

Korektivni ukrepi v slovenski ureditvi

Dr. Klemen Podobnik¹

1 Splošno o korektivnih ukrepih

Presoja koncentracij nujno predstavlja *pro futuro* analizo in odločitev glede tržnih silnic, konkurence in morebitnih negativnih vplivov nanjo. Koncentracije ne predstavljajo kršitve konkurenčnega prava. Predvsem zaradi tega dejstva odločanje o (proti)pravnosti koncentracij ne more biti enoznačno in mora upoštevati veliko število dejavnikov. V primerih, ko izvedena presoja koncentracije odkazuje na relativno visoko raven protikonkurenčnih učinkov, vendar je mogoče identificirati tudi številne ekonomske učinkovitosti, ki pa same ne opravičujejo pozitivne odločitve glede koncentracije, je pomembno upoštevati tudi morebitne korektivne ukrepe, s katerimi je mogoče odpraviti (ali vsaj znižati raven) negativnih učinkov. Korektivni ukrepi tako predstavljajo institut, s katerim je mogoče koncentracije, za katere obstaja resen sum o skladnosti s pravili konkurence, »obdržati pri življenju«. Gre za dodatno možnost pri odločanju Urada, temeljni namen pa je omogočiti delovanje očitnih protikonkurenčnih učinkovitosti, ki bi bile ob prepovedi koncentracije izgubljene.

Korektivne ukrepe je mogoče deliti na dve temeljni skupini. Če strukturni ukrepi težijo predvsem k zagotavljanju ohranjanju predkoncentracijske strukture trga in zato predstavljajo relativno invazivne posege v koncentracijo ter lahko v svoji ekstremni obliki rezultirajo v popolni odpravi strukturne spremembe, ki bi nastala s koncentracijo, so vedenjski ukrepi namenjeni odpravljanju nestrukturnih protikonkurenčnih posledic koncentracije. Strukturni korektivni ukrepi torej spreminjajo tržno strukturo po koncentraciji – ta je sicer lahko enaka ali podobna stanju pred koncentracijo, vendar je v veliki večini primerov značilna po nastanku novega tržnega subjekta, ki predstavlja novega konkurenta na relevantnem trgu. Na drugi strani vedenjski ukrepi posegajo v poslovno vedenje novonastalega podjetja in mu nalagajo relativno natančno določene dolžnosti glede delovanja na trgu. Lahko bi

¹ Docent na Pravni fakulteti v Ljubljani.



rekli, da je razlikovanje med strukturnimi in vedenjskimi korektivnimi ukrepi glede njihovih temeljnih značilnosti učinkovanja najbliže klasični delitvi konkurenčne politike na osi *structure-conduct-performance*.² Dodatno je mogoče razliko med strukturnimi in vedenjskimi korektivnimi ukrepi opredeliti glede njihovih učinkov na delovanje trgov – strukturni ukrepi redko (ali nikoli) omogočajo, da bi na relativno koncentriranem trgu dejavno pričela delovati manjša podjetja, saj v svoji temeljni obliki zahtevajo ustanovitev oziroma nastanek novega tržnega akterja (odprodaja podjetja ali dela podjetja ustreznemu kupcu). Na drugi strani vedenjski pogoji prav zaradi naloženih omejitev glede poslovnega vedenja novonastalega podjetja omogočajo intenziviranje konkurenčnega pritiska že obstoječih podjetji (z manjšimi tržnimi deleži).

Temeljno je tako mogoče ugotoviti, da je potrebno odločitev o sprejemu korektivnih ukrepov utemeljevati glede na dejansko stanje in naravo vsake posamezne koncentracije ter njenih potencialnih negativnih vplivov na konkurenco.

Evropska komisija je pred kratkim predstavila predlog novega Sporočila o korektivnih ukrepih³, v katerem podrobno predstavlja sprejemljive tipe in oblike korektivnih ukrepov, ki jih šteje za primerne za odpravo negativnih učinkov presojanih koncentracij. Čeprav gre zgolj za predlog novega režima, se ta prispevek nanj navezuje. V slovenski praksi namreč ni mogoče najti izdelanega koncepta glede korektivnih ukrepov, predlog Sporočila pa jasno nakazuje paradigmatški pristop Komisije, ki ga bo potrebno upoštevati tudi pri uporabi ZPOmK.

