



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

ZBORNIK
ZNANSTVENIH
RAZPRAV

Ljubljana Law Review

2022

LETNIK LXXXII

Izvirni znanstveni članek / *Scientific article*

UDK: 347.72:347.9

DOI: 10.51940/2022.1.97-120

Rok Dacar in Aleš Ferčič***

Pravopolitični pogled na doktrino nujnih zmogljivosti: analiza stanja in pomen »nepogrešljivosti«

1. Uvod

V tem prispevku želiva ponuditi pravopolitičen pogled na doktrino nujnih zmogljivosti (angl. *the essential facilities doctrine*, v nadaljevanju: doktrina),¹ pri čemer zasleduje zlasti dva raziskovalna cilja. Prvi raziskovalni cilj je podrobna analitična razčlenitev doktrine, ki presega posnetek stanja in poskuša najti vzročno-posledične povezave med doktrino in vsakokratno javno politiko, drugi raziskovalni cilj, ki temelji na prvem, pa je presoja pogojev, pod katerimi je trenutno mogoče uporabiti doktrino.

* *Magister prava, M.A. (Kraljevina Belgija), asistent na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, elektronski naslov: rok.dacar@um.si.*

** *Doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, elektronski naslov: ales.fercic@um.si.*

¹ Glej na primer: Malshe, 2019, str. 124–129; Muller in Rodenhausen, 2008, str. 310–329; Pitofsky, Patterson in Hooks, 2002, str. 443–462; Beckemrhagen, 2002; Lipsky in Sidak, 1999, str. 1187–1248; Furse, 1995, str. 469–472.

V okviru prvega raziskovalnega cilja izhodiščno upoštevava, da doktrina ni evropski unikum,² vendar je poudarek na razvoju doktrine v praksi Sodišča³ in Evropske komisije (v nadaljevanju: Komisija) oziroma nasploh v pravu Evropske unije.⁴ Pregled te prakse razkrije spremembe doktrine in ponekod tudi njeno pojmovno odprtost, kar je v teoriji predmet kritik, ki praksi očita njeno nedoslednost oziroma nasploh kontroverznost.⁵ Vendar je vprašanje, ali so vse take kritike utemeljene,⁶ kar želiva preveriti z ustreznim analitičnim pristopom, ki upošteva vzročno-posledične povezave in se ne omeji le na vprašanje »kaj?« ali/in »kako?«, temveč analizira tudi »kda?« in »zakaj?«. Slednje je pomembno, ker pozitivno pravo ne obstaja v nekem časovnem in prostorskem praznem prostoru, temveč v vsakokratnem realnem času in prostoru, za katerega so značilni specifični izzivi in cilji. Ta okoliščina pokaže nujno povezanost, pravzaprav vzajemno odvisnost prava in javne politike.⁷ Skratka, z ustrežno analizo razlage in uporabe relevantnih pravnih pravil v kontekstu vsakokratne javne politike⁸ želiva preveriti, ali so prej omenjene kritike, ki jih je na račun prakse mogoče zaslediti v teoriji, utemeljene.⁹ V tem smislu je v drugem razdelku najprej pojasnjen nadnacionalni pravni okvir doktrine, v tretjem razdelku sledi (pravopolitična) analiza zadev Komisije in Sodišča, ki zadevajo nujne

² Doktrina nujnih zmogljivosti se je najprej pojavila v konkurenčnem (tako imenovanem antitrust) pravu Združenih držav Amerike (Lipsky in Sidak, 1999, str. 1195–1211; Van Siclen, 1996, str. 7), danes pa jo najdemo v številnih pravnih sistemih. Čeprav ni omejena na klasične infrastrukturne sektorje, kot so energetski, telekomunikacijski, poštni in transportni, se zdi, da je bil pomen doktrine najbolj očiten prav v takih sektorjih, zlasti po začetku njihove liberalizacije, kjer je s ciljem odprave dejanskih oziroma ekonomskih ovir za vstop na trg (Ferčič, 2015, str. 113–118) presegla okvir splošnega konkurenčnega prava in se je pojavljala tudi v posebnem liberalizacijskem pravu (Ferčič, 2009, str. 41–48). Tako je v teh sektorjih postopno prišlo do kombinacije negativne in pozitivne integracije. Vendar pa, kot je bilo že rečeno, doktrina od vsega začetka ni bila omejena zgolj na klasične infrastrukturne sektorje, zato se utemeljeno postavlja vprašanje, ali oziroma kako je uporabljiva v modernih tehnoloških sektorjih, ki temeljijo na velepodatkih. Primerjalni pravni vidiki so upoštevani, vendar niso osrednjega pomena.

³ Pojem Sodišče v prispevku zaradi jasnosti besedila uporabljava tako za Sodišče Evropske unije, Splošno sodišče Evropske unije kot tudi za Sodišče Evropskih skupnosti.

⁴ Kot je prikazano v nadaljevanju, je v različnih pravnih sistemih sicer mogoče najti skupni imenovalec doktrine, vendar tudi pomembne razlike.

⁵ Glej na primer: Kerber in Schweitzer, 2017, str. 39–58; Hesse, 2008, str. 32–37; Ridyrd, 2004, str. 669–673.

⁶ Spremembe doktrine, ki jih je mogoče utemeljiti s spremenjenimi okoliščinami in s tem povezano javno politiko, lahko razumemo kot razvoj doktrine in njeno prožnost, podobno pa velja tudi glede pojmovne odprtosti.

⁷ Van Siclen glede tega med drugim omenja razlike v konkurenčni politiki (Van Siclen, 1996, str. 10, op. 7), ki je za obravnavano problematiko tudi po najinem mnenju bistvena, vendar ne edina relevantna.

⁸ Pri tem izhajava iz predpostavke legitimnosti in utemeljenosti javne politike oziroma politik.

⁹ Kritike se nanašajo predvsem na odstop pogojev Microsofta od pogojev Magill in IMS Health.

zmogljivosti, v četrtem razdelku pa je analizirana povezava med spremembami v konkurenčni politiki in pravu EU ter spreminjajočo prakso s področja doktrine.

Na podlagi izsledkov prvih treh razdelkov peti razdelek poskuša pojasniti, pod katerimi pogoji se lahko doktrina uporabi danes, šesti razdelek pa poda sintezo ugotovitev prispevka.

2. Kratek pregled razvoja doktrine nujne zmogljivosti

Načelo avtonomnosti oziroma prostega urejanja obligacijskih razmerij je splošno obligacijsko pravno načelo, ki udeležencem na trgu med drugim omogoča, da lahko podjetje samo izbira, s kom bo poslovalo, omejuje dejstvo, da lahko v nekaterih primerih zavrnitev dobave (angl. *refusal to sell*, *refusal to supply*) pomeni kršitev prevladujočega položaja podjetja na trgu. Zavrnitve dobave sicer lahko v grobem delimo na:

1. zavrnitve dobave na trgu dostopnega proizvoda,¹⁰ ki ga podjetje s prevladujočim položajem prodaja drugim podjetjem;
2. prekinitev dobave proizvoda, ki ga je podjetje s prevladujočim položajem predhodno dobavljalo; ter
3. zavrnitev dobave proizvoda, ki še ni dostopen na trgu, saj ga podjetje s prevladujočim položajem ne prodaja, temveč ga uporablja kot input za lastno proizvodnjo drugih proizvodov.

Poseben primer zavrnitve dobave, do katerega lahko pride v vsaki od treh zgoraj navedenih oblik zavrnitve dobave, je zavrnitev dobave (oziroma dostopa) po doktrini.¹¹ Doktrina je v evropskem konkurenčnem pravu institut, po katerem mora podjetje (ki ima prevladujoč položaj na zgornjem trgu) in ki obvladuje zmogljivost, ki je ni mogoče podvojiti v običajnem inovacijskem in investicijskem procesu in brez katere je tekmovanje na spodnjem (vertikalno povezanem) trgu nemogoče ali resno oteženo, to zmogljivost (pod primernimi pogoji) deliti z drugimi podjetji.¹² Njena domovinska pravica je v ZDA, kjer se je v prvi polovici prejšnjega stoletja razvila predvsem skozi sodno prakso zveznih sodišč. Od sedemdesetih let 20. stoletja dalje je bila zaradi prevlade proti-intervencionističnih ekonomskih teorij deležna vse glasnejših kritik, med katerimi je gotovo najznamenitejša v članku Phillipa Areede *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*. Po desetletjih nenaklonjene sodne prakse in teoretičnih razprav, ki so jo celo označile za enega najbolj problematičnih, nekoherentnih in neobvladljivih

¹⁰ Pojem »proizvod« v prispevku zaradi jasnosti besedila uporabljava tako za proizvode kot tudi za storitve.

¹¹ Ugotovimo torej lahko, da je zavrnitev dobave po doktrini podmnožica zavrnitve dobave. Vsaka zavrnitev dobave nujne zmogljivosti je hkrati po naravi stvari zavrnitev dobave, ni pa vsaka zavrnitev dobave tudi zavrnitev dobave nujne zmogljivosti.

¹² Craig in Burca, 2015, str. 1074.

institutov konkurenčnega prava, brez katerega bi svet bil lepši,¹³ ji je milostni strel leta 2004 zadala sodba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Trinko*,¹⁴ ki je okoliščine, v katerih se lahko uporabi, do skrajnosti zamejila in *de facto* onemogočila njeno uporabo.

Povsem drugačen pa je bil razvoj doktrine v konkurenčnem pravu EU,¹⁵ v katerem je (bila) toplo sprejeta ter široko uporabljena, morda pa v nekaterih primerih tudi zlorabljen kot sredstvo za doseganje ciljev, ki so primarno v domeni *ex ante* ekonomske regulacije.¹⁶ V praksi Komisije in Sodišča so kot nujne zmogljivosti bile priznane med drugim kemikalije, potrebne za izdelavo drugih kemikalij,¹⁷ pristanišča,¹⁸ letališka infrastruktura v najširšem pomenu besede¹⁹ in železniška infrastruktura.²⁰ Komisija in Sodišče sta lastnost nujne zmogljivosti pripoznala tudi pravicam intelektualne lastnine.²¹

Doktrina je sicer eden spornejših konkurenčnopравnih institutov in ima tako velike zagovornike kot tudi velike nasprotnike. Prvi zatrjujejo, da blagodejno vpliva na tržno konkurenco, saj omogoča predvsem manjšim podjetjem dostop do zmogljivosti, ki jih nujno potrebujejo za nastop na spodnjem trgu, drugi pa so prepričani, da neupravičeno zmanjšuje interes podjetij za vlaganje v izgradnjo novih zmogljivosti ter v raziskave in razvoj. Ker pomeni grob poseg v pravico podjetij do svobodne gospodarske pobude in v pravico do zasebne lastnine, mora za njeno uporabo biti tradicionalno zadoščeno posebno strogim kriterijem.

