

Program izobraževanja sodnikov o konkurenčnem pravu ES

»Education and Training of National Judges in the Field of EC Competition Law«

december 2008 – junij 2009

Tretji seminar: zasebno uveljavljanje pravil antitrusta – študija primera

MOOT CASE

Družba LackLuster AG s sedežem v Frankfurtu, Zvezna republika Nemčija, je pri okrožnem sodišču v Ljubljani vložila tožbo proti družbi Prodajalec d.d. s sedežem v Ljubljani. Zahtevek tožnika se glasi na plačilo odškodnine zaradi škode, ki je tožniku nastala zaradi zatrjevane zlorabe prevladujočega položaja tožene stranke.

1. NAVEDBE TOŽEČE STRANKE

A. UPOŠTEVNI STVARNI TRG

Tožena stranka je drugi največji ponudnik storitev hipermarket prodaje v Republiki Sloveniji. Relevantni trg prodaje v hipermarketih tožeča stranka opredeljuje s pretežno subjektivnimi kriteriji presoje. Tožeča stranka ugotavlja, da trg prodaje v hipermarketih predstavlja poseben, ločen trg od ostalih načinov ponujanja izdelkov široke potrošnje potrošnikom, saj ima značilnosti, ki jih potrošniki percipirajo kot posebne. Trg prodaje v hipermarketih potrošnikom namreč omogoča način kupovanja »vse na enem mestu«, kar nakupovanje v hipermarketih postavlja v sam vrh izbire načina zadovoljevanja potreb po osnovnih živilskih in neživilskih izdelkih. Tožeča stranka navaja tudi, da je raziskava, ki so jo izvedli neodvisni strokovnjaki z Inštituta za konkurenčno pravo, izkazala, da dobavitelji izdelkov splošne potrošnje večinski del prodaje svojih izdelkov (75%) beležijo prav v hipermarketih. Tožeča stranka tožbi prilaga tudi raziskavo z naslovom »Nakupovalne navade Slovencev«, ki izkazuje, da kar 65% vsega prebivalstva nakupuje pretežno v hipermarketih, saj slednji poleg možnosti nakupa blaga široke potrošnje obenem ponujajo tudi dodatne storitve ter omogočajo relativno enostaven dostop (parkirišča). Raziskava kaže tudi, da so hipermarketi prva izbira 65% prebivalstva s povprečno kupno močjo tudi zaradi

delovnega časa – največ nakupov je opravljenih prav ob sobotah popoldan in nedeljah dopoldan. Tožeča stranka opredeljuje hipermarkete kot trgovine, ki ponujajo (a) naslednje vrste živil: kruh, mleko in mlečne izdelke, hlajene in zamrznjene izdelke, pijače, sveže in pripravljeno meso, sveže sadje in zelenjavo, pakirane in konzervirane izdelke, temeljne živilske izdelke (olja, kis, moko, sladkor, sol, kavo, čaj, začimbe...), in (b) naslednje neživilske izdelke: milo, toaletni papir, detergente, pralni prašek, osnovna oblačila, higienske izdelke. Poleg tega se v njihovih prostorih nahajajo tudi dodatne samostojne specializirane trgovine z artikli srednjega in višjega razreda (športne trgovine, parfumerije ipd.) ter razne storitvene dejavnosti (frizer, kavarne, slaščičarne) ter osnovne bančne storitve (vsaj bančni avtomat).

