

Zbornik znanstvenih razprav
Letnik 75 (2015) / Volume 75 (2015)
Oktober / October 2015

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information visit:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>

Spletna stran Zbornika: / Journal website:
<http://zbornik.pf.uni-lj.si>
<http://journal.pf.uni-lj.si>

*Dr. Peter Grilc**

Konkurenčno pravo in energetski sektor

1. Uvod

Razprava obravnava vpliv in mesto konkurenčnega prava na področju energetike. Ker je energetika gospodarski sektor, ki je reguliran, se dotika tudi tega, pa tudi liberalizacije. Vsebinsko je razdeljena na dva sklopa.

Prvi sklop je splošnejši, uveden, in v njem pojmovno in razvojno obravnavam regulacijo, liberalizacijo in konkurenčno pravo ter razmerja med predpisi, ki pomenijo sektorsko regulacijo, in predpisi s področja konkurenčnega prava (2.1 do 2.3).

V drugem sklopu analiziram novejšo prakso s področja konkurenčnega prava v EU in posebej obravnavam sporazume o omejevanju konkurence (3.1), zlorabo prevladujočega položaja (3.2), problematiko dolgoročnih pogodb (točka 3.3), javna podjetja in podjetja z izključnimi pravicami (3.4) ter najnovejše protikonkurenčne prakse (3.5).

2. Splošno

2.1. Regulacija in liberalizacija ter regulacija in konkurenčno pravo

Energetski sistemi so omrežni sistemi.¹ Delijo splošne ekonomske in pravne značilnosti večine omrežnih sistemov, na primer telekomunikacijskih, poš-

* Redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; peter.grilc@pf.uni-lj.si.

¹ *The expression »network industries« refer to those economic sectors in which the products or services are delivered to the final consumers via a network infrastructure. There are curren-*

nih in transportnih. Nekatere posebnosti pa jih močno odmaknejo od drugih omrežnih sistemov, pomembne pa so tudi razlike med različnimi energetske sistemi.² Pomembne značilnosti omrežnih sistemov, ki zagotavljajo prenos blaga, energije in informacij, so komplementarnost, omrežni eksterni učinki, transakcijski stroški in ekonomija obsega.³ Zaradi splošnega pomena so deležni posebne pozornosti države in ta jih je v preteklosti bolj ali manj regulirala,⁴ zlasti da bi zavarovala interese in zagotovila njihovo izgradnjo ter upravljanje. Izgradnjo in upravljanje je praviloma dodeljevala ali vzdrževala tako, da je izbrane izvajalce varovala z monopolom. Dokler so bili infrastrukturni trgi zaprti in so na njih opravljala dejavnost le javna ali privilegirana podjetja, ovire za vstop konkurentov ni pomenila sama investicija, pač pa so bila ovira za njihov vstop na trg pravna pravila. Po začetku liberalizacije pa je infrastruktura postala pomemben konkurenčni dejavnik kot povzročitelj naravnega monopola. Z nekaterimi dejavniki, zlasti z nemobilnostjo infrastrukture, je to pripeljalo do stabilnih monopolov, ki so prav zato zahtevali primerno regulacijo,⁵ ki se je na

tly eight industries commonly considered as network industries: telecommunications, postal services, energy (namely, electricity and natural gas), transport (embracing urban, air and railways); Merino, Liberalisation of the Electricity Industry in the EU (2013), str 8; glej tudi: Directorate General for Enterprise and Industry – Observatory of Small and Medium Enterprises (SME), SMEs and the Liberalization of the Network Industries: Telecommunications and Electricity Markets, num. 3, 2003, str. 9.

² Električna in plin; deloma tudi naftni derivati, ki pa se ne prenašajo v okviru klasičnega omrežnega sistema, pač pa so zanimivi zlasti z vidika regulacije.