¹³ Hovenkamp, 1999, str. 336.

¹⁴ *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 z dne 13. januarja 2004.

¹⁵ Kjer zavrnitev dobave zmogljivosti, ki pomeni nujno zmogljivost kot zloraba prevladujočega položaja pomeni kršitev 102. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije.

¹⁶ Zadeva COMP/39.315 ENI z dne 29 septembra 2010 (ENI).

¹⁷ C-6/73 *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents proti Komisiji* z dne 6. marca 1974, ECLI:EU:C:1974:18 (*Commercial Solvents*).

¹⁸ Zadevi 94/19/EC *B&I/Sealink* z dne 21. decembra 1993 (*B&I/Sealink*); in 94/119/EC *Port of Rødby* z dne 21. decembra 1993 (*Port of Rødby*).

¹⁹ Zadevi 98/190/EC *Flughafen Frankfurt/Main AG* z dne 14. januarja 1998 (*Flughafen Frankfurt/Main AG*); in 98/513/EC *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* z dne 11 junija 1998 (*Aéroports de Paris*).

²⁰ T-374/94 *European Night Services Ltd (ENS) proti Komisiji* z dne 15. septembra 1998, ECLI:EU:T:1998:198 (*Night Services*).

²¹ C-238/87 *AB Volvo proti Erik Veng (UK) Ltd* z dne 5. oktobra 1988, ECLI:EU:C:1988:477 (*Volvo/Veng*); C-38/98 *Régie nationale des usines Renault SA v Maxicar SpA and Orazio Formento* z dne 11. maja 2000, ECLI:EU:C:2000:225 (*Renault/Maxicar*); C-241/91 P, C-242/91 P *Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) proti Komisiji* z dne 6. aprila 1995, ECLI:EU:C:1995:98 (*Magill*); C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG proti NDC Health GmbH & Co. KG* z dne 29. aprila 2004, ECLI:EU:C:2004:257 (*IMS Health*); T-201/04 *Microsoft proti Komisiji* z dne 17. septembra 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*).

3. Analiza izbrane sodne prakse glede doktrine nujne zmogljivosti

3.1. Pogoji Bronner kot izhodiščna točka presoje nepogrešljivosti zmogljivosti

Kot izhodišče razprave vzemimo pogoje, ki jih je Sodišče vzpostavilo s sodbo v zadevi *Bronner*.²² Ti so nekakšen zlati standard, iz katerega Sodišče in Komisija v večini zadev, ki so povezane z doktrino, izhajata, *čeprav mu v celoti le redko sledita. Sodišče je tako pogoje Bronner* dejansko uporabilo zgolj v dveh zadevah, v sami zadevi *Bronner* ter v zadevi *Clearstream*,^{23, 24} Komisija pa se je nanje vidno oprla še v zadevi *GVG*.²⁵

Sodba v zadevi *Bronner* temelji na naslednjem dejanskem stanju. Oskar Bronner je bil izdajatelj avstrijskega dnevnika *der Standard* s 3,6-odstotnim tržnim deležem na trgu dnevnikov, podjetje *Mediaprint* pa izdajatelj dveh dnevnikov, ki sta na trgu dnevnikov konkurirala dnevniku *der Standard*. Podjetje *Mediaprint* je na trgu dnevnikov imelo 46-odstotni tržni delež, razvilo pa je tudi dostavljalsko mrežo *za svoje časopise*. Bronner je zatrjeval, da dostavljalska mreža podjetja *Mediaprint* pomeni nujno zmogljivost in da mu mora slednje zato omogočiti dostop do storitev, ki jih zagotavlja. Sodišče je v odgovoru na predhodno vprašanje prvič taksativno navedlo pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, da je v primeru zavrnitve dostopa do zmogljivosti mogoče uporabiti doktrino. Tako mora;

1. biti verjetno, da bo zavrnitev odpravila vso konkurenco na spodnjem trgu,
2. za tako zavrnitev ne sme biti objektivnih utemeljitev²⁶ in
3. zmogljivost mora biti nepogrešljiva za delovanje na spodnjem trgu, saj zanjo ne obstajajo ne dejanski in ne potencialni substituti, pri čemer pa ni dovolj zgolj to, da je med vsemi temi zahtevana zmogljivost najugodnejša, temveč mora biti uporaba substitutov vsaj ekonomsko neizvedljiva.

²² C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG proti Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* z dne 26. novembra 1998, ECLI:EU:C:1998:569 (*Bronner*). Sodišče je doktrino prvič sicer uporabilo v zadevi *Commercial Solvents* leta 1974, na katero pa se Komisija in Sodišče v sodobni praksi ne sklicujeta, niti se v zvezi z njo ne pojavljajo nejasnosti, zato ne bo podrobneje obravnavana.

²³ T-301/04 *Clearstream proti Komisiji*, ECLI:EU:T:2009:317 (*Clearstream*).

²⁴ Muscat, 2021, str. 260.

²⁵ Zadeva COMP/37.685 *GVG/FS* z dne 27. avgusta 2003 (*GVG*).

²⁶ Sodišče in Komisija sta glede objektivnih utemeljitev razvila bogato prakso. Temple, 2000, str. 385, jo povzema in ugotavlja, da je zavrnitev dostopa mogoče objektivno opravičiti, če bi dostop do zmogljivosti zavrnil tudi racionalno delujoč imetnik zmogljivosti, ki nima nikakršnega interesa za delovanje na spodnjem trgu.

Novost v razmerju do dotedanje sodne prakse, na kateri je sodba gradila in iz nje povzela prvi in drugi pogoj,²⁷ je bila uvedba tretjega pogoja.²⁸ V povezavi z njim je Sodišče presodilo, da so v zadevnem primeru, razen dostavne mreže podjetja Mediaprint, bili na voljo še drugi, sicer ekonomsko manj učinkoviti načini distribucije dnevnikov, na primer prodaja po pošti, v kioskih in v trgovinah, poleg tega pa ni bilo nemogoče, da bi posamezno podjetje ali skupina podjetij ustanovili podobno dostavljalsko mrežo dnevnikov, kot jo je imelo podjetje Mediaprint.²⁹ Iz dikcije, ki jo je Sodišče uporabilo, je mogoče razbrati, da bi dejanskih in potencialnih substitutov za dostavljalsko mrežo podjetja Mediaprint ne bilo zgolj v primeru, ko bi ne bilo niti manj ugodnih možnosti dostavljanja dnevnikov in ko bi niti podjetje ali skupina podjetij s podobnim tržnim položajem kot podjetje Mediaprint ne mogli ustanoviti primerljive dostavljalske mreže.³⁰ Letvica za presojo, kdaj je vzpostavitev nove (tj. potencialne) zmogljivosti še ekonomsko razumna alternativa, je torej postavljena zelo visoko.³¹ S tako argumentacijo je Sodišče nadgradilo takrat zgolj dva meseca staro sodbo v zadevi *Night Services*,³² v kateri je odločilo, da je zmogljivost nepogrešljiva, če zanjo ni substitutov in da zgolj to, da bi dostop do nje podjetju, ki dostop zahteva, prinesel neko korist, še ne pomeni, da je nepogrešljiva.

Tretji pogoj je tesno povezan s prvim pogojem. Če namreč za neko zmogljivost ni ne dejanskih ne potencialnih substitutov ter je zato nepogrešljiva za delovanje na spodnjem trgu, bo zavrnitev dostopa do nje po naravi stvari izključila vso konkurenco na spodnjem trgu. Iz tega izhaja, da je na tretji pogoj morda ustrežnejše kot na samostojni pogoj gledati kot na podrobnejšo opredelitev tega, kdaj bo zavrnitev dostopa do zmogljivosti odpravila vso konkurenco na spodnjem trgu, torej prvega pogoja.³³ Z zahtevo po odsotnosti dejanskih in potencialnih substitutov je Sodišče sledilo mnenju generalnega pravobranilca Jacobsa, ki je izrazito bolj naklonjeno konkurenci za trg kot konkurenci na trgu.³⁴ To se najbolj kaže v delu, v katerem je posebno poudarjeno, da lahko prisilna odreditev dostopa do zmogljivosti kratkoročno sicer poveča konkurenco na trgu, dolgoročno pa nanjo negativno vpliva, saj zmanjšuje spodbude podjetij za vlaganje v drage zmogljivosti.³⁵ Sodba v

²⁷ Glej na primer *Commercial Solvents*, točka 25; in C-311 *CBEM proti CLT in IPB* z dne 3. oktobra 1985, ECLI:EU:C:1985:394 (*Telemarketing*), točka 27.

²⁸ Muller in Rodenhansen, 2008, str. 319.

²⁹ Prav tam, točki 43 in 44.

³⁰ Teorija to imenuje objektivni kriterij. Pri uporabi objektivnega kriterija se tako ne presoja, ali bi substitut zadevni zmogljivosti moglo vzpostaviti podjetje, ki dostop do nje zahteva (subjektivni test), ampak ali bi ga moglo vzpostaviti podjetje, ki ima primerljiv tržni položaj kot podjetje, ki je dostop do zmogljivosti zavrnilo.

³¹ De Streel in Vegis, 1999, str. 413.

³² T-374/94 *European Night Services in drugi proti Komisiji*, ECLI:EU:T:1998:198 (*Night Services*).

³³ Evrard, 2004, str. 498.

³⁴ Graef, 2016, str. 182.