B. UPOŠTEVNI GEOGRAFSKI TRG

Tožeča stranka navaja, da je upoštevni geografski trg sestavljen iz petih ločenih geografskih trgov, ki sovpadajo s štirimi pomembnejšimi statističnimi regijami Republike Slovenije. Tožeča stranka tako opredeljuje upoštevne geografske trge kot (a) trg Osrednjeslovenske regije, (b) trg Jugovzhodne Slovenije, (c) trg Savinjske regije, (d) trg Primorske regije in (e) trg Podravske regije. Tožeča stranka svojo opredelitev geografskega upoštevnege trga argumentira s podrobno analizo substitutivnosti na strani povpraševanja (predvsem z analizo navad potrošnikov). Iz analize, ki jo tožeča stranka prilaga tožbi, je razvidno, da je tožeča stranka za definicijo regionalnih upoštevnege trgov uporabila prirejeno SSNIP metodo, pri čemer je poleg klasično uporabljene metodologije (dvig cene ponderirane košarice izdelkov za 5%) upoštevala tudi različnost vrednotenja potnih stroškov glede na socialni status kupcev in številčnost članov v družini, ki splošno tvori eno enoto potrošnika ter preference potrošnikov glede razporeditve artiklov v hipermarketih. Tožeča stranka namreč ugotavlja, da bi klasična uporaba metode SSNIP izkazovala nepravilne rezultate glede substitutivnosti in zato tudi nepravilno – preširoko – definicijo upoštevnege geografskega trga. Z metodo, ki je opisana v nadaljevanju, je tožeča stranka ugotovila, da je relevantni geografski trg mogoče definirati kot prostor, ki obsega krožno območje v radiju 15 minut vožnje od posameznega hipermarketa (ki bi ga glede na metodologijo SSNIP testa nadzoroval hipotetični monopolist). Tožeča stranka opozarja, da je mogoče ugotoviti, da je pri presoji geografskega relevantnega trga potrebno upoštevati navedene dodatne parametre; v nasprotnem primeru bi se radij upoštevnege trga dvignil na 45 minut vožnje od posameznega hipermarketa, kar bi trg razširilo domala na celotno območje Republike Slovenije. Tožeča stranka tako poudarja, da vrednost potnega stroška ni univerzalna enota, saj se spreminja glede na socialni status potrošnikov (višji strošek za potrošnike z nižjimi dohodki), glede na prostorsko umeščenost (cestne povezave – strošek goriva) in glede na število družinskih članov (majhni otroci negativno vplivajo na mobilnost potrošnika). Zato je ob uporabi modificiranega SSNIP testa mogoče ugotoviti, da potrošnikom substitute predstavljajo zgolj hipermarketi, ki se nahajajo v radiju 15 minut vožnje od obstoječih hipermarketov. Takšen rezultat po navajanju tožeče stranke jasno kaže, da je kot relevantni geografski trg potrebno opredeliti pet ločenih trgov v obsegu petih najpomembnejših statističnih regij v Republiki Sloveniji.

C. TRŽNI DELEŽI IN KONCENTRACIJA TRGA

Tožeča stranka navaja, da ima družba Prodajalec d.d. na predhodno opredeljenih geografskih trgih na trgu prodaje v hipermarketih naslednje tržne deleže:

| | |
|--------------------------|-----|
| Osrednjeslovenska regija | 47% |
| Jugovzhodna Slovenija | 59% |
| Savinjska regija | 60% |
| Primorska regija | 62% |
| Podravska regija | 51% |

Tožeča stranka dalje navaja, da ima družba Prodajalec d.d. na zgoraj opredeljenih upoštevnihih trgih konkurente z naslednjimi tržnimi deleži (tržni deleži izhajajo iz izkazane letnega prometa za preteklo poslovno leto):

| | Soles d.d. | Varčevalec d.d. | LackLuster d.o.o. | Rene d.d. |
|--------------------------|-------------------|------------------------|--------------------------|------------------|
| REGIJA | | | | |
| Osrednjeslovenska regija | 13% | 10% | 15% | 15% |
| Jugovzhodna Slovenija | 11% | 17% | 5% | 8% |
| Savinjska regija | 22% | 9% | 5% | 4% |
| Primorska regija | 12% | 7% | 7% | 12% |
| Podravska regija | 10% | 19% | 10% | 10% |

Iz navedenih podatkov tožeča stranka izvaja sklep, da ima tožena stranka na vseh opredeljenih upoštevnihih trgih prevladujoč položaj. Prevladujoč položaj izhaja tako iz dejstva, da ima na vseh trgih najvišji tržni delež, poleg tega pa na prevladujoč položaj kaže tudi relativna razdrobljenost deležev preostalih konkurentov, kar kaže na odsotnost morebitnega skupnega prevladujočega položaja.