2 Paradigmatški pristop Evropske komisije

Predlog Sporočila jasno opredeljuje vrednostni model korektivnih ukrepov Evropske komisije. Namen korektivnih ukrepov je predvsem v zagotavljanju konkurenčnih tržnih struktur, na katere lahko negativno vplivajo koncentracije. Iz predloga Sporočila očitno izhaja, da Komisija kot temeljno nevarnost za konkurenco percipira prav strukturne spremembe v post-koncentracijskem obdobju. Takšna percepcija nedvomno predstavlja temelj za vrednostno oceno posameznih tipov korektivnih ukrepov, to pa še posebej velja glede osnovne delitve na strukturne in vedenjske korektivne ukrepe. Komisija tako absolutno favorizira strukturne ukrepe, pri katerih kot temeljnega izpostavlja odprodajo (dela) podjetja, saj naj bi le ta ukrep omogočal relevantno odpravo negativnih učinkov, ki jih lahko

² S. Davies, B. Lyons: *Mergers and Merger Remedies in the EU*, Edward Elgar Publishing, 2008, str. 39.

³ Draft Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.



povzroči koncentracija.⁴ Takšno vrednostno in vsebinsko opredeljevanje je v delnem nasprotju z novim standardom presoje koncentracij (občutno omejevanje učinkovite konkurence), čigar temeljna ost je usmerjena v prepovedovanje *vseh* koncentracij, ki lahko omejujejo konkurence in pri tem odpravlja morebitni »predhodni« pogoji obstoja prevladujočega položaja kot »napake« v tržni strukturi. Postavlja se vprašanje, ali je tako ostra delitev med strukturnimi in vedenjskimi korektivnimi ukrepi sploh potrebna oziroma ustrezna. Nedvomno gre opozoriti na mnenja, da je potrebno korektivne ukrepe ločevati na uspešne in neuspešne, za takšno ločevanje pa je nujno potrebna predhodna ekonomska analiza potencialnih negativnih učinkov koncentracije. Drži sicer ugotovitev Komisije, da strukturni ukrepi najbolj dokončno in nepovratno posegajo na strukturo trga in tržnih deležev, vendar ni povsem jasno, ali so tako invazivni korektivni ukrepi res najbolj učinkoviti, kar zadeva njihov temeljni cilj. Zato je potrebno pri obravnavanju predlogov korektivnih ukrepov ter analizi njihovih varovalnih učinkov potrebno primarno presojati konkurenčni kontekst koncentracije in predlaganega korektivnega ukrepa. Pomembni kontekstualni okviri, ki naj predstavljajo temelj glede odločitve o potencialnem sprejetju korektivnih ukrepov, so nedvomno⁵: (i) narava trga in ponujanih izdelkov ter storitev (diferencirani ali homogeni izdelki oziroma storitve); (ii) tehnološki okvir koncentracije; (iii) vstopne ovire; (iv) morebitne vertikalne povezave; (v) narava koncentracije v smislu vertikalnosti oziroma horizontalnosti; (vi) narava protikonkurenčnih učinkov koncentracije.

2.1 Strukturni korektivni ukrepi

2.1.1 Odprodaja podjetja

Kot temeljni strukturni korektivni ukrep je mogoče opredeliti odprodajo podjetja ali dela podjetja (divestiture) primernemu kupcu. Odprodaja podjetja kot korektivni ukrep koncentraciji zasleduje cilj zagotavljanja konkurenčnih tržnih struktur, kar lahko zaradi svoje trajnosti in relativne ireverzibilnosti tudi doseže. Temeljne zahteve za ustreznost odprodaje podjetja kot korektivnega ukrepa so nedvomno (i) poslovna ustreznost podjetja oziroma dela podjetja, ki se odprodaja, (ii) zaveza o nepovratnosti, (iii) obstoj primerne kupca.