³ Shy, THE ECONOMICS OF NETWORK INDUSTRIES (2001); Economides, The Economics of Networks (1996), URL: <http://stern.nyu.edu/networks/top.html>; Wimmer, Kahl, Die öffentliche Unternehmen im freien Markt (2001); Berg, DEREGULIERUNG UND PRIVATISIERUNG (2002); Blankart, Daseinsvorsorge ökonomisch betrachtet (2002); DiLorenzo, The Myth of Natural Monopoly (2002); Morin, Price cap regulation, Energie NB Power, URL: http://nbpower.com/en/about/trans_dist/tar/appendix-4.pdf; MMD, Modelling and quantifying scenarios for liberalization, URL: http://europa.eu.int/comm/internal_market/post/studies_en.html; Helm, Jenkinson, Competition in Regulated Industries (1998); Monti, EC COMPETITION LAW (2007); Motta, Competition Policy (2004); BELLAMY & CHILD, EUROPEAN COMMUNITY LAW OF COMPETITION (2008); Armstrong, Sappington, Regulation, Competition, and Liberalization (2006), str. 325–366; Valcke, Queck, Lievens, EU COMMUNICATIONS LAW (2005); Peltzman, Toward a more general theory of regulation (1976), str. 211–240.

⁴ Pojem regulacija v sodobnem pomenu morebiti najbolj predstavi definicija, da gre za izvedbo dejanj v skladu z dogovori ali zakonodajo. Po Oxford Dictionary je »to regulate«: to control, especially by rules, administer, conduct, direct, govern, manage, monitor, order, organize, over-see, restrict, and supervise; »regulation«: rule, in accordance with rules or conventions, by law, commandment, decree, dictate, directive, edict, law order, requirement, restriction, rule, and statute.

⁵ Ferčič, Ekonomska teorija in ex ante regulacija (2009), str. 37.

začetku izrazila bolj kot delovanje *ex ante*,⁶ po liberalizaciji in potem, ko se je približevala ali celo vstopala v stanje nadzorovane ali celo proste konkurence, pa kot regulacija *ex post*.⁷

Omrežne dejavnosti torej vključujejo tudi vrsto aktivnosti, od katerih vsaj nekatere temeljijo na naravnem monopolu. O njem je govorimo, ko je proizvodnja določenega proizvoda na relevantnem trgu cenejša z minimalnimi stroški, če ga proizvaja eno samo podjetje, kot pa bi bila, če bi proizvodnja potekala v večjem številu podjetij. Gre za stanje na relevantnem trgu, na katerem je le eno podjetje sposobno dolgoročno obstati, a ne zaradi zunanje (netržne) intervencije, pač pa zaradi delovanja trga. Pogoj za opredelitev monopola kot naravnega je, da stroški na enoto s povečevanjem obsega proizvodnje padajo.⁸

Naprej v ZDA v sedemdesetih letih dvajsetega stoletja, sledili so jim podobni procesi drugje, se je trend obrnil in začela sta se procesa deregulacije, ki je podobno kot regulacija proces iskanja labilnega ravnotežja med koristmi potrošnikov in družbe kot celote, in liberalizacije omrežnih sistemov.⁹ Vodila deregulacije in liberalizacije so bila uvajanje konkurence, maksimiranje koristi potrošnikov zaradi zagotavljanja njihove blaginje (*consumer welfare*), varstvo potrošnikovih interesov in maksimiranje koristi za družbo. Tudi ureditev v EU

⁶ O razvojnem loku od monopola do liberalizacije in regulacije do deregulacije in razlikovanja med prosto in nadzorovano ali regulirano konkurenco glej v nadaljevanju tega oddelka.

⁷ Vendar utemeljeno opozarjajo (Ferčič, Ekonomska teorija in *ex ante* regulacija (2009), str. 40, ki citira delo Valcke, Queck, Lievens (2005), str. 16), da to ni neizpodbojna trditev. *Ex ante* regulacija je namreč še vedno potrebna, četudi na relevantnem trgu ne obstaja podjetje z znatno tržno močjo in to odstopa oziroma pomeni izjemo od načelnega pristopa, ki ga je mogoče razbrati iz sekundarne sektorske zakonodaje.