D. OPREDELITEV PROTIPRAVNEGA RAVNANJA (ZLORABA PREVLAJUJOČEGA POLOŽAJA)

Tožeča stranka navaja, da je tožena stranka zlorabila svoj prevladujoči položaj na opredeljenih upoštevnihih trgih s tem, ko je v poslovnih letih 2006, 2007 in 2008 z dobavitelji mleka in mlečnih izdelkov, kruha in pekovskih izdelkov ter mesa, mesnih izdelkov ter delikates iz Republike Slovenije sklepala pogodbe, v katerih je dobaviteljem nalagala obveznost dobave vseh izdelkov po cenah, ki so bile 20% nižje od cen, po katerih so dobavitelji isto blago dobavljali konkurentu LackLuster (v nadaljevanju LL – 20%). Iz pogodb z dobavitelji, ki jih tožeča stranka prilaga tožbi, izhaja, da bi tožena stranka v primeru, ko bi dobavitelj tožeči stranki blago dobavljal po ceni, ki bi bila nižja od dogovorjene cene LL – 20%, določenim dobaviteljem zavrnila nadaljnje dobave in odstopila od pogodbe, nekaterim dobaviteljem pa njihovo blago predstavila na neatraktivne »skrite« police v svojih hipermarketih.

Tožeča stranka posebej opozarja na enega od primerov, ko je tožena stranka dobavitelju, ki je zavrnil takšne pogoje poslovanja, zagrozila s t.i. *de-listingom*, torej z ukrepom prenehanja sodelovanja glede vseh proizvodov, ki jih dobavitelj ponuja. Tožeča stranka sicer priznava, da imajo gospodarski subjekti načelno pravico postavljati lastne pogoje glede poslovanja z drugimi subjekti, še posebej, če ne gre za poslovanje s konkurenti.

Tožeča stranka dodaja tudi, da je seznanjena z doktrino konkurenčnega prava, ki možnost zavrnitve sodelovanja (ali postavljanja neugodnih pogojev) dovoljuje tudi podjetjem s prevladujočim položajem. Vendar pa tožeča stranka zatrjuje, da je tožena stranka s svojo poslovno politiko nedvomno zlorabljala prevladujoči položaj, ker je bil namen njenega ravnanja izključevalen – na dobavitelje (ki niso bili njeni konkurenti) je tožena stranka izvajala pritisk zgolj z namenom poslabšanja položaja svojega neposrednega horizontalnega konkurenta, torej tožeče stranke. S tem, ko je od dobaviteljev zahtevala, da tožeči stranki svoje blago ponujajo po izrazito neugodnejših pogojih, je tožena stranka želela doseči, da tožeča stranka (a) ne bi mogla pridobivati večjega tržnega deleža na definiranih upoštevnihih trgih in posledično (b) zapustila upoštevne trge.

Tožeča stranka namreč navaja, da je zaradi poslovnih pogojev sodelovanja z dobavitelji, ki jih je dejansko narekovala tožena stranka, tožeča stranka prenehala ponujati mleko, mlečne izdelke, meso, mesne izdelke, delikatose ter kruh in pekovske izdelke slovenskih proizvajalcev in dobaviteljev, kar je negativno vplivalo na število nakupov v hipermarketih tožeče stranke. Tožeča stranka navaja, da zaradi politike tožene stranke ni mogla zagotavljati navedenega blaga slovenskega porekla, kar je neposredno vplivalo na odločitve potrošnikov, da so pričeli nakupovati v drugih hipermarketih.