2.1.1.1 Poslovna ustreznost podjetja ali dela podjetja

Če naj korektivni ukrep odprodaje podjetja ali dela podjetja deluje kot varovalo pred negativnimi učinki koncentracij, mora biti podjetje ali del podjetja poslovno ustrezen. Temeljni kriterij je torej

⁴ Primerjaj 15.odstavek predloga Sporočila: »According to the case law of the Court, the basic aim of commitments is to ensure competitive market structures. Accordingly, commitments which are structural in nature, such as the commitment to sell a business unit, are, as a rule, preferable from the point of view of the Regulation's objective, inasmuch as such commitments prevent, durably, the competition problem which the Commission considers would be caused by the merger as notified, and do not, moreover, require medium or long-term monitoring measures.«

⁵ S. Davies, B. Lyons: Mergers and Merger Remedies in the EU, Edward Elgar Publishing, 2008, str. 40.

zmožnost samostojnega delovanja na trgu, saj je le tako mogoče zagotoviti odvrčanje morebitnih poskusov protikonkurenčnega delovanja post-koncentracijskega podjetja. Poslovno ustreznost je mogoče zagotoviti samo tako, da se z odprodanim podjetjem ali delom podjetja odproda tudi celotno premoženje, zaposleni in osnovna sredstva, ki skupaj omogočajo konkurenčno delovanje odprodanega podjetja. Pri tem je potrebno zagotoviti tudi tista sredstva ali zaposlene, ki v trenutku koncentracije »pripadajo« drugemu delu podjetja.⁶ Tipično bo kot primeren korektivni ukrep sprejet predlog, ki bo vseboval odprodajo celotne poslovne veje.⁷

2.1.1.2 Obstoje primernega kupca

Ukrep odprodaje podjetja ali dela podjetja ne bo zagotovil ustreznega varovala pred protikonkurenčnimi učinki koncentracije, v primeru ko bo odprodaja izvršena kupcu, ki nima ustreznih finančnih sredstev, strokovnega potenciala ali je povezan ali odvisen od podjetij, ki so udeležene v koncentraciji. Zato je kot temeljne kriterije za ustreznost kupca mogoče opredeliti: (i) neodvisnost in nepovezanost s podjetji, udeleženi v koncentraciji, (ii) kupec mora imeti dovolj finančnih potencialov, (iii) kupec mora biti sposoben razvijati potenciale odprodanega podjetja ali dela podjetja, (iv) odprodaja ne sme povzročati novih, samostojnih omejevanj konkurence.

2.1.1.3 Zaveza o nepovratnosti

Podjetja, ki predlagajo korektivni ukrep odprodaje podjetja ali dela podjetja, morajo jasno izpostaviti tudi zavezo, da v določenem časovnem obdobju po koncentraciji in odprodaji ne bodo poskušala ponovno pridobiti nadzora nad odprodanim podjetjem ali delom podjetja. Takšno časovno obdobje naj bi ne bilo krajše od desetih let. Tudi v primeru odsotnosti izrecne zaveze naj bi poskusi ponovnega pridobivanja kontrole predstavljali implicitno kršitev dogovora o korektivnem ukrepu, saj bi zmanjševali njegovo učinkovitost.⁸

2.1.2 Kvazi-strukturni in vedenjski korektivni ukrepi

2.1.2.1 Dostop do omrežij, pravic intelektualne lastnine in nediskriminatorno obravnavanje

V primeru, ko korektivni ukrep v smislu odprodaje podjetja ali dela podjetja ni mogoč, lahko ustrezno varovalo pred protikonkurenčnimi učinki koncentracije predstavljajo tudi drugi, strukturni ali kvazi-

⁶ Primerjaj 26.odstavek predloga Sporočila: »Therefore, the divested business has to contain the personnel providing essential functions for the business such as, for instance, group R & D and information technology staff even where such personnel is currently employed by another business unit of the parties.«

⁷ Primerjaj zadevo *Orkla/Volvo* (CIV/M582, 1995). Podjetje Orkla (konglomerat z razvejano registrirano dejavnostjo) je prevzelo celoten del prehrabene dejavnosti družbe Volvo. Ker bi takšna koncentracija lahko negativno vplivala na trg piva na Norveškem, je Komisija koncentracijo dovolila šele po sprejemu korektivnega ukrepa v obliki odprodaje vseh Volvovih podružnic, aktivnih na trgu piva.

⁸ 43.odstavek Sporočila.



strukturni ukrepi. Tudi slednji vplivajo na tržno strukturo, vendar ne predstavljajo tako intenzivnega posega v sam substrat novonastalega podjetja.