⁸ V takem stanju visoke zagonske fiksne stroške prenese le ekonomija obsega, ki omogoča nižanje povprečnih stroškov, to pa ob nizkih mejnih stroških omogoča ugodno ceno na trgu.

⁹ Zgolj pregled področij v EU pokaže na široko pokrivanje: (i) konkurenčni notranji trg pokriva jo naslednji sklopi, dokumenti, viri: ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators); notranji trg za naravni plin, za energijo, dokument o možnostih na notranjem trgu plina in elektrike, sektorska analiza plinskega in električnega trga, dokument o transparentnosti cen na teh trgih, dokumenti o ogljikovodikih, dokumenti o trgovanju s toplogrednimi emisijami. (ii) Področja davkov se dotika skupnostni okvir za obdavčitev energentov in elektrike, (iii) področja povezav pa Zelena knjiga o energetskih mrežah, dokumenti o transevropskih energetskih mrežah in o finančnih pomočeh njim. Pomembno področje so (iv) javna naročila v energetiki in sektorski ukrepi; obj. na http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/index_en.htm.

izhaja iz treh paketov liberalizacijskih direktiv,¹⁰ ki so nadaljevali liberalizacijske procese notranjega trga.¹¹

Pod pojmom liberalizacija je razumeti odprtje trga tretjim osebam. V energetiki so to zlasti razveza (*unbundling*) konkurenčnih (proizvodnja in dobava) in nekonkurenčnih (transport in distribucija) sektorjev. Pri obravnavi liberalizacije na energetskem področju so izhodiščna vprašanja povezana s tem, zakaj naj bi bila sploh potrebna, kateri so njeni cilji, s kakšnimi orodji se uresničuje, torej, kakšni so pravni okviri in tudi, kako se izvršujejo pravila konkurence. Ugotovili smo že, da je liberalizacija na področju energije odziv na obstoj mrežnih sistemov, na obstoj izključnih pravic, na horizontalno ter vertikalno segmentacijo omrežij in prodaje. Njena cilja sta praviloma, sploh če govorimo o EU, nastanek integriranega in konkurenčnega trga, s tem pa zagotovitev konkurence na strani ponudbe in na strani povpraševanja z odpiranjem trga, ter zagotovitev učinkovitega, transparentnega in nediskriminatornega dostopa tretjih oseb (*third party access*) do infrastrukture. Instrumenti, ki so na voljo, so splošnejši, a ker govorimo o energiji, so temeljni zakonodajni okvir sektorski predpisi za elektriko in plin in klasični instrumenti konkurenčnega prava.

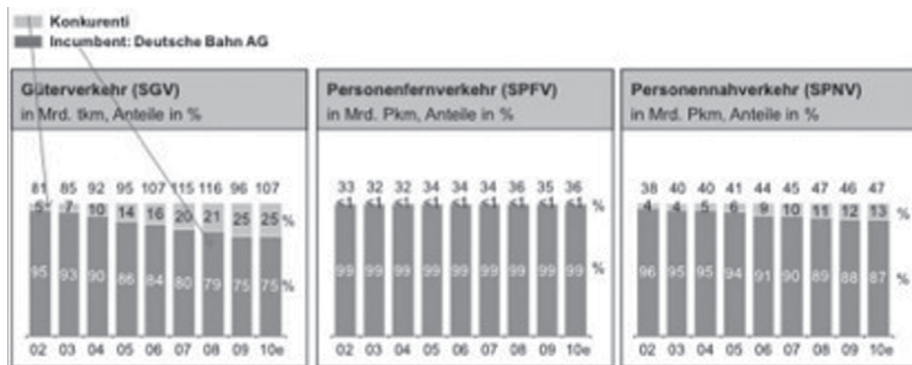
Liberalizacija energetskega trga v EU je potekala dvostopenjsko, najprej z zagotovitvijo vstopa tretjim osebam na trg, z razvezo aktivnosti in z zagotovitvijo konkurence. Zgolj vstop nove, tretje osebe ne zadostuje, saj je treba zagotoviti pogoje za dejansko učinkovito konkurenco.¹² Pri obravnavi instrumentov, ki so