Tožeča stranka zatrjuje, da je prav na področju t.i. osnovnih živilskih izdelkov jasno ena od najpomembnejših komponent povpraševanja prav »nacionalna« perцепcija – potrošniki se le v najbolj ekstremnih primerih odločijo za prehod na izdelke, ki niso slovenskega porekla. Tožeča stranka navaja, da je odločitev za nakup v hipermarketu primarno odvisna od sestave tipične košarice osnovnih živilskih izdelkov – ker tožeča stranka zaradi ravnanja tožene stranke ni mogla zagotavljati sestave košarice, ki bi ustrezala povpraševanju po slovenskih izdelkih, je njen tržni delež od leta 2006 do leta 2009 v povprečju padel za 4 odstotne točke na vsakem opredeljenem upoštevnihih trgu. Tožeča stranka ugotavlja, da so izpolnjeni vsi znaki kršitve konkurenčnopravne zakonodaje in sicer alineje (a) 82. člena Pogodbe ES in prve alineje četrtega odstavka 9. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence. Tožeča stranka predlaga, da sodišče za presojo očitane protipravnega ravnanja zaprosi Komisijo ES v skladu s 15. členom Uredbe 1/2003.

E. ZAHTEVEK

Tožeča stranka navaja, da ji je zaradi kršitve 82. člena Pogodbe ES in 9. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence s strani tožene stranke nastala premoženjska škoda v višini 15 mio evrov. Tožeča stranka navaja, da je v treh poslovnih letih, v katerih je tožena stranka zlorabljala svoj prevladujoč položaj, na način, opisan v prejšnjih točki, neprestano izgubljala število kupcev in s tem svoj tržni delež na upoštevnihih trgih. Zmanjševanje tržnega deleža je tožeči stranki neposredno zmanjševalo kakovost pogajalskega položaja v odnosu do nadomestnih dobaviteljev, s katerimi je bila prisiljena kontrahirati zaradi protipravnega vedenja tožene stranke, kar je neposredno rezultiralo v visokih nabavnih cenah za mleko, vse mlečne izdelke, kruh in pekovske izdelke, meso, mesnine in delikatose. Čeprav tožeča stranka ne zanika, da so bile tako višje cene kljub vsemu nižje od tistih, ki so jih zaradi pogodbenega odnosa s toženo stranko oblikovali slovenski dobavitelji, poudarja, da je izguba slovenskih dobaviteljev in s tem slovenskih izdelkov neposredno vplivala na znižanje obsega povpraševanja po njenih storitvah na trgu prodaje v hipermarketih. Zaradi znižanega obsega kupcev (tožeča stranka navaja, da je število obiskovalcev v

njenih hipermarketih v povprečju padalo za 15% letno) je najemne pogodbe s tožečo stranko prekinilo 44 od 105 najemnikov, ki so v hipermarketih tožeče stranke opravljali storitvene dejavnosti, kar je dodatno negativno vplivalo na izid poslovanja tožeče stranke. Tožeča stranka navaja, da je znesek premoženjske škode ekonomsko argumentiran, saj temelji na poslovnih izkazih za tri zadnja poslovna letih, iz katerih izhaja, da je družbi LackLuster d.o.o. čisti poslovni izid (dobiček) padal kot sledi: v poslovnem letu 2006 (primerjava na prejšnje poslovno leto) za 3 mio evrov, v poslovnem letu 2007 (primerjava na prejšnje poslovno leto) za 5 mio evrov in v poslovnem letu 2008 (primerjava na prejšnje poslovno leto) za 7 mio evrov. V skladu z navedenim tožeča stranka predlaga, da ji sodišče prisodi denarno odškodnino v višini 15 mio evrov.

2. NAVEDBE TOŽENE STRANKE (ODGOVOR NA TOŽBO)

V odgovoru na tožbo tožena stranka prereka vse navedbe tožeče stranke in ob tem navaja svoje naziranje nekaterih institutov konkurenčnega prava, ki naj bi jih tožeča stranka napačno interpretirala.

Tožena stranka zatrjuje, da sodišče ni pristojno za odločanje o morebitnem obstoju kršitve 9. člena ZPOmK in 82. člena Pogodbe ES. Tožniku z brezplačnim pravnim nasvetom svetuje, naj najprej sproži postopek pred Uradom za varstvo konkurence RS (ki je pristojen organ za ugotavljanje kršitev ZPOmK) in Komisijo ES (ki je pristojna za ugotavljanje kršitev konkurenčnopравnih določb Pogodbe ES).