Korektivni ukrep, s katerim se novonastalo podjetje zaveže svojim konkurentom ponujati nediskriminatoreni in stroškovno naravnani dostop do svojega omrežja, lahko predstavlja kakovostno varovalo pred negativnimi učinki predvsem na področju trgov z mrežnimi učinki. Pri tem je potrebno opozoriti, da je takšne in podobne korektivne ukrepe v obliki zaveze po nediskriminatornem obravnavanju mogoče opredeliti tudi kot klasične vedenjske ukrepe, predvsem v primerih, ko nikakor ne vplivajo na samo tržno strukturo. Podobno je lahko učinkovita tudi regulacija dostopa do ključne tehnologije, know-howa ali pravic intelektualne lastnine. Tipični primeri v zvezi s pravicami intelektualne lastnine ali dostopa do ključne tehnologije lahko nastanejo v smislu potencialnega preprečevanja dostopa do pomembnih podatkov, ki omogočajo interoperabilnost med izdelki novonastalega podjetja in izdelki njegovih konkurentov. Licenciranje pravic intelektualne lastnine naj bi v okviru takšnih korektivnih ukrepov potekalo po načelu razumnega in nediskriminatornega licenciranja (RAND). Problematika učinkovitosti dostopovnih korektivnih ukrepov je posebej izražena predvsem v nujnosti njihovega nadziranja. Kljub svoji kvazi-strukturni naravi namreč ne predstavljajo »dokončnega« ukrepa, kar nujno vodi k obveznosti intenzivnega nadzora nad trajnim izvrševanjem zavez.

2.1.2.2 Vprašanja ekskluzivnih in dolgoročnih pogodb

Obstoj dolgoročnih pogodb z večjim številom kupcev lahko rezultira v učinkovitem zapiranju trga po koncentraciji. Dolgoročne pogodbe bodo konkurenci posebej nevarne v primerih, ko bodo vsebovale klavzule o ekskluzivnosti, predčasen odstop od takšnih pogodb pa bo pogojevan s plačilom prohibitivno visokih pogodbenih kazni. Podobno je mogoče negativno ocenjevati dolgoročne pogodbe na področju panog, značilnih po ekonomijah obsega.⁹

Splošno gre za pogodbe, pri katerih je treba povezano analizirati določbe o odobravanju prodajnih bonitet (npr. redni rabati, super rabati na prodano količino, promocijski rabati za pospeševanje prodaje, akcijske cene, nakup prodajnega prostora); dobo, za katero so sklenjene; morebitno ekskluzivnost; obseg takšnih pogodb glede na število odjemalcev; morebitne pogodbene kazni za predčasen odstop. Obstoj dolgoročnih pogodb torej pogosto predstavlja sovražno okolje za vstop obstoječih in potencialnih novih konkurentov, ki bi morali svoje izdelke ponujati po občutno nižjih cenah, če bi želeli z novo nastalim podjetjem skleniti pogodbe o bolj dolgoročnem sodelovanju. Obstoj dolgoročnih

⁹ Gl. npr. odločbo Komisije v zadevi Boeing/McDonnell Douglas (IV/M.877 z dne 30.7. 1997), kjer je obstoj ekskluzivnih pogodb za dobavo širokotrupnih potniških letal med podjetjem Boeing ter tremi največjimi ameriški letalskimi družbami (Delta, Continental in American Airlines) opredeljen kot absolutno prohibitiveen za vstop obstoječe in potencialne konkurence.



nih pogodb (četudi te niso ekskluzivne) predstavlja tudi enega od faktorjev krepitve prevladujočega položaja skupnega novega podjetja.

Tipična primera v primerjalni praksi sta tudi sprejem korektivnih ukrepov s strani Komisije v zadevah *Astra/Zeneca*¹⁰ in *Lufthansa/SAS*¹¹. V prvem primeru je Komisija odobrila koncentracijo med dvema farmacevtskima podjetjema šele po zavezi, da bo novonastalo podjetje distribucijo zdravila *Tenormin* z dolgoročno pogodbo (10 let) ekskluzivno podelilo neodvisnemu tretjemu distributerju. Zdravilo, ki ga proizvajalo podjetje Zeneca, je pred koncentracijo predstavljalo edino resno konkurenčno grožnjo podjetju Astra. V zadevi *Lufthansa/SAS* je Komisija odobrila koncentracijo v obliki skupnega podjetja ob upoštevanju zaveze, da bosta letalska prevoznika na zelo zasedenih letališčih v primeru poskusa vstopa novega konkurenta za lete med Nemčijo in skandinavskimi državami prepustili oziroma odstopili parkirna mesta.