¹⁰ Prvi paket (1996 in 1998) Direktiva 96/92/EC o skupnih pravilih za skupni trg električne energije; Direktiva 98/30/EC o skupnih pravilih za skupni trg naravnega plina; drugi paket (2003) Direktivi 2003/54/ES o električni energiji in 2003/55/EC o plinu, ki je omogočil novim dobaviteljem električne energije dostop na trge držav članic in porabnikom, od leta 2004 industrijskim, od leta 2007 pa zasebnim, uporabnikom, omogočil, da izberejo svojega dobavitelja električne energije in plina; tretji paket (2009) z direktivama o električni energiji, 2009/72/EC in 2009/73/EC.

¹¹ Liberalizacijski procesi na splošno: 1988 – Velika Britanija začenja z neodvisnimi regulatorji; 1996–1998 – prvi liberalizacijski paket v EU; 2000 – kriza v Kaliforniji zaradi delne deregulacije in določanja maloprodajnih cen, glej tudi op. 78; 2002 – Velika Britanija liberalizira energijo; 2002 – drugi liberalizacijski paket v EU; 2002 – težave pri implementaciji zakonodaje EU (vmešavanje držav članic, cenovne špice, zapiranje prenosnikov, zagotavljanje uvoza plina iz drugih okolij, nizka stopnja čezmejnih prenosov energije); 2005 – začetek sektorske analize v EU in 2007 – rezultati sektorske analize; 2009 – tretji liberalizacijski paket EU; 2007–2011 – konkurenčno-pravni postopki s preiskavami v EU in deset odločb zaradi velikih kršitev.

¹² V konkurenčnem pravu se to zagotavlja s klasičnimi orodji, torej z uporabo člena 6 Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1), Ur. l. RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13 – odl. US, 63/13 – ZS-K in 33/14 oz. 101 PDEU (za horizontalne dogovore med dejanskimi ali potencialnimi konkurenti na isti stopnji proizvodnje ali distribucije in za vertikalne dogovore na različnih stopnjah, ki se nanašajo zlasti na pogodbe med dobavitelji in distributerji), 9. člena ZPOmK-1 oz. 102 PDEU in 107. člena PDEU ter z izvajanjem sektorskih analiz.

na voljo, zlasti pri omrežnih sektorjih, velja opozoriti na velik pomen natančnejšega pojmovnega razlikovanja med čisto, tudi klasično ali prosto konkurenco in nadzorovano ali regulirano konkurenco; zadnje uvede zakonodajalec po liberalizaciji, odprtju trga in če je uspešna, preide v nadzorovano ali prosto. Takšna regulirana konkurenca potem ne nasprotuje deregulaciji in ni alternativa nadzorovani oziroma prosti konkurenci.¹³ Navedeni instrumenti so po podatkih precej učinkoviti. Učinkovitost tovrstnih instrumentov, merjeno s stopnjo konkurence, kaže slika, sicer ne za energetiko, pač pa za železnice, ki pa so prav tako omrežni sistem.



Vir: Bundesnetzagentur, DB AG, Statistisches Amt.

Slika pokaže, kako se je učinkovitost povečevala v segmentih, v katerih je bila stopnja višja, in stagnirala, kjer je bila nižja.