³⁵ Mnenje generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264, točka 57.

zadevi *Bronner* je torej na podlagi preference za konkurenco za trg vzpostavila zelo stroge pogoje za aktivacijo doktrine,³⁶ saj mora podjetje, ki želi dostop do zmogljivosti, ki jo ima v oblasti drugo podjetje, dokazati, da je bodisi fizično nemogoče bodisi ekonomsko popolnoma neupravičeno podvojiti že obstoječo zmogljivost. Tako visoko postavljene zahteve je teorija večinoma sprejela z odobravanjem, saj bi blažji kriteriji lahko negativno vplivali na dinamično učinkovitost in na blaginjo potrošnikov.³⁷ Po navedenem ne preseneča, da se vse do danes na pogoje iz zadeve *Bronner* pogosto sklicujejo podjetja s prevladujočim položajem, ki zavrnejo dostop do zmogljivosti, za katero njihovi tekmeci na spodnjem trgu trdijo, da je nepogrešljiva in zahtevajo dostop do nje po doktrini.³⁸

3.2. Pogoji *Magill* ter *IMS Health* kor standardni pogoji za pravice intelektualne lastnine

Nedolgo po sodbi v zadevi *Bronner* je bila izdana še sodba v zadevi *IMS Health*,³⁹ s katero je Sodišče gradilo tako na pogojih iz zadeve *Bronner* kot tudi na sodbah v zadevah *Ladbroke*⁴⁰ ter *Magill*,⁴¹ ki sta obravnavali položaj pravice intelektualne lastnine⁴² kot nujne zmogljivosti. Sodišče je v sodbi v zadevi *Magill* podalo pomembno pojasnilo, da je za opredelitev spodnjega trga dovolj že, če se identificira potencialni ali celo hipotetični trg.⁴³ V zadevi *Magill* trg tedenskih televizijskih sporedov vseh televizijskih kanalov na Irskem namreč ni obstajal in tudi ni mogel obstajati, saj je njegov nastanek onemogočala zavrnitev imetnikov pravic intelektualne lastnine na tedenskih televizijskih sporedih posameznih televizijskih kanalov, da omogočijo njihovo uporabo za izdelavo tedenskega televizijskega sporeda vseh televizijskih kanalov. Če bi v tem primeru za aktivacijo obveznosti po doktrini ne zadoščala že opredelitev hipotetičnega trga, bi imetniki pravic

³⁶ Doherty, 2001, str. 423.

³⁷ Van den Bergh in Camesasca, 2006, str. 280.

³⁸ Glej na primer zadevae AT.39740 *Google Search (Shopping)* z dne 27. junija 2017, točki 645 in 651; T-201/04 *Microsoft proti Komisiji* z dne 17. septembra 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*), točke 112, 116, 297, 299 in 300; C-165/19 P *Slovak Telekom proti Komisiji* z dne 25. marca 2021, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom*), točke 21–24.

³⁹ C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG proti NDC Health GmbH & Co. KG* z dne 29. aprila 2004, ECLI:EU:C:2004:257 (*IMS Health*).

⁴⁰ T-504/93 *Tiercé Ladbroke proti Komisiji* z dne 12. junija 1997, ECLI:EU:T:1997:84 (*Tiercé Ladbroke*).

⁴¹ C-241-2/91 P *Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) proti Komisiji* z dne 6. aprila 1995, ECLI:EU:C:1995:98 (*Magill*).

⁴² S sklicevanjem na doktrino bodo podjetja najpogosteje zahtevala dostop do patenta, članek pa sledi tuji literaturi v tem, da vrst pravic intelektualne lastnine, do katerih se zahteva dostop, ne opredeljuje podrobneje, ampak govori o pravicah intelektualne lastnine. Glej na primer Chen, 2014, str. 533–557; Cotter, 1999, str. 211–250; Ginsburg, Garadin in Klovers, str. 99–120; Graef, 2011, str. 1–20.

⁴³ *IMS Health*, točka 44.

intelektualne lastnine na televizijskih sporedih posameznih televizijskih kanalov lahko onemogočili vzpostavitev novega trga. Možnost, da se doktrina uporabi tudi v primeru, ko je določen zgolj hipotetični trg, je torej pomembna v vseh tistih situacijah, v katerih spodnji trg še ne obstaja in bi ga zavrnitev dobave podjetja s prevladujočim položajem na zgornjem trgu lahko onemogočila.

Dalje je s sodbo v zadevi *Magill* Sodišče pojasnilo, da lahko pravica intelektualne lastnine predstavlja nujno zmogljivost, če:

1. je zmogljivost, ki je zaščiten s pravico intelektualne lastnine, neizogibno potrebna za delovanje na spodnjem, vertikalno povezanem trgu, ker zanjo ni dejanskih ali potencialnih substitutov in zavrnitev njene dobave izključi vso konkurenco iz spodnjega trga;
2. niso podani objektivni razlogi, ki bi opravičili zavrnitev dobave;
3. je podana možnost imetnika pravice intelektualne lastnine, da zase rezervira sekundarni (tj. spodnji, vertikalno povezani) trg, in če obstaja;
4. možnost, da zavrnitev dobave prepreči oblikovanje novega proizvoda, ki ga imetnik zadevne pravice intelektualne lastnine ne nudi in za katerega obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov.⁴⁴

Opazimo lahko, da od pogojev, določenih s sodbo v zadevi *Bronner*, odstopa predvsem pogoj novega proizvoda, ki ga v sodbi v zadevi *Bronner* sploh ni mogoče najti. Pogoj novega proizvoda je namenjen zlasti tehtanju med škodo, ki jo obvezna delitev pravice intelektualne lastnine povzroči imetnikom te pravice, in koristjo, ki so je zaradi nje deležni potrošniki (predvsem prek povečanja izbire zaradi prisotnosti novega proizvoda na trgu). Test novega proizvoda je domiseln način za analizo skupne koristi. Če namreč želi ponudnik ponuditi proizvod, ki je nov in za katerega obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov, bo korist zaradi obveznega dostopa preseгла škodo, ki jo tak dostop povzroči.⁴⁵ Sodba v zadevi *Magill* pa nikjer ni navedla, ali morajo biti prvi do četrti pogoj izpolnjeni kumulativno ali alternativno. Posledično je prihajalo do nekaterih nejasnosti, predvsem glede vprašanja, ali je četrti pogoj že sam po sebi zadostna podlaga za uporabo doktrine.⁴⁶

Dodatno razjasnitev položaja doktrine na področju pravic intelektualne lastnine je prinesla še sodba v zadevi *Ladbroke*, ki je potrdila, da uporaba doktrine ne pride v poštev v primerih, ko je zatrjevana nujna zmogljivost pravica intelektualne lastnine in ko njen imetnik ne deluje na spodnjem (vertikalno povezanem) trgu ali ko ima podjetje, ki zahteva dostop do nujne zmogljivosti, na spodnjem trgu prevladujoč položaj.⁴⁷

Dokončno pa je položaj doktrine na področju pravic intelektualne lastnine utrdila sodba v zadevi *IMS Health*. Podjetje IMS Health je razvilo blokovno strukturo 1860, ki je postala industrijski standard za prikazovanje podatkov o prodaji farmacevtskih izdel-

⁴⁴ Prav tam, točke 52–56.

⁴⁵ G. Monti, 2007, str. 228.

⁴⁶ Jones in Sufrin, 2011, str. 502.

⁴⁷ Korah, 2002, 814.

kov v Nemčiji. Dostop do blokovne strukture 1860, ki je bila zaščiten s pravicami intelektualne lastnine, je zahtevalo podjetje NDC, ki je zatrjevalo, da mu je brez njega onemogočen nastop na trgu prodaje podatkov o prodaji farmacevtskih izdelkov v Nemčiji. Sodišče je zaključilo, da morajo biti za uporabo doktrine kumulativno izpolnjeni trije pogoji, in sicer da:

1. zavrnitev dobave preprečuje oblikovanje novega proizvoda, za katerega obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov,
2. da zavrnitev dobave ni upravičena in
3. da zavrnitev dobave izloči vsakršno konkurenco na spodnjem trgu.⁴⁸

Sodišče je s tem odgovorilo na večino nejasnosti, ki jih v zvezi s položajem pravic intelektualne lastnine kot nujnih zmogljivosti do tedaj še ni obravnavalo, hkrati pa pustilo odprto vprašanje, kaj točno je »nov proizvod«, torej ali izraz vključuje tudi tehnične izboljšave starega proizvoda ali pa mora iti za dejansko popolnoma nov proizvod ter ali bi podjetje zavrnitev dostopa do pravice intelektualne lastnine lahko argumentiralo s tem, da mora nujno imeti monopol nad njenim izkoriščanjem, da si s tem povrne stroške raziskav in razvoja.⁴⁹ Iz tega je jasno, da so za presojo, ali pomenijo nujno zmogljivost pravice intelektualne lastnine, vzpostavljeni drugačni standardi, kot za presojo, ali nujno zmogljivost pomenijo materializirane zmogljivosti.⁵⁰ Za to, da je po doktrini nepogrešljiva materializirana zmogljivost, se tako ne zahteva izpolnitev pogoja novega proizvoda. Kot razlog za to teorija navaja bistvene razlike med pravicami intelektualne lastnine in materializiranimi zmogljivostmi,⁵¹ predvsem da možnost, da bo posamezna pravica intelektualne lastnine podvržena obveznostim po doktrini, krni spodbude podjetij za vlaganje v raziskave in razvoj, saj obstaja možnost, da bo treba plodove lastnega dela deliti z drugimi podjetji. Vendar je po najinem mnenju mogoče sklepati, da je razlikovanje med pravicami intelektualne lastnine in materializiranimi zmogljivostmi neupravičeno, saj tudi razvoj materializiranih zmogljivosti zahteva visoke vložke (kot na primer v primeru izgradnje pomola ali distribucijskega omrežja), ter da so zlorabe pravic intelektualne lastnine pravzaprav zelo težavne, saj zahtevajo veliko denarnih sredstev, znanja in časa, ki jih večina podjetij, ki zahtevajo dostop do njih, nima.⁵² Z drugimi besedami, ni mogoče spregledati dejstva, da možnost aktivacije doktrine ne vpliva negativno le na spodbude za vlaganje v razvoj in raziskave, katerih dosežki se zaščitijo s pravicami intelektualne lastnine, ampak tudi na vlaganje v materializirane zmogljivosti. Prav to je upoštevalo

⁴⁸ IMS Health, točka 38.

⁴⁹ Andreangeli, 2009, str. 589.

⁵⁰ Isti kriteriji za presojo nepogrešljivosti zmogljivosti kot za materializirane zmogljivosti se uporabljajo tudi za storitve. Glej na primer zadevo *Bronner*.

⁵¹ Chen (2014, str. 533) poudarja, da so zaradi teh razlik v konkurenčnem pravu ZDA tudi pred sodbo v zadevi *Trinko* imetniki pravic intelektualne lastnine lahko zavrnil dostop konkurenčnih podjetij do pravic intelektualne lastnine, katerih imetniki so bili.

⁵² Ritter, 2005, str. 290.

Sodišče, ko je določilo pogoje v zadevi *Bronner* in pri tem sledilo mnenju generalnega pravobranilca Jacobsa, ki je izrecno opozoril, da je treba z odrejanjem dostopa po doktrini biti posebno previden v primerih, ko so proizvodi, storitve ali zmogljivosti, do katerih se zahteva dostop,⁵³ plod občutnih investicij.⁵⁴ Ker torej že pogoji, ki so v doktrini vzpostavljeni za presojo nepogrešljivosti materializiranih zmogljivosti, nudijo zadostno raven zaščite spodbud za vlaganje v zmogljivosti, se razlikovanje med obravnavo materializiranih zmogljivosti in pravic intelektualne lastnine kot nematerializiranih zmogljivosti zdi neutemeljeno.