V primeru, da bi sodišče kljub temu odločalo o zahtevku tožnika, pa tožena stranka ostro zavrača presojo svojega ravnanja po 82. členu Pogodbe ES. Tožena stranka opozarja, da gre tudi ob sicer nepravilno definiranem geografskem trgu za popolnoma notranjo zadevo (torej delovanje na regionalnih trgih znotraj Republike Slovenije), ki nima nikakršnega vpliva na trgovanje med državami članicami EU. Tožena stranka zahteva, da sodišče o tej točki v skladu s 177. členom Pogodbe EU naslovi predhodno vprašanje na Evropsko sodišče.

Tožena stranka meni, da tožnik nima aktivne legitimacije – škoda zaradi morebitne zlorabe prevladujočega položaja (torej zaradi kršitve konkurenčnopравne zakonodaje) lahko nastane zgolj potrošnikom, ki se jim zmanjša skupna korist. Tožena stranka v podporo svojim navedbam opozarja na uveljavljeno razumevanje nalog konkurenčnega prava, katerega temeljni cilj je varovanje potrošnikov in njihovega ekonomskega položaja in ne varstvo neučinkovitih konkurentov.

Tožena stranka navaja, da je tožeča stranka nepravilno opredelila tako stvarni kot tudi geografski upoštevni trg. Predvsem tožena stranka zatrjuje, da podjetja, ki jih je navajal tožnik, niso v odnosu medsebojne konkurence. Tožena stranka namreč navaja, da so njeni hipermarketi zaradi svojih posebnih značilnosti del posebnega, ločenega upoštevnegega trga. Tožena stranka kot posebne značilnosti navaja višjo raven ponudbe (dražji, kakovostnejši izdelki), višjo raven storitev (posebej izobraženi prodajalci in svetovalci), drugačna sestava potrošnikov. Tožena stranka svoje navedbe glede posebnih značilnosti svojih hipermarketov utemeljuje z analizo, ki jo je zanj izdelala družba Prodajalec-Consulting d.o.o., hčerinska družba v 100% lasti tožene stranke.

Dodatno tožena stranka ugovarja definiciji stvarnega upoštevnega trga zaradi napačne uporabe SSNIP testa – tožena stranka opozarja, da je potrebno ta test presoje uporabiti v smislu Navodila o načinu in pogojih določanja upoštevnega trga (UL RS 83/2000). Tožena stranka tožniku očita tudi, da pri definiciji stvarnega upoštevnega trga ni upošteval potencialne konkurence.

V primeru, da bi sodišče kljub vsemu sprejelo definicijo upoštevnega stvarnega trga, kot jo je podal tožnik, pa tožena stranka nasprotuje tudi opredelitvi geografskega upoštevnega trga. Tožena stranka navaja, da je potrebno upoštevni geografski trg definirati s klasično SSNIP metodo, pri čemer je potrebno izvesti anketo reprezentativnega vzorca potrošnikov, ki bi odgovorili na vprašanje, koliko goriva mesečno več so pripravljene plačati za vožnjo do naslednjega hipermarketa v primeru, če bi njihov priljubljeni hipermarket dvignil ceno košarice izdelkov za 5%. Tožena stranka ugotavlja, da tožnik takšne ankete ni opravil, ter se ne strinja z navedbami tožnika, da zamenljivosti ni mogoče definirati zgolj na podlagi cene goriva. Tožena stranka trdi, da so dodatni parametri presoje, ki jih je uporabil tožnik (socialni status, število otrok ipd.) popolnoma subjektivni in neustrezni za presojo geografskega upoštevnega trga. Upoštevni geografski trg je po mnenju tožene stranke tako celotni trg Republike Slovenije.

Tožena stranka nasprotuje predlogu tožnika za sodelovanje sodišča s Komisijo ES, saj Zakon o pravnem postopku takšnega sodelovanja ne dovoljuje, poleg tega pa bi bilo tovrstno vmešavanje organov Skupnosti v nasprotju z načelom neodvisnosti sodstva.