Pri obravnavi osnovnega pojmovnega instrumentarija za razpravo ni mogoče mimo prekrivanja mrežnih industrij z dostopnostjo do javnih dobrin. Vrsta omrežnih sektorjev je za gospodarski sistem namreč strateškega pomena, ker so kot primarne javne dobrine nujni za delovanje drugih sektorjev. Za nekatere sektorje so pomembni tudi taki izdelki oziroma storitve, ki nimajo ustreznega nadomestka (npr. v določenem obsegu elektrika), a so nujni za temeljne procese in je njihovo zagotavljanje univerzalna storitev v splošnem interesu. Take obveznosti so na primer zagotavljanje minimalne ravni storitev, kakovostne storitve po razumnih cenah in enotne cene glede na geografski ali potrošniški kriterij. Pri tem je treba upoštevati asimetrijo moči med ponudniki in odjemalci storitev

¹³ Prim. Ferčič, *Ekonomika teorija in ex ante regulacija* (2009), str. 36 v op. 4, ki opozarja tudi na razlikovanje med vhodno, izhodno/proizvodno, franšizno in kapitalsko konkurenco; posredno Wimmer, Kahl, *DIE ÖFFENTLICHE UNTERNEHMEN IM FREIEN MARKT* (2001) v op. 3, str. 43–48.

(npr. dobavitelji električne energije in mali odjemalci) ter omejenost virov. Zato se za zagotavljanje dobave uporabljajo pasivni ukrepi in aktivno delovanje.¹⁴

Regulacija v EU je potekala dvostopenjsko. Najprej (1996 do 2003) sta bili sprejeti in uveljavljeni prvi direktivi o elektriki (1996) in o plinu (1998), njun pomen pa je zlasti v odpravljanju ekskluzivnih pravic, postopnem odpiranju trga, izbiri med reguliranim dostopom tretjih oseb (*regulated TPA, negotiated TPA*) glede dostopa do omrežja in v zvezi z vertikalno integracijo, v razvezah. V drugi fazi so sprejeli pospešitveni paket 2003 (*acceleration package*), ki je z izboljšano vsebino omogočil pospešeno odpiranje trga (2004 za negospodinjstva, 2007 za gospodinjstva), regulirani dostop do transportnih in distribucijskih omrežij, regulirani in dogovorni dostop do skladiščnih zmogljivosti, pravno razvezo (*legal unbundling*) in začetek delovanja obveznih sektorskih regulatorjev.

Razmerje med regulacijo in konkurenčnim pravom je kompleksno in zgolj temeljna predstavitev vseh segmentov problematike bi presegla namen te razprave, zato se tu omejimo le na nekaj izhodišč. Najprej velja znova poudariti, da je to razmerje posebej občutljivo v omrežnih sektorjih, v katerih so omrežja tipični naravni monopoli, ki potrošnikom omogočajo dostop do bistvenih storitev in v splošnem interesu je, da se ne tolerira uporabe tržne moči, ki jo posameznim udeležencem na trgu omogoča tak monopol. Izključna pravica je sicer potrebna za namen izgradnje mreže, a jo lahko upravičenci od pristojnih oblasti pridobijo le v zameno za regulatorna upravičenja države nad ceno in kakovostjo. Investitor je seveda zadržan glede uporabe svojih sredstev brez zagotovila druge strani, da mu bo v času poslovanja omogočeno oblikovanje cen, ki bi mu povrnilo vložek in omogočile primeren donos. Rešitev je prav regulacija, ki je delovanje *ex ante*, biti pa mora kredibilna.¹⁵ Konkurenca je sredstvo za zagotavljanje koristi za celotno gospodarstvo, spodbuja podjetja, da so cenovno in kakovostno učinkovita, in s tem omogoča blaginjo potrošnikov. Zato je nujno preprečiti njeno izkrivljanje na področju kartelov in prevladujočega položaja, kar je primarno odziv *ex post*, pri koncentracijah in državnih pomočeh pa primarno *ex ante*, ni pa izključena tudi *ex post* reakcija na določeno ravnanje.

V omrežnih, zlasti v postmodernih sektorjih, morajo regulatorji najprej opraviti oceno trga in ugotoviti, ali je ta dovolj učinkovit ali pa je na njem zaznati negativne vplive zaradi obstoja ali ravnanja udeležencev s pomembno tržno močjo in bo do regulacije prišlo le na podlagi druge ugotovitve, seveda pod pogojem, da bo nujna, utemeljena in sorazmerna. Regulacija je najbolj primerna, če

¹⁴ Merino, *Liberalisