konkurentov do trga.

90. Ali imajo potencialni drugi konkurenti tudi druge možnosti za dostop do trga, je lahko po mojem mnenju pomembno le za to, ali je omejevanje konkurence občutno. Ker naj bi bilo 25 % celotnih proizvodnih zmogljivosti obremenjenih s prepovedjo uporabe in razpolaganja, gre zelo verjetno za občutno omejevanje konkurence.

72 – High Court je to ugotovilo.

73 – Sodba z dne 28. februarja 1991 v zadevi Delimitis (C-234/89, Recueil, str. I-935, točka 21).

74 – High Court je opozorilo na vstop Exel Meats Limited na trg.

91. Nacionalno sodišče mora torej preveriti, ali obstajajo potencialni konkurenti za vstop na trg in ali bi se ti lahko zanimali za vstop na trg z uporabo predelovalnih obratov predelovalcev, ki izstopijo.

92. Nadalje predelovalci, ki ostanejo, ne morejo uporabljati obratov v mirovanju za razvoj svojih zmogljivosti. Tudi to pomeni omejevanje konkurence, predvsem če gradnja novih predelovalnih obratov pod trenutnimi tržnimi pogoji gospodarsko ni smiselna<sup>75</sup>.

93. Okoliščina, da skupna proizvodnja z določbami o uporabi in razpolaganju ne bo zmanjšana in da se cene ne bodo zvišale, iz zgoraj<sup>76</sup> navedenih razlogov ni pomembna.

75 – High Court je to ugotovilo.

76 – Glej točke od 68 do 73 teh sklepnih predlogov.

e) Predlog

3. Upoštevanje ciljev, ki jih zasledujeta pogodbi BIDS

94. S pridržkom upoštevanja namena spodbujanja konkurence ali glavnega cilja pogodb BIDS, ki je neoporečen z vidika konkurence, pa lahko podam naslednji vmesni predlog: vsaj načrtovano zmanjšanje proizvodnih zmogljivosti celotne predelovalne industrije za 25 % z izstopom predelovalcev s trga, razvrstitev prispevkov in omejitev uporabe in razpolaganja so elementi sporazuma, katerih nujna posledica je omejevanje konkurence.

95. V zvezi s tem bi rada zaradi celovitosti opozorila na to, da BIDS ni ukrepala pod državno prisilo.<sup>77</sup> Dejstvo, da je irska vlada financirala študijo trga in da je delovna skupina za goveje meso pozvala predelovalce predelovalne industrije k izvajanju te študije trga, ne pomeni državne prisile.

96. BIDS se sklicuje na to, da je cilj pogodb BIDS omejiti presežne zmogljivosti in doseči ekonomijo obsega. Trdi, da sta zlasti naložitev prispevkov in omejitev uporabe in razpolaganja utemeljeni s tem legitimnim ciljem.

97. *Prvič*, na tem mestu bi rada še enkrat opozorila na to, da je predmet te preučitve le to, ali je cilj sporazuma omejevanje konkurence. Predmet preučitve na podlagi člena 81(1) ES ni to, ali je omejevanje konkurence tako očitno ali vredno graje, da bi jo bilo mogoče primerjati s tipičnim omejevalnim sporazumom.

98. *Drugič*, treba je upoštevati, da okoliščina, da se je en sektor znašel v konjunkturi ali strukturni krizi, v skladu z ustaljeno sodno prakso ne privede do tega, da se člen 81(1) ES ne uporablja.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> – Načelno je tako okoliščino treba dokazati le, če se zadevno podjetje na to sklicuje, glej sodbo Montecatini proti Komisiji, navedena v opombi 30, točka 128.

<sup>78</sup> – Sodba z dne 13. decembra 2006 v združenih zadevah FNCBV proti Komisiji (T-217/03 in T-245/03, ZOdl., str. II-4987, točka 90) in z dne 20. aprila 1999 v združenih zadevah Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi proti Komisiji (od T-305/94 do T-307/94, od T-313/94 do T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 in T-335/94, Recueil, str. II-931, točka 740).