3 Odločitev za sprejem korektivnih ukrepov

Korektivne ukrep predlagajo priglasiitelji koncentracije. Uradu torej ni potrebno *ex ante* samostojno presojati možnosti obstoja določenih ukrepov, s katerimi bi bilo mogoče odpraviti potencialno negativne učinke koncentracije. Predlog priglasiiteljev mora vsebovati natančno opredelitev korektivnega ukrepa, predvsem pa učinke, s katerimi naj bi takšen ukrep odpravil dvome v skladnost koncentracije s konkurenčnim pravom. Urad mora v skladu z drugim odstavkom 51.člena ZPOMK presoditi, ali predlagani ukrep ali ukrepi glede na svojo naravo, obseg in verjetnost uspešne in pravočasne izvedbe lahko predstavljajo instrument prihodnjega odvratanja protikonkurenčnih učinkov koncentracije. Jasno je, da mora Urad pred takšno odločitvijo izpeljati podrobno ekonomsko analizo delovanja predlaganih korektivnih ukrepov. Analiza v svoji najčistejši obliki zahteva ponovno simulacijo učinkov koncentracije v smislu ocenjevanja strukturnih (prevladujoč položaj) in vedenjskih učinkov (koluzija, nekoordinirani učinki) ter aplikativno simulacijo postkoncentracijskega konkurenčnega stanja ob potencialnem sprejemu predlaganih korektivnih ukrepov. Presoja je relativno nezapletena v primeru horizontalnih koncentracij s predlaganimi »čistimi« korektivnimi ukrepi. Če priglasiitelji horizontalne koncentracije predlagajo popolno odprodajo podjetja ene od družb, udeležene v koncentraciji, predlagani kupec pa predhodno ni bil aktiven na relevantnem trgu koncentracije, je odločitev za sprejem korektivnega ukrepa enostavna. Takšna odprodaja rezultira v tržni strukturi pred koncentracijo – korektivni ukrep pa je domala enak popolni prepovedi koncentracije. V takšnih primerih so torej

¹⁰ Zadeva Comp/M. 1403 - Astra/Zeneca (1999).

¹¹ Zadeva IV/35.545 LH/SAS (1996).

rezultati simulacije konkurenčnega stanja pred koncentracijo enaki rezultatom simulacije stanja po koncentraciji s sprejetimi korektivnimi ukrepi.¹² Seveda je potrebno pri analizi učinkov strukturnih ukrepov upoštevati vse zgoraj opredeljene kriterije. Odsotnost enega od kriterijev lahko negativno vpliva na končni rezultat simulacije in s tem morebitno napačno odločitev Urada.¹³ Bolj zapleten je položaj, ko priglasitelji Uradu predlagajo vedenjske korektivne ukrepe. Že je bilo izpostavljeno, da prevladujoč trend v okolju komunitarnega prava odkazuje na preferiranje pravih, čistih strukturnih korektivnih ukrepov, predvsem zaradi enostavnejšega presojanja njihovih pozitivnih učinkov ter relativno nezapletenega (ali nepotrebne) nadaljnega nadzora nad njihovim izvajanjem. Takšne preference gre pričakovati tudi pri politiki Urada, ki bo predvsem zaradi trenutne kadrovske podhranjenosti najverjetneje težko modeliral zapletene simulacije učinkov vedenjskih korektivnih ukrepov na post-koncentracijskem tržnem okolju. Vedenjski ukrepi namreč ne ponujajo »čistega« rezultata v smislu prepovedi koncentracije znotraj relevantnega trga, kot jo je mogoče identificirati v primerih najbolj invazivnih strukturnih ukrepov. Dodatno gre poudariti nujnost kontinuiranega nadzora izvajanja in učinkovanja vedenjskih ukrepov. Potreba po nadzoru je jasno izpričana pri ukrepu, s katerim se opredeli dolžnost omogočanja nediskriminatornega dostopa konkurentov do ključnih tehnologij novonastalega podjetja. V veliki večini primerov je uspešnost takšnega dostopa vezana na prehodno obdobje, v katerem novonastalo podjetje sodeluje s (potencialnim) konkurentom, ki mu je dostop z ukrepom omogočen. Raven intenzivnosti in kakovosti sodelovanja, ki je v takšnih situacijah ključnega pomena za uspešnost korektivnega ukrepa, je primarno izrazito težko natančno opredeliti, predvsem pa domala nemogoče relevantno nadzorovati.¹⁴