3.3. Pogoji iz zadeve *Microsoft* kot vir nejasnosti

Po sodbah v zadevah *Bronner* in *IMS Health* so bili pogoji za uporabo doktrine tako v primerih, ki so se nanašali na materializirane zmogljivosti, kot tudi v primerih, ki so se nanašali na pravice intelektualne lastnine, jasno določeni, možnost predvideti, ali je neka zmogljivost po doktrini nepogrešljiva, pa je bila vsaj v postopkih pred Sodiščem razmeroma visoka. Pretres v tako izoblikovanem sistemu je bila sodba v zadevi *Microsoft*, ki je zameglila pogoje za uporabo doktrine in bila v strokovni literaturi tarča obširnih kritik.

Sodba v zadevi *Microsoft* je negativno vplivala na uporabo doktrine v praksi. Po njej se Komisija namreč v postopkih, v katerih značilnost posamezne zmogljivosti kot nujne zmogljivosti ni *prima facie* očiten, uporabi doktrine izogiba.⁵⁵ To se je zgodilo v zadevah *Facebook/WhatsApp*,⁵⁶ *Google/DoubleClick*,⁵⁷ *Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV*.^{58, 59} Bolj kot to, da Komisija podatkov ni opredelila kot nujne zmogljivosti, preseneča odsotnost vsakršne analize tega vprašanja, ki nakazuje na oklevanje pri uporabi doktrine, katerega najverjetnejši razlog je njen nerazjasnjeni položaj po sodbi v zadevi *Microsoft*.

⁵³ Torej tako materializirane kot tudi nematerializirane zmogljivosti.

⁵⁴ Mnenje generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi *Bronner*, točka 62.

⁵⁵ To pomeni, da v takih primerih ne more priti do pritožb na sklepe Komisije in posledično do izoblikovanja sodne prakse

⁵⁶ COMP/M.7217 z dne 3. oktobra 2014 *Facebook/WhatsApp (Facebook/WhatsApp)*.

⁵⁷ COMP/M.4731 z dne 11. marca 2008 *Google/ DoubleClick (Google/ DoubleClick)*.

⁵⁸ COMP/M.6314 z dne 4. septembra 2012 *Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV (Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV)*.

⁵⁹ V slednjih se je med drugim postavilo vprašanje, ali nujno zmogljivost predstavljajo podatki. Komisija se je omejila na splošno zatrjevanje, da je relevantne podatke možno pridobiti iz velikega številnih različnih virov, zaradi česar jih ne more obvladovati eno samo podjetje ter da lahko iste podatke hkrati uporablja več podjetij. Čeprav je zatrjevanje Komisije na splošni ravni pravilno, pa lahko prihaja do izjem, o čemer pričata sodna praksa iz ZDA (*hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019) in *PeopleBrowsr, Inc. v. Twitter, Inc.*, št. 3:12-cv-06120-EMC) ter 10. novela nemškega Zakona proti omejevanju konkurence (*Gesetz gegen Wettbewerbs-beschränkungen*), ki je v 19. člen zakona vključila izrecno določbo, da podatki lahko pomenijo nujno zmogljivost.

Dejansko stanje, na katerem je sodba v zadevi *Microsoft* temeljila, je bilo naslednje: podjetju Microsoft, ki je na trgu operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike imelo 90-odstotni tržni delež, je podjetje Sun očitalo, da zavrača razkritje informacij o interoperabilnosti⁶⁰ njegovih operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin z operacijskim sistemom Windows za odjemalske osebne računalnike.⁶¹ Da do interoperabilnosti sploh lahko pride, potrebuje podjetje, katerega aplikacija naj deluje na sistemu drugega proizvajalca, tako imenovane informacije o vmesnikih, torej informacije o sistemu, na katerem naj aplikacija deluje, ki so zaščitene s pravicami intelektualne lastnine. Kjer na trgu programske opreme deluje podjetje z občutno tržno močjo, je za konkurenčnost drugih proizvajalcev programske opreme nujno, da so njihovi proizvodi združljivi s proizvodi tega podjetja,⁶² v zadevnem primeru podjetja Microsoft. Podjetje Microsoft je začelo dostop do informacij o interoperabilnosti zavračati, ko je tudi samo vstopilo na trg operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin (tj. na spodnji trg). Ker širša razprava o zelo kompleksnem dejanskem stanju in nekaterih drugih spornih vidikih sodbe presega meje tega prispevka, omenimo le, da je Sodišče ugotovilo, da je podjetje Microsoft zlorabilo prevladujoč položaj na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin za odjemalske osebne računalnike ter mu naložilo plačilo globe v višini nekaj manj kot 500 milijonov evrov ter odredilo, da mora zagotavljati potrebne informacije o interoperabilnosti podjetjem na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin za odjemalske osebne računalnike ter poskrbeti, da bodo informacije ustrezno posodobljene.⁶³

S sodbo v zadevi *Microsoft* je Sodišče v celoti odstopilo od pogoja novega proizvoda, ki ga je oblikovalo s sodbami v zadevah *Magill* in *IMS Health*. V slednji je, ponovimo, navedlo, da lahko zavrnitev dostopa do pravice intelektualne lastnine pomeni zlorabo prevladujočega položaja samo v primerih, ko podjetje, ki zahteva dostop do te pravice, ne namerava zgolj podvajati proizvodov ali storitev, ki so že na voljo na spodnjem, vertikalno povezanem trgu, ampak namerava nuditi nove proizvode ali storitve, ki jih imetnik licence ne nudi.⁶⁴ V sodbi v zadevi *Microsoft* je nasprotno zaključilo, da okoliščina v zvezi s pojavom novega proizvoda, kot je določena s sodbama v zadevah *Magill* in *IMS Health*, ne more biti edini parameter, na podlagi katerega je mogoče ugotoviti, ali zavrnitev podelitve licence za pravico intelektualne lastnine lahko škodi potrošnikom v smislu točke b drugega odstavka 102. člena PDEU.⁶⁵ Kot namreč izhaja iz besedila te določbe, lahko

⁶⁰ Interoperabilnost pomeni, da lahko aplikacije oziroma programi enega proizvajalca delujejo na operacijskem sistemu drugega proizvajalca. Program Microsoft Word, ki deluje na operacijskem sistemu iOS (tovarniško nastavljeni operacijski sistem računalnikov Apple), je na primer interoperabilen s tem operacijskim sistemom.

⁶¹ *Microsoft*, točka 7.

⁶² Jones in Suftrin, 2011, str. 509.

⁶³ *Microsoft*, točka 509.

⁶⁴ *IMS Health*, točka 49.

⁶⁵ Prej 82. člen PES.

taka škoda nastane ne samo zaradi omejevanja proizvodnje ali trgov, ampak tudi zaradi omejevanja tehničnega razvoja.⁶⁶ Sodišče je v sodbi torej namesto pogoja novega proizvoda uvedlo pogoj tehničnega napredka. Če je vsebinsko nejasen že pogoj novega proizvoda, to še toliko bolj velja za pogoj tehničnega napredka. Zanj namreč ni mogoče natančno določiti, kaj vse zajema. Glede na dikcijo sodbe v zadevi *Microsoft* je sicer mogoče predvideti, da zajema vse vrste proizvodov, ki ne pomenijo zgolj podvajanja tistih proizvodov, ki jih podjetje s prevladujočim položajem na zgornjem trgu že nudi na spodnjem trgu. To pa še ne odgovori na vprašanje, kakšen mora biti obseg tehničnega napredka, da bo zadoščeno obravnavanemu pogoju. Tehnični napredek namreč lahko predstavljajo na eni strani majhne izboljšave obstoječih proizvodov, na drugi strani pa proizvodi, ki se od že obstoječih v bistvenem razlikujejo. Ob odsotnosti nadaljnje sodne prakse do danes ostaja nejasno, kako velik tehnični napredek je dovolj velik, da dopušča odreditev obveznosti po doktrini.⁶⁷ Vsebinska odprtost in prožnost izraza tehnični napredek puščata prostor za razmeroma široke prilagoditve in se lahko uporabljata kot pogajalska instrumenta, ki omogočata doseganje določenih strateških ciljev, ki presegajo namen doktrine v okviru konkurenčnih pravil.⁶⁸ Komisija tako lahko prek prilagajanja vsebine pogoja tehničnega napredka zasleduje cilje, ki so širši od ohranitve konkurence na danem trgu in že segajo na področje *ex ante* ekonomske regulacije posameznega trga ali sektorja.⁶⁹

Sodba v zadevi *Microsoft* je od pogojev, vzpostavljenih s sodbami v zadevah *Bronner*, *Magill* in *IMS Health*, odstopila tudi v tem, da ni več zahtevala, da bo zavrnitev dostopa do zmogljivosti izključila vso konkurenco na spodnjem trgu, temveč zgolj, da bo izključila vso učinkovito konkurenco na spodnjem trgu. Zavrnitev dobave po sodbah v zadevah *Bronner*, *Magill* in *IMS Health* mora torej iz spodnjega trga izključiti vso, še tako šibko konkurenco, po sodbi v zadevi *Microsoft* pa lahko na spodnjem trgu konkurenca sicer še obstaja, vendar le, če ni učinkovita. Problematična je nejasnost vsebine pogoja učinkovite konkurence. Nejasno je torej, do kdaj je konkurenca še učinkovita in kdaj postane neučinkovita, kar je med drugim odvisno od tipa ekonomske učinkovitosti, ki ga opazujemo. Razlikujemo namreč med alokacijsko, proizvodno in inovacijsko učinkovitostjo, med katerimi pogosto opazimo medsebojno nezdržljivost (angl. *trade-off*). To odpira vrata za prilagajanje vsebine pogoja interesom Komisije in Sodišča⁷⁰ v vsakem posameznem primeru. Odločitev Sodišča za pogoj izključitve vse učinkovite konkurence namesto izključitve vse konkurence je mogoče razumeti v luči specifičnega dejanskega

⁶⁶ *IMS Health*, točka 647.

⁶⁷ Hou (2012, str. 262) meni, da pogoj tehničnega napredka pomeni arbitrarno razširitev pogoja novega proizvoda in najeda samo bistvo sistema zaščite pravic intelektualne lastnine.