99. *Tretjič*, okoliščina, da stranke s sporazumom zasledujejo legitimen cilj, v skladu s sodno prakso Sodišča načeloma ne izključuje ugotovitve obstoja omejevanja konkurence kot cilju.<sup>79</sup>

100. Nekaj drugega velja glede na zgoraj predstavljeno<sup>80</sup> sodno prakso Sodišča le takrat, če sporazum zasleduje bodisi cilj, ki spodbuja konkurenco, bodisi cilj, ki je konkurenčno nevtralen. Tega v tej zadevi ni mogoče domnevati. Nasprotno, cilj, to je povečati donosnost celotne predelovalne industrije z zmanjšanjem presežnih zmogljivosti za 25 %, nujno privede do omejevanja konkurence.<sup>81</sup>

101. *Četrtrič*, cilj BIDS je doseči proizvodno prednost z ekonomijo obsega. Iz odstavka 1 v povezavi z odstavkom 3 člena 81 ES je sicer razvidno, da je mogoče tak cilj upoštevati le v skladu s členom 81(3) ES.<sup>82</sup>

79 – Sodba IAZ International Belgium in drugi proti Komisiji, navedena v opombi 20, točke od 22 do 25.

80 – Glej točke od 50 do 53 teh sklepnih predlogov.

81 – Glej točke od 65 do 75 teh sklepnih predlogov.

82 – Glej točke od 53 do 55 teh sklepnih predlogov.

#### 4. Predlog

102. Kot ugotovitev je treba navesti, da je cilj sporazuma, kot sta pogodbi BIDS, omejevanje konkurence.

#### *C – Končna presoja elementov sporazuma, kot sta pogodbi BIDS*

103. Zdaj bom predstavila, kako je treba posamezne elemente sporazumov, kot sta pogodbi BIDS, presojati glede na skupino primerov v členu 81(1)(b) ES in generalno klavzulo.

104. Res je, da po mojem mnenju vsekakor obstajajo pridržki zoper čezmerno kategorizacijo omejitev konkurence. Vsebino sporazuma je treba vedno preučiti glede na pravni in gospodarski kontekst. Ta zadeva po mojem mnenju kaže, da pristop, v skladu s katerim se sporazum primerja s tipičnimi občutnimi omejitvami konkurence, ni vedno ustrezen in lahko da napačen odgovor na vprašanje, kdaj obstaja omejevanje konkurence kot cilj.

Ker pri primerih iz člena 81(1) od (a) do (e) ES poleg tega ne gre za izčrpen seznam primerov, taka kategorizacija niti ni nujno potrebna. Nasprotno, s pravnega vidika zadostuje preučiti zadevo glede na generalno klavzulo.

trgu. Tretjič, zdi se mi, da se glede na namen predpisa ni utemeljeno sklicevati na proizvodnjo celotnega trga. Nasprotno, cilj člena 81(1) ES varovati funkcijo konkurence, da najbolje oskrbi potrošnike s proizvodom za najnižjo možno ceno, je pomemben že, če en udeleženec na trgu svojo proizvodnjo omeji ali popolnoma ustavi.

105. Oblikovanje kategorij pa je lahko v pomoč podjetjem in njihovim zastopnikom predvsem zaradi trenutno veljavnega sistema samopresoje. Zato Sodišču predlagam, naj zgoraj identificirane omejitve konkurence kot cilje, kategorizira tako:

107. Razvrstitev prispevkov lahko predelovalce, ki ostanejo, odvrne od tega, da bi svoj tržni delež povečali na račun običajnega deleža zakola drugega predelovalca, ki ostane. Zato prav tako pomeni omejevanje proizvodnje.

106. Zmanjšanje skupne zmogljivosti je samo po sebi omejevanje konkurence, ki je zajeto z generalno klavzulo v skladu s členom 81 ES. Ali poleg tega pomeni tudi omejevanje proizvodnje v smislu člena 81(1)(b) ES<sup>83</sup>, lahko ostane odprto. Če se – kot v tej zadevi – omejitev skupne zmogljivosti doseže z izstopom s trga in tako z ustavitvijo proizvodnje posameznih predelovalcev, gre tudi za omejevanje proizvodnje iz člena 81(1)(b) ES. Prvič, iz besedila člena 81(1)(b) ES ni mogoče razbrati, da mora iti za celotno proizvodnjo. Drugič, primerjava z drugimi primeri govori v korist temu, da zadostuje že omejevanje proizvodnje enega udeleženca na

108. Omejitve uporabe in razpolaganja prav tako lahko omejijo razširitev proizvodnje predelovalca z razširitvijo njegove zmogljivosti in jih je tudi zato treba opredeliti kot omejitve proizvodnje.

83 – Glej v tem smislu točko 56 sodbe *Atlantic Container Line AB in drugi* proti Komisiji, navedena v opombi 52.

## **VII – Predlog**

109. Na podlagi zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Supreme Court, odgovori:

„Cilj sporazuma z vsebino in v okoliščinah, kot so bile opisane v vprašanju za predhodno odločanje, je omejevanje konkurence in zato ni združljiv s členom 81(1) ES, če so izpolnjene druge predpostavke te določbe.“