Tožena stranka posebej ostro zanika, da bi na trgih, kot jih je sicer napačno opredelil tožnik, imela prevladujoči položaj. Tožena stranka navaja, da je tožnik pri kvalifikaciji položaja dominancie izhajal izključno iz (po mnenju tožene stranke nepravilno) izračunanih tržnih deležev. Tožena stranka opozarja, da je potrebno za odločitev o obstoju prevladujočega položaja primarno dokazati obstoj tržne moči, česar pa tožnik ni storil. Tržni delež sam po sebi po navedbah tožene stranke še ni zadosten dokaz za obstoj tržne moči in posledično prevladujočega položaja. Ker tožnik svoj zahtevek nepravilno opira tudi na primarno zakonodajo Skupnosti, tožena stranka navaja, da se npr. Sodišče ES ni nikdar postavilo na absolutno stališče, da visok tržni delež predstavlja dokaz za obstoj prevladujočega položaja. Nasprotno je Sodišče ES npr. v zadevi *Hoffman- La Roche* izrecno izrazilo mnenje, da je pomen visokih tržnih deležev na različnih upoštevni trgih različen. V isti sodbi je Sodišče ES namreč razveljavilo odločitev Komisije glede obstoja dominantnega položaja družbe na trgu vitaminov B3, ker poleg visokih tržnih deležev ni bilo izkazanih zadosti drugih kazateljev tržne moči. Tožena stranka ne zanika, da lahko visoki tržni deleži predstavljajo indikator obstoja tržne moči, nikakor pa ga ne presumirajo.

Tožena stranka navaja tudi, da niso izpolnjene predpostavke odškodninske odgovornosti. Primarno tožena stranka navaja neobstoje protipravnega ravnanja, ki zaradi (a) nepravilne definicije stvarnega in geografskega upoštevnega trga, (b) nedokazanega obstoja tržne moči in (c) nepravilne ocene legitimnega poslovnega vedenja tožene stranke tožnik protipravnega ravnanja sploh ni opredelil. V primeru, da bi se sodišče strinjalo z navedbami in pravnimi ocenami tožnika glede protipravnosti, pa tožena stranka ponovno prereka obstoj škode, saj slednja pri zlorabi prevladujočega položaja lahko nastane zgolj potrošnikom, ne pa tudi konkurentom. V primeru, ko bi sodišče kljub temu ugotovilo, da tožniku lahko nastane škoda zaradi protipravnega vedenja njegovega konkurenta, tožena stranka opozarja na neobstoje vzročne zveze med protipravnim ravnanjem in škodo. Tožnik bi se moral kot gospodarski subjekt namreč prilagoditi poslovnemu položaju, v katerem se je znašel in tako zmanjševati oziroma



odpraviti morebitne negativne poslovne posledice. Tožena stranka tožnika opozarja, da morajo v skladu z Zakonom o gospodarskih družbah in Zakonom o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju člani organov vodenja in nadzora delovati v skladu s standardom dobrega gospodarstvenika in skrbeti, da je družba kratkoročno in dolgoročno plačilno sposobna. V primeru, ko bi sodišče kljub navedbam tožene stranke ugotovilo obstoj vzročne zveze, pa tožena stranka prereka višino škode. Tožena stranka ugotavlja, da tožnik zgolj pavšalno navaja višino škode, ki bi naj mu nastala, ob tem pa ne predloži nikakršnih ekonomskih analiz, ki bi njegove navedbe potrjevale. Tožnik po mnenju tožene stranke povsem nepravilno enači znižanje dobička in škodo. Tožena stranka navaja, da je znižanje dobička lahko posledica številnih dejavnikov, med drugim neučinkovitega poslovanja tožnika, neprilagojenosti slovenskemu trgovskemu okolju, slabo opravljenih tržnih raziskav, predvsem pa oscilacij cen na trgih prehrambenih izdelkov.

V skladu z navedenim tožena stranka sodišču predlaga, da se izreče za nepristojno in tožbo zavrže. V primeru, ko bi se sodišče izreklo za pristojno, pa tožena stranka sodišču predlaga, da v celoti zavrne tožbeni zahtevek tožeče stranke.