Priglasitelji lahko Uradu korektivne ukrepe predlagajo v obeh fazah postopka presoje koncentracij. Malo verjetno je sicer, da bodo priglasitelji Uradu predlagali korektivne ukrepe v obliki strukturnih ukrepov (predvsem odprodaje podjetja) takoj ob priglasitvi koncentracije, saj bi s tem praktično negirali temeljni strukturni cilj koncentrativnega ravnanja, mogoče pa je v tej fazi pričakovati preemotive predloge vedenjskih korektivnih ukrepov, s katerimi želijo priglasitelji doseči pozitivno odločitev Urad glede koncentracije v relativno kratkem časovnem obdobju štiridesetih delovnih dni. V obeh fazah postopka predlog korektivnih ukrepov podaljša rok za odločanje Urada za 15 delovnih dni, ki po mnenju zakonodajalca zadoščajo za presojo učinkov predlaganih ukrepov na protikonkurenčne posledice koncentracije.

¹² S. Davies, B. Lyons, str. 64.

¹³ Klasična »napaka« pri presoji korektivnega ukrepa odprodaje podjetja ali dela podjetja je preintenzivno analiziranje finančne in splošne ekonomske ustreznosti kupca ob zanemarjanju upoštevanja morebitnih prokoluzijskih učinkov, ki jih lahko takšen korektivni ukrep povzroči. Prim. M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger Remedies in the EU*, v François Lévêque, Howard A. Shelanski (ur.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2003, str. 127.

¹⁴ Prim. M. Motta, *Competition Policy*, Cambridge University Press 2007, str. 270.



4 Nadzor nad izvrševanjem sprejetih korektivnih ukrepov

Šesti odstavek 51. Člena ZPOmK Uradu omogoča izvajanje nadzora nad izvrševanjem korektivnih ukrepov, ki jih je sprejel v svoji odločbi in jih s tem naložil v izvrševanje koncentriranim podjetjem. Zahteva za posredovanju podatkov, ki jo zakon opredeljuje v 27. in 47. členu, Uradu omogoča, da se seznanijo z načinom, kakovostjo, pravočasnostjo in učinkovitostjo korektivnih ukrepov. V okviru izvajanja nadzora nad korektivnimi ukrepi in sankcioniranjem neustreznega ravnanja v koncentraciji udeležnih podjetij je potrebno ločevati med nadzorom nad izvrševanjem *naloženih obveznosti* iz druge alineje tretjega odstavka 51. člena in udejanjanja samih *korektivnih ukrepov* iz prve alineje tretjega odstavka 51. člena. V primeru, ko Urad ugotovi, da korektivni ukrepi niso bili (primerno) udejanjeni in da je torej post-koncentracijsko podjetje kršilo pogoj, pod katerim je bila koncentracija dovoljena, v skladu s prvim in četrtem odstavkom 53. člena izda odločbo o neskladnosti koncentracije s pravili konkurence in udeležnim podjetjem naloži ukrepe, s katerimi se ponovno vzpostavi stanje, ki je obstajalo pred izvedbo koncentracije, zlasti delitev podjetja ali odsvojitve vseh pridobljenih deležev. Drugačen je položaj v primeru neizvrševanja obveznosti, ki jih je Urad naložil z namenom doseganja ciljev korektivnih ukrepov. V takšnem primeru Urad v skladu s prvim odstavkom 52. člena zakona z odločbo razveljavi odločbo o skladnosti koncentracije s pravili konkurence ter z isto odločbo ponovno odloči o skladnosti koncentracije s pravili konkurence.