⁶⁸ Marty in Pillot, 2011, str. 216.

⁶⁹ Pav tam.

⁷⁰ Sodišče glede ekonomskih vprašanj Komisiji dopušča širok manevrski prostor, saj se praviloma ne spušča v ekonomske presoje, temveč se omejuje na očitne napake.

stanja.⁷¹ Podjetje Microsoft je v času izdaje sodbe imelo na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin (tj. na spodnjem trgu) 60-odstotni tržni delež. Na trgu je prav tako bilo prisotnih veliko tekmecev, ki pa so za delovanje na njem potrebovali različno visoko stopnjo interoperabilnosti s proizvodi z zgornjega trga. Podjetje Linux s tržnim deležem 5 do 10 odstotkov je potrebovalo zelo nizko raven interoperabilnosti,⁷² podjetji UNIX in Novell pa zelo visoko in sta na trgu bili kljub zavrnitvi dostopa do informacij o interoperabilnosti še vedno prisotni zgolj zato, ker je veliko potrošnikov še uporabljalo starejše različice operacijskega sistema Windows, za katere je podjetje Microsoft še zagotavljalo informacije o interoperabilnosti.⁷³ Če bi torej Sodišče vztrajalo pri pogoju izključitve vse konkurence, bi ne moglo uporabiti doktrine, saj podjetje Microsoft z zavrnitvijo dostopa do informacij o interoperabilnosti dejansko ni izključilo s spodnjega trga tistih tekmecev, ki so potrebovali nizko raven interoperabilnosti ali interoperabilnosti sploh niso potrebovali.

Kakorkoli že, potrebe za omiljenje pogoja izključitve vse konkurence ni bilo, saj bi Sodišče do enakega rezultata lahko prišlo z drugačno opredelitvijo zgornjega trga. Slednjega bi tako namesto trga operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike bilo smiselno opredeliti kot trg informacij o interoperabilnosti za operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike. Za podjetja, ki za delovanje na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin niso potrebovala informacij o interoperabilnosti, po naravi stvari informacije o interoperabilnosti za delovanje na tem trgu niso predstavljale nujne zmogljivosti (in posledično za delovanje na njem niti ne bi potrebovala dostopa do zmogljivosti s trga informacij o interoperabilnosti za operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike), ampak so jo predstavljale zgolj za tista podjetja, ki so za delovanje na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin potrebovala visoko raven interoperabilnosti. Ob taki definiciji zgornjega trga bi posledično ne bilo potrebe po omilitvi pogoja izključitve vse konkurence, saj bi zavrnitev dobave informacij o interoperabilnosti podjetjem, ki so za delovanje na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin potrebovala visoko raven interoperabilnosti, iz tega izključilo vso konkurenco in ne le vse »učinkovite konkurence«. Da bi bila taka opredelitev zgornjega trga primernejša, priča tudi dejstvo, da podjetje Sun, ki je zahtevalo dostop do nujne zmogljivosti, ni zahtevalo dostopa do operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike, ampak do informacij o interoperabilnosti za operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike. S tako opredelitvijo zgornjega trga bi bila prepoznana specifična dejanska stanja, v katerem so tako podjetja, ki so potrebovala visoko raven interoperabilnosti, kot tudi podjetja, ki interoperabilnosti niso potrebovala, delovala na trgu operacijskih sistemov za strežnike

⁷¹ Kljub temu pa do danes ni z gotovostjo jasno, ali je tako omiljen pogoj omejen zgolj na to dejansko stanje ali pa je zamenjal pogoj izključitve vse konkurence.

⁷² *Microsoft*, točka 33.

⁷³ Prav tam, točka 429.

delovnih skupin, hkrati pa so zgolj podjetja, ki so potrebovala visoko raven interoperabilnosti za delovanje na tem trgu, potrebovala tudi informacije o interoperabilnosti.

3.4. Sodba *Slovak Telekom* – delna razjasnitev in nove nejasnosti

Nejasnosti, ki jih je vzpostavila sodba v zadevi *Microsoft*, zaradi omahovanja Komisije glede uporabe doktrine ter občutnega razvoja postopkov sprejemanja zavez,⁷⁴ zaradi katerih se Sodišče nima priložnosti izreči v zadevah, v katerih bi lahko opredelilo doseg doktrine, pretežno še vedno ovirajo nadaljnji razvoj doktrine.

Nekaj razjasnitev je prinesla sodba Sodišča v zadevi *Slovak Telekom (ST)*,⁷⁵ v kateri je prvič po skoraj petnajst letih uporabilo doktrino. Podjetje ST je imelo pomembno tržno moč na veleprodajnem trgu razvezanega dostopa do krajevne zanke in je bilo z Uredbo št. 2887/2000⁷⁶ zavezano interesentom ponuditi razvezni dostop do krajevnih zank. Kljub interesom konkurenčnih podjetij je do leta 2010 razvezani dostop do krajevne zanke podjetje ST omogočilo le redkim.⁷⁷ Komisija je ugotovila, da je podjetje ST imelo prevladujoč položaj na zgornjem trgu (vleprodajni trg razvezanega dostopa do krajevnih zank) ter na spodnjem trgu (množični maloprodajni trg širokopasovnih storitev na fiksni lokaciji) ter da je prevladujoči položaj zlorabilo z uvedbo cenovnih škarij in zavrnitvijo dostopa do svoje krajevne zanke. Po pritožbi zoper sklep Komisije se je podjetje ST v postopkih pred Sodiščem sklicevalo na kriterije iz zadeve *Bronner* in zatrjevalo, da dostop do njegove lokalne zanke za tekmece ni bil nepogrešljiv,⁷⁸ da torej njegova lokalna zanka ni pomenila nujne zmogljivosti za delovanje na množičnem maloprodajnem trgu širokopasovnih storitev na fiksni lokaciji (tj. spodnjem trgu). Sodišče je sicer ponovilo, da podjetje, čeprav ima prevladujoč položaj, načeloma lahko zavrne dostop do zmogljivosti, ki jo je samo vzpostavilo, saj obveznost omogočiti dostop do take zmogljivosti še posebej posega v svobodo sklepanja pogodb in lastninsko pravico podjetja s prevladujočim položajem.⁷⁹ Hkrati pa je tudi poudarilo, da je izjema od tega splošnega načela situacija, ko ima podjetje s prevladujočim položajem dejansko moč na zadevnem trgu,⁸⁰ če je torej dostop do infrastrukture nepogrešljiv za dejavnost konkurenta (kar se zgodi), kadar ni nobenega dejanskega ali potencialnega nadomestka za to infrastrukturo (tj. nujno zmo-

⁷⁴ Sibony in Marty, 2016, str. 95–99.

⁷⁵ C-165/19 P *Slovak Telekom proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom*).

⁷⁶ Uredba (ES) št. 2887/2000 evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. decembra 2000 o razvezanem dostopu do krajevne zanke, Uradni list EU, št. L 336, 30. december 2000.

⁷⁷ Zadeva AT.39523 *Slovak Telekom*, točka 394.

⁷⁸ Prav tam, točki 95 in 96.

⁷⁹ C-165/19 P *Slovak Telekom*, točka 46.

⁸⁰ Prav tam, točka 48.

gljivost),⁸¹ obstoj takih okoliščin pa v vsakem posameznem primeru ugotovi nacionalni regulator s pomočjo pogojev iz zadeve *Bronner*.⁸²

V sodbi v zadevi *ST* Sodišče ni uporabilo pogojev iz zadeve *Bronner*, saj je obvezen dostop do lokalne zanke odredil že nacionalni regulator. Ker je dostop do lokalne zanke obvezen že zaradi obstoječe *ex ante* regulacije, to samo po sebi pomeni, tako Sodišče, da je nepogrešljiv, in na vprašanje, ali pomeni nujno zmogljivost, ni treba še dodatno odgovarjati z uporabo pogojev iz zadeve *Bronner*.⁸³ Glede veljavnosti pogojev iz zadeve *Bronner* je treba ugotoviti, da iz sodbe jasno izhaja, da so še vedno veljavni. Sodišče jih sicer ni uporabilo neposredno, je pa mogoče prek pojasnila, da jih ni treba uporabiti zgolj v primerih, ko je obveznost dostopa že določena z *ex ante* regulacijo, mogoče nedvoumno sklepati, da jih je treba uporabiti povsod tam, kjer taka obveznost podjetja s prevladujočim položajem (na zgornjem trgu) z *ex ante* regulacijo ni določena. V zadevnem primeru je torej lokalna zanka zaradi vzpostavljene *ex ante* regulacije, ki je podjetje *ST* obvezovala, da omogoči dostop nje, samodejno nepogrešljiva. Tako stališče pa se lahko pokaže kot problematično, saj dejstvo, da je dostop do zmogljivosti odrejen z *ex ante* regulacijo, dejansko še ne pomeni, da je ta zmogljivost tudi nepogrešljiva v smislu pogojev iz zadeve *Bronner*. Povsem mogoče si je zamisliti situacijo, v kateri bi tekmeči, ki delujejo na spodnjem trgu, dostop do primerljive zmogljivosti lahko pridobili na drug način.

Zdi se, da bi lahko sodba v zadevi *ST* pomenila zametke nove ureditve ugotavljanja nepogrešljivosti posamezne zmogljivosti, v kateri bi se poleg pogojev doktrine upošteval regulatorni okvir, ki je v posameznem gospodarskem sektorju vzpostavljen.⁸⁴ Taka ureditev pa je zelo nelogična ter celo problematična, posebno v primerih, ko je dostop do posamezne zmogljivosti podvržen *ex ante* regulaciji, dostop do podobne zmogljivosti pa ne, predvsem če sta obe zmogljivosti prisotni v istem gospodarskem sektorju. Za primer vzemimo Uredbo o homologaciji motornih vozil.⁸⁵ Slednja proizvajalce osnovne opreme (tj. motornih vozil) zavezuje, da morajo neodvisnim izvajalcem zagotoviti neomejen, standardiziran in nediskriminatoren dostop do informacij o OBD (tj. avto-diagnostiki) vozila, ter med drugim informacij o popravilu in vzdrževanju vozila, za katere lahko zaračunajo primerne in sorazmerne pristojbine.⁸⁶ Na podlagi tako pridobljenih podatkov lahko neodvisni izvajalci (tj. serviserji, ki niso povezani s proizvajalci osnovne opreme) nudijo storitve na trgu avto-diagnostike, na katerem tekmujejo s proizvajalci osnovne

⁸¹ Prav tam, točka 49.

⁸² Prav tam.

⁸³ Czapracka, 2021, str. 2 in 3.

⁸⁴ Macchi, 2019, str. 419.

⁸⁵ Uredba 2018/858 o odobritvi in tržnem nadzoru motornih vozil in njihovih priklonnikov ter sistemov, sestavnih delov in samostojnih tehničnih enot, namenjenih za taka vozila, spremembi uredb (ES) št. 715/2007 in (ES) št. 595/2009 ter razveljavitvi Direktive 2007/46/ES, Uradni list EU, št. L 151/1.

⁸⁶ Prav tam, točka 1 61. člena.

opreme, ki tudi sami nudijo iste storitve. Predvsem novejša, posebno pa povezana vozila, proizvajajo ogromno količino podatkov o delovanju vozila, voznika in drugih vozil.⁸⁷ Dostop do posameznih kategorij teh podatkov v realnem času je potreben za to, da se lahko izvajajo storitve avto-diaagnostike na daljavo. Uredba o homologaciji motornih vozil pa ne določa obveznosti proizvajalcev osnovne opreme omogočiti neodvisnim ponudnikom storitev dostop do teh podatkov v realnem času, temveč zgolj dostop do storitev avto-diaagnostike na daljavo, ki jih uporabljajo proizvajalci ter pooblaščen trgovci in serviserji.⁸⁸ To pomeni, da so neodvisni ponudniki storitev izključeni iz trga avto-diaagnostike na daljavo, saj ne morejo pridobiti podatkov, ki so nujni za delovanje na njem. Edini način, da bi take podatke lahko pridobili, bi bilo opiranje na to, da pomenijo nujno zmogljivost. Uredba o homologaciji motornih vozil torej obvezuje proizvajalce osnovne opreme, da neodvisnim ponudnikom zagotovijo podatke, ki jih potrebujejo za izvajanje storitev avto-diaagnostike, ne pa tudi podatkov, ki so potrebni za izvajanje storitev avto-diaagnostike na daljavo. V primeru, ko bi proizvajalec osnovne opreme ne želel neodvisnim ponudnikom storitev omogočiti dostop do podatkov, potrebnih za izvajanje storitev avto-diaagnostike, in bi neodvisni ponudniki zahtevali dostop do teh podatkov po doktrini, bi jim ne bilo treba dokazati, da so zadevni podatki nepogrešljivi za izvajanje storitev avto-diaagnostike. Drugače pa bi bilo v primeru, ko bi proizvajalec osnovne opreme zavrnil dostop do podatkov, potrebnih za izvajanje storitev avto-diaagnostike na daljavo, saj bi v tem primeru morali neodvisni ponudniki storitev dokazati, da so ti podatki nepogrešljivi za izvajanje storitev diagnostike na daljavo po standardu doktrine.⁸⁹

Čeprav sta si torej storitvi avto-diaagnostike in avto-diaagnostike na daljavo pretežno podobni in čeprav so tudi podatki, ki so nujna zmogljivost za izvajanje storitev avto-diaagnostike po vsebini podobni podatkom, ki so nujna zmogljivost za izvajanje storitev avto-diaagnostike na daljavo, bi za dostop do vsake od teh kategorij podatkov veljali različni standardi, kar se zdi nelogično. Dalje pa bi se ureditev po sodbi v zadevi *ST* kot problematična lahko izkazala tudi v povezavi s tistimi zmogljivostmi, ki so prisotne v vseh gospodarskih sektorjih, dostop do njih pa je z *ex ante* regulacijo urejen le v nekaterih od njih. To je predvsem aktualno v luči predloga Akta o digitalnih trgih,⁹⁰ ki vsebuje določbe, ki zavezujejo tako imenovane vratarje, tj. ponudnike jedrnih platformnih storitev, ki imajo znaten vpliv na notranji trg in ki delujejo kot pomembna vstopna točka, prek

⁸⁷ Stadler, Brenner in Hermann, 2018, str. 19.

⁸⁸ Uredba o homologaciji motornih vozil, točka 1 61. člena.

⁸⁹ Poudariti je treba še, da je nejasno, kateri pogoji bi se v takem primeru sploh uporabili. Uporabo pogojev iz zadeve *Bronner*, ki veljajo za materializirane zmogljivosti, je sicer mogoče *prima facie* izključiti, saj podatki očitno niso materializirana zmogljivost, nejasno pa je, ali bi poleg pogojev, ki so enaki v sodbah *Magill*, *IMS Health* in *Microsoft* in ki se nanašajo na pravice intelektualne lastnine, ki so, tako kot podatki, nematerializirane zmogljivosti, bilo treba uporabiti kriterij novega proizvoda ali kriterij tehničnega napredka.

⁹⁰ Predlog Uredbe o tekmovalnih in pravičnih trgih v digitalnem sektorju, COM(2020) 842 konč.

katere lahko poslovni uporabniki dosežejo končne uporabniki in ki imajo pri izvajanju svojih operacij korist od trajnega in utrjenega položaja, ki jo bodo predvidoma imeli tudi v prihodnosti,⁹¹ ter ki izpolnjujejo druge natančno določene kriterije,⁹² da omogočijo drugim podjetjem dostop do podatkov, ki jih imajo v oblasti. Tako obveznost vratarjev podajata točki i in j prvega odstavka 6. člena predloga Akta o digitalnih trgih. Različni standardi za presojo nujnosti zmogljivosti, kot jih določa sodba v zadevi *ST*, bi pomenili, da bi se (v primeru, ko bo končna različica Akta o digitalnih trgih vsebovala zgoraj citirana določila) v primeru zavrnitve dostopa do podatkov njihova nepogrešljivost presojala različno, odvisno od tega, ali bi podjetje, ki bi zavrnilo dostop, bilo vratar ali ne. Če bi torej dostop do podatkov zavrnilo podjetje, ki je vratar, bi podjetjem, ki bi do teh podatkov želela dostop po doktrini, ne bilo treba dokazati njihove nepogrešljivosti za delovanje na spodnjem trgu, saj bi zaradi obstoja *ex ante* regulacije ti podatki bili samodejno nepogrešljivi. Če pa bi dostop do podatkov z isto vsebino zavrnilo podjetje, ki ni vratar, bi se nepogrešljivost presojala po pogojih doktrine.

4. Standardi doktrine v luči spreminjajočih ciljev konkurenčne politike

Teoretične kritike, usmerjene v spreminjanje standardov, pod katerimi je mogoče uporabiti doktrino,⁹³ spregledajo, da doktrina ni osamljen otok, ampak del konkurenčne politike in konkurenčnega prava, ki čez čas in prostor zasledujeta spreminjajoče cilje oziroma posamičnim ciljem skozi čas namenjata različno stopnjo pozornosti in imata različne prednosti. Čeprav v EU ni prišlo do poglobljene razprave o ciljih izvrševanja konkurenčnega prava,⁹⁴ iz analize posameznih letnih poročil Komisije⁹⁵ ter nekaterih empiričnih raziskav⁹⁶ izhaja, da tako Sodišče kot tudi Komisija pri snovanju in izvajanju

⁹¹ Prav tam, točka 23.

⁹² Glej 6. in 15. člen Predloga DMA.

⁹³ Slednje so usmerjene predvsem v sodbo Sodišča v zadevi *Microsoft*. Glej na primer: Eilmansberger, 2005, str. 329–346; Hesse, 2008, str. 32–37; Hou, 2012, str. 251–271; in Ridyard, 2004, str. 669–673.

⁹⁴ Glej na primer: Bernard, 2018, str. 77–81.

⁹⁵ Tako imenovani Reports of Competition Policy za posamezna leta od vključno leta 1971 so dostopni na <[⁹⁶ Na primer: Brook in Cseres, 2021; Stylianou in Iacovides, 2020.](https://op.europa.eu/en/relatedpublications?p_p_id=eu_europa_publications_portlet_pagination_PaginationPortlet_INSTANCE_sRGplvT4hFIz&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&facet.issn=02593157&facet.collection=EUPub&facet.collection=EULex&facet.collection=EUWebPage&facet.collection=EUSummariesOfLegislation&sortBy=PUBLICATION_DATEDESC&SEARCH_TYPE=BROWSE_BY_SUBJECT&&publicationDetails_PublicationDetailsPortlet_cellarId=e0167b5507ba4831819a7e66725b4f63&publicationDetails_PublicationDetailsPortlet_language=en&resultsPerPage=10&startRow=1>.</p></div><div data-bbox=)

konkurenčne politike⁹⁷ zasledujeta predvsem naslednje cilje: blaginja potrošnikov, tržna učinkovitost (alokacijska, proizvodna ali inovacijska), konkurenčni proces, evropska integracija, poštenost, svoboda tržnih akterjev in struktura trga. Intenzivnost zasledovanja posameznih ciljev v razmerju do drugih čez čas ni konstantna in se spreminja, prav tako ne prihaja do popolnega prekrivanja med cilji, ki jih v posameznem obdobju zasleduje Sodišče, in tistimi, ki jih zasleduje Komisija.

Tako Sodišče kot tudi Komisija sta pri izvajanju konkurenčnega prava v začetku tisočletja začela velik pomen dajati ciljem zaščite konkurenčnega procesa, blaginje potrošnikov ter strukture trga, ki sta jim v starejši praksi, v kateri je bil poudarek na zasledovanju cilja evropske integracije in svobode tržnih akterjev, namenjala manj pozornosti.⁹⁸ Poleg opazne spremembe prednostnih nalog pri zasledovanju različnih ciljev konkurenčne politike in konkurenčnega prava se je v obdobju neposredno pred sklepom Komisije in sodbo Sodišča v zadevi *Microsoft* začel tudi postopek spreminjanja načina uporabe 102. člena PDEU iz tako imenovane formalistične presoje v presoji po učinku (angl. *effects based approach*), ki se je končal s sprejetjem Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj.⁹⁹ Formalistična presoja, ki je utemeljena na ordoliberalni ekonomski misli, se je uveljavila v sedemdesetih letih 20. stoletja in se v praksi Sodišča in Komisije ohranila vsaj do prvih let novega tisočletja. Praviloma se v njej ni presojalo, kakšen učinek ima ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ampak se je *per se* prepovedalo določena njihova ravnanja.¹⁰⁰ Drugače kot formalistična presoja, presoja po učinku več pozornosti kot posameznim oblikam ravnanja podjetij namenja ugotavljanju dejanske škode potrošnikom.¹⁰¹ Sodba v zadevi *Microsoft*, ki je v

⁹⁷ Predvsem na področju zlorab prevladujočega položaja.

⁹⁸ Glej na primer: Stylianou in Iacovides, 2020, str. 26–32.

⁹⁹ Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj, Uradni list EU, št. C 45.

¹⁰⁰ Bernard, 2018, str. 270. Zloraba prevladujočega položaja je po formalistični presoji v točki 91 sodbe C-85/76 *Hoffman-La Roche proti Komisiji*, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche*), opredeljena kot objektivni pojem, ki meri na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ki lahko vpliva na strukturo trga, na katerem je konkurenca že šibka prav zaradi prisotnosti zadevnega podjetja, in ki ovira ohranjanje še obstoječe konkurence na trgu ali razvoj te konkurence z drugačnimi sredstvi od tistih, ki so značilna za normalno konkurenco med proizvodi ali storitvami na podlagi dejavnosti gospodarskih subjektov.

¹⁰¹ Člen 5 navodil navaja, da se bo: Komisija pri uporabi 102. člena za izključevalna ravnanja prevladujočih podjetij osredinila na tiste vrste ravnanj, ki so za potrošnike najbolj škodljive. Konkurenca potrošnikom koristi z nizkimi cenami, boljšo kakovostjo in širšo izbiro novega ali izboljšanega blaga ter storitev. Komisija bo zato svoje izvrševanje usmerila v zagotavljanje, da trgi dobro delujejo in da imajo potrošniki koristi od učinkovitosti in produktivnosti, ki sta rezultat učinkovite konkurence med podjetji.

bistvenem odstopila od pogojev iz zadev *Magill* in *IMS Health*, je bila sprejeta leta 2007, sklep Komisije, ki je vzpostavil metodologijo za presojo zavrnitve dobave po doktrini, ki ji je Sodišče sledilo, pa leta 2004. Tako sklep kot tudi sodba v zadevi *Microsoft* sta bila torej sprejeta v času, ko je prihajalo do modernizacije uporabe 102. člena PDEU ter do spreminjanja prednostnih nalog glede ciljev na področju konkurenčne politike in prava, ki jih je zasledovala Komisija. Vse to, pa tudi dejstvo, da je v času neposredno pred sprejetjem sklepa Komisije v zadevi *Microsoft* ena od njenih prednostnih nalog na področju konkurenčne politike in konkurenčnega prava bil pregon zlorab prevladujočega položaja,¹⁰² kaže, da razrahljanje pogojev iz sodb *Magill* in *IMS Health* ni tako samovoljno in neosnovano, kot to zatrjuje del teorije. Kljub temu pa zaradi pomanjkanja nadaljnje sodne prakse v podobnih zadevah ni jasno, ali so pogoji iz zadeve *Microsoft* vezani le na specifično stanje zadevnega primera ali pa je njihova veljava širša, splošna.

5. Kdaj je torej zmogljivost »nepogrešljiva«?

Pogoji za uporabo doktrine so danes še vedno, morda celo bolj kot kadarkoli prej, nejasni. Z gotovostjo je mogoče trditi le, da se nepogrešljivost materializiranih zmogljivosti presoja po pogojih iz zadeve *Bronner*. Potrditev pogojev iz zadeve *Bronner* s sodbo v zadevi *ST* pa ni nič presenetljivega ali nepričakovanega, saj njihova veljavnost v primeru presoje nepogrešljivosti materializiranih zmogljivosti v okviru doktrine nikoli ni bila zares postavljena pod vprašaj. Precej bolj nejasni so pogoji za presojo nepogrešljivosti pravic intelektualne lastnine, torej nematerializiranih zmogljivosti. Sodbe v zadevah *IMS Health* ter *Magill* na eni strani in *Microsoft* na drugi strani se pri opredelitvi slednjih v bistvenem razlikujejo.

Omilitev pogojev iz sodb v zadevah *Magill* in *IMS Health* v sodbi *Microsoft* je sicer mogoče razumeti v luči sprememb v konkurenčni politiki, kljub temu pa je doseg pogojev izključitve vse učinkovite konkurence in tehničnega napredka nejasen. Pogoj izključitve vse učinkovite konkurence je tesno vezan na konkretno dejansko stanje,¹⁰³ veliko bolj nejasen pa je doseg pogoja tehničnega napredka, s katerim je v sodbi v zadevi *Microsoft* bil nadomeščen do tedaj vzpostavljen pogoj novega proizvoda. Nič ne odkazuje

¹⁰² Evropska komisija, Report on Competition Policy: 2004, točka 686, <https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2004/en.pdf>. Poročilo navaja, da bodo posegi proti zlorabam prevladujočega položaja še naprej prednostna naloga Komisije. C-238/87 *AB Volvo proti Erik Veng (UK) Ltd* z dne 5. oktobra 1988, ECLI:EU:C:1988:477 (*Volvo/Veng*).

¹⁰³ Če bi Sodišče vztrajalo pri pogoju izključitve vse konkurence s spodnjega trga, bi ne moglo uporabiti doktrine, čeprav je podjetje Microsoft očitno zlorabilo prevladujoči položaj in je obvezna delitev podatkov o interoperabilnost predstavljala edini način, da se prepreči izključitev podjetij, ki so potrebovala visoko raven interoperabilnosti s proizvodi podjetja Microsoft z zgornjega trga, s spodnjega trga. Sprememba tega pogoja pa ni bila potrebna, saj bi se do enakega zaključka dalo priti z drugačno opredelitvijo zgornjega trga, torej kot trga informacij o interoperabilnosti za operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike in ne kot trga operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike.

na to, da bi ta pogoj bil posebno močno zasidran v specifičnem dejanskem stanju, na katerem temelji sodba v zadevi *Microsoft*. Pogoj tehničnega napredka je zelo problematičen, ker je popolnoma nejasno, kdaj neki proizvod predstavlja tehnični napredek v razmerju do proizvoda, ki že obstaja. Z drugimi besedami, ni jasno, ali tehnični napredek predstavlja že minimalno izboljšanje proizvoda, ki že obstaja, ali pa mora iti za občutno izboljšanje in če da, kdaj je neko izboljšanje občutno. Glede pogojev za opredelitev pravice intelektualne lastnine kot nepogrešljive po doktrini lahko zaključimo, da po sodbi v zadevi *Microsoft* ostajajo vse do danes nejasni. To je problematično, saj je utemeljeno mogoče pričakovati, da se bo v bližnji prihodnosti postavilo vprašanje, ali podatki pomenijo nujno zmogljivost. Ker so podatki, podobno kot pravice intelektualne lastnine, nematerializirana zmogljivost, ni jasno, katere pogoje bi za presojo njihove nepogrešljivosti po doktrini bilo treba uporabiti (torej pogoje iz zadeve *IMS Health* ali pogoje iz zadeve *Microsoft*). Glede na dejstvo, da imajo podatki (imenovani tudi nova nafta)¹⁰⁴ izjemen pomen v skoraj vseh gospodarskih sektorjih in da je dostop do njih prek *ex ante* regulacije urejen v le zelo omejenem obsegu, je to zelo problematično, saj pušča podjetja, ki podatke obvladujejo, pa tudi podjetja, ki podatke, ki jih obvladuje drugo podjetje, potrebujejo za delovanje na spodnjem trgu, v negotovem položaju.

Po sodbi v zadevi *ST* je opredelitev nepogrešljivosti po doktrini še bolj nejasna. Zdi se namreč, da je z njo uveden standard različne presoje nepogrešljivosti zmogljivosti, do katerih je dostop že urejen prek *ex ante* regulacije in zmogljivosti, glede katerih take regulacije ni. Če je delitev posamezne zmogljivosti že odrejena z *ex ante* regulacijo in podjetje s prevladujočim položajem na zgornjem trgu (trgu te zmogljivosti) dostop do nje zavrne, v primeru sklicevanja na doktrino nepogrešljivost take zmogljivosti pomeni (neizpodbojno?) domnevo. Ko pa delitev posamezne zmogljivosti ni urejena z *ex ante* regulacijo, se nepogrešljivost presoja po pogojih doktrine. Kateri točno so ti pogoji, nam sodba v zadevi *ST* pove zgolj za materializirane zmogljivosti (krajevna zanka, ki je v njej pomenila nujno zmogljivost, je namreč materializirana zmogljivost), ne pa tudi za nematerializirane zmogljivosti. Kot posebno problematična se taka ureditev pokaže v dveh situacijah, in sicer ko je v istem gospodarskem sektorju dostop do posamezne zmogljivosti urejen z *ex ante* regulacijo, dostop do podobne zmogljivosti pa ne, ter v primeru, ko je dostop do iste ali podobne zmogljivosti v enem gospodarskem sektorju urejen z *ex ante* regulacijo, v drugem pa ne. V teh primerih standard iz sodbe v zadevi *ST* neupravičeno uvaja različno presojo za podobne ali celo iste zmogljivosti. Nadaljnja sodna praksa bo pokazala, ali bo Sodišče ta standard nadalje razvijalo ali pa ga opustilo.

¹⁰⁴ The Economist, 2017.

6. Zaključek

Za zaključek se vrnimo k vprašanju, na katera smo si v tem prispevku prizadevali odgovoriti, in sicer kakšno je razmerje med spremembami pogojev za določitev nepogrešljivosti zmogljivosti po doktrini in razvojem konkurenčne politike ter konkurenčnega prava in kakšen je danes doseg nepogrešljivosti, torej, pod katerimi pogoji je neka zmogljivost nepogrešljiva.

Sprememba pogojev iz zadev *Magill* in *IMS Health* v sodbi v zadevi *Microsoft* časovno sovпада s pomembnimi spremembami v usmeritvi konkurenčne politike EU, ki so postavile poudarek na presojanje dejanskih škodljivih učinkov zlorab prevladujočih položajev (angl. *effects based approach*) in ki so poudarjale doseganje ciljev zaščite konkurenčnega procesa, blaginje potrošnikov ter strukture trga. Ravnanje podjetja Microsoft je za potrošnike gotovo bilo škodljivo, zaradi izjemne moči podjetja pa je tudi zelo negativno vplivalo na konkurenčni proces ter strukturo zadevnega trga. Komisija je od pogojev v zadevah *Magill* in *IMS Health* torej odstopila v času, ko so se prednostne naloge konkurenčne politike EU spremenile, s to spremembo pa je zasledovala cilje nove usmeritve konkurenčne politike EU. Posledično torej ni mogoče govoriti, da je sprememba vzpostavljenih pogojev v celoti arbitrarna in neutemeljena. Hkrati pa je res tudi, da zaradi zelo specifičnega dejanskega stanja v zadevi *Microsoft* in pomanjkanja nadaljnje sodne prakse ostaja nejasno, ali so pogoji iz zadeve *Microsoft* splošno veljavni ali pa so omejeni na zadevni primer.¹⁰⁵

Odgovor na drugo vprašanje ni preprost. Trenutno lahko z gotovostjo trdimo zgolj to, da za presojo nepogrešljivosti materializiranih zmogljivosti, do katerih dostop ni odrejen z *ex ante* regulacijo, veljajo pogoji iz zadeve *Bronner*. Pogoji za dostop do vseh preostalih vrst zmogljivosti po doktrini pa so danes bolj nejasni kot kadarkoli prej. V teoriji potekajo razprave o tem, ali je doktrina pripravljena na izzive prihodnosti, povezane predvsem z digitalno ekonomijo, vendar bi si bilo morda bolj smiselno postaviti vprašanje, ali je pripravljena na izzive sedanjosti in ali se morebiti tudi v pravu EU ne spreminja v, po Hovenkampu, problematičen, nekoherenten in neobvladljiv institut konkurenčnega prava.

Literatura

Andreangeli, A. (2009) 'Interoperability as an 'Essential Facility' in the Microsoft Case: Encouraging Stifling Competition or Innovation?', *European Law Review* 35(4), str. 584–611.

¹⁰⁵ Svojevrstno vprašanje, na katerega odgovor pa presega meje tega prispevka, pa ostaja tudi, ali bi Komisija in Sodišče spremenjenih prednostnih nalog konkurenčne politike v zadevi *Microsoft* ne mogli doseči z uporabo že obstoječih pogojev.

- Beckmerhagen, A. (2002) *Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht*. Baden-Baden: Nomis.
- Bernard, L. (2018) *Zlorabe prevladujočega položaja in modernizacija uporabe 102. člena PDEU*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Brook, O., in Cseres, K. J. (2021) Priority setting in EU and national competition law enforcement, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3930189> (dostop: 4. april 2022).
- Chen, Y. (2014) 'Refusal to deal, intellectual property rights, and antitrust', *Journal of Law, Economics & Organization*, 30(1), str. 533–557.
- Cotter, T. F. (1999) 'Intellectual property and the essential facilities doctrine', *The Antitrust Bulletin* 44(1), str. 211–250.
- Craig, P., in de Burca, G. (2015) *EU Law*. 6. izdaja. Oxford: Oxford University Press.
- Czapracka, K. (2021) 'The Essential Facilities Doctrine and the Bronner Judgment Clarified: Case C-165/19 P Slovak Telekom v Commission', *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(4), str. 2–3.
- de Streel, A., in Vegis, E. (1999) 'La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications' v Montero, E. (ur.) (2019) *Droit des technologies de l'information : regards prospectifs*. Bruselj: Académia Bruylant, str. 389–423.
- Doherty, B. (2001) 'Just what are essential facilities', *Common Market Law Review* 38(2), str. 397–436.
- Eilmansberger, T. (2005) 'The essential facilities doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft', *King's College Law Review* 16(2), str. 329–346.
- Evrard, S. J. (2004) 'Essential facilities in the European union: Bronner and beyond', *Columbia Journal of European Law* 10(3), str. 491–526.
- Ferčič, A. (2015) *Geneza reguliranih sektorjev*. Maribor: Poslovna založba Maribor.
- Ferčič, A. (2009) 'Ekonomska teorija in ex ante regulacija', *LeXonomica* 1(1), str. 33–50.
- Furse, M. (1995) 'The »essential facilities« doctrine in community law', *European Competition Law Review* 16(8), str. 469–472.
- Ginsburg, D. H., Garadin, D., in Klovers, K. (2019) 'Antitrust and intellectual property in the United States and the European Union' v: Muscolo, G., in Tavassi, M. A. (ur.) (2019) *The Interplay between Competition Law and Intellectual Property: An International perspective*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, str. 99–120.
- Graef, I. (2016) *Data as Essential Facility – Competition and Innovation on Online Platforms*. Leuven: KU Leuven.

- Graef, I. (2011) 'Tailoring the essential facilities doctrine to the IT sector: Compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft', *Cambridge Student Law Review* 7(1), str. 1–20.
- Hatzopoulos, V. (2006) *The EU Essential Facilities Doctrine*. Bruges: College of Europe.
- Hesse, R. (2008) 'Counseling clients on refusal to supply issues in the wake of the EC Microsoft case', *Antitrust* 22(2), str. 32–37.
- Hou, L. (2012) 'The essential facilities doctrine – what was wrong in Microsoft?', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 43(4), str. 251–271.
- Hovenkamp, H. (1999) *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*. 1. izdaja. St. Paul: West.
- Jones, A., in Sufrin, B. (2011) *EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kerber, W., in Schweitzer, H. (2017) 'Interoperability in the digital economy', *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 8(1), str. 39–58.
- Korah, V. (2002) 'The interface between intellectual property and antitrust: the European experience', *Antitrust Law Journal* 69(3), str. 801–839.
- Lipsky, A. B., in Sidak, J. G. (1999) 'Essential facilities', *Stanford Law Review* 51(5), str. 1187–1248.
- Macchi, F. (2019) 'The interpretation of the indispensability condition in Slovak Telekom and its consequences in data access cases', *European Competition and Regulatory Law Review* 3(4), str. 415–419.
- Malshe, D. (2019) 'Essential facilities: de facto; de jure', *European Competition Law Review* 40(3), str. 124–129.
- Marty, F., in Pillot, J. (2011) 'Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne', *Reflets et perspectives de la vie économique* 2011/4 (Tome L), De Boeck Supérieur, str. 197–221.
- Monti, G. (2007) *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Muller, U., in Rodenhuisen, A. (2008) 'The rise and fall of the essential facility doctrine', *European Competition Law Review* 29(5), str. 310–329.
- Muscat, A. (2021) 'Testing for abusive refusals to supply in EU competition law: past, present and future', *European Competition Law Review* 42(5), str. 256–263.
- Pitofsky, R., Patterson, D., in Hooks, J. (2002) 'The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law', *Antitrust Law Journal* 7(2), str. 443–462.

- Ridyard, D. (2004) 'Compulsory access under EC competition law – a new doctrine of 'convenient facilities' and the case for price regulation', *European Competition Law Review* 25(11), str. 669–673.
- Ritter, C. (2005) 'Refusal to deal and 'essential facilities': does intellectual property require special deference compared to tangible property', *World Competition* 28(3), str. 281–298.
- Sibony, A., in Marty, F. (2016) *Infrastructure essentielle : Le Tribunal de l'Union européenne juge que la Commission européenne a pu estimer que, pour libérer la concurrence sur le marché des flux de données en temps réel consolidés, il suffisait d'imposer à l'opérateur dominant des engagements vis-à-vis de ses clients et de tiers, à l'exclusion de ses concurrents (Morningstar)*. *Concurrences*, št. 4-2016, str. 95–99, <<https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2016/case-comments/infrastructure-essentielle-le-tribunal-de-l-union-europeenne-juge-que-la>> (dostop: 15. april 2022).
- Stadler, R., Brenner, W., in Hermann, A. (2018) *Autonomous driving: How the driverless revolution will change the world*. Bingley: Emerald Publishing Limited.
- Stylianou, K., in Iacovides, M. (2022) *The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation*. Stockholm: Konkurrensverket.
- Temple Lang, J. (2000) "The principle of essential facilities in European community competition law – the position since Bronner", *Journal of Network Industries* 1(3), str. 375–405.
- The Economist (2017), *The World's Most Valuable Resource Is No Longer Oil, But Data*, <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>> (dostop: 17. april 2022).
- Van den Bergh, R., in Camesasca, P. D. (2006) *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*. 2. izdaja. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell.
- Van Sicken, S. (1996) *The Essential Facilities Concept*, OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)113, <<https://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>> (dostop: 25. 3. 2022).

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.72:347.9

DOI: 10.51940/2022.1.97-120

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 97–120

Rok Dacar, Aleš Ferčič

Pravnopolitični pogled na doktrino nujnih zmogljivosti: analiza stanja in pomen »nepogrešljivosti«

Doktrina nujne zmogljivosti je institut konkurenčnega prava, po katerem mora podjetje, ki ima na zgornjem trgu (nujne zmogljivosti) prevladujoč položaj, omogočiti dostop do te zmogljivosti, ki je nepogrešljiva za delovanje na spodnjem, vertikalno povezanem, trgu, tretjim podjetjem, ki želijo na tem trgu delovati. Natančni pogoji za njeno aktivacijo so zaradi nedosledne, čeprav obsežne prakse Evropske komisije in Sodišča Evropske unije nejasni. Prispevek poskuša z analizo nekaterih najpomembnejših sodb s področja doktrine nujne zmogljivosti ugotoviti, katere pogoje morajo za to, da je doktrino mogoče uporabiti, izpolniti posamezne vrste zmogljivosti (materializirane, nematerializirane in pravice intelektualne lastnine). Prav tako pa se tudi opredeli do v literaturi pogostih očitkov, da je praksa Evropske komisije in Sodišča Evropske unije s področja doktrine nujne zmogljivosti samovoljna. Čeprav je praksa resnično nedosledna, pa ni tudi samovoljna, saj jo je treba razumeti v luči spreminjajočih ciljev, ki jih skozi čas zasledujeta konkurenčna politika in konkurenčno pravo.

Ključne besede: doktrina nujne zmogljivosti, konkurenčno pravo, konkurenčna politika, kriterij novega proizvoda, tehnični napredek.

Scientific article

UDC: 347.72:347.9

DOI: 10.51940/2022.1.97-120

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 97–120

Rok Dacar, Aleš Ferčič

A Legal Policy View on the Essential Facilities Doctrine: The State of Affairs and the Meaning of “Indispensability”

Under the essential facilities doctrine companies with a dominant position on the upstream market of a facility that is an essential input for competition on the downstream market must grant access to that facility (good or service) to companies that want to compete on the downstream market. The exact conditions for the use of the essential facilities doctrine are inconsistent and unclear despite the rich case law from both the European Commission and the European Court of Justice on the topic. Through the analysis of some of the landmark cases concerning the essential facilities doctrine, the article attempts to define which condition different types of facilities (materialised, immaterialised, and intellectual property rights) must fulfil for the essential facilities doctrine to be applied. The article also addresses the critique presented by a considerable number of commentators that the case law of the European Commission and of the European Court of Justice regarding the essential facilities doctrine is arbitrary. Although the case law is indeed inconsistent it is not arbitrary as the changes regarding the goals that competition policy and competition law are pursuing through time must also be considered.

Key words: the essential facilities doctrine, competition law, competition policy, the new product criteria, technical progress.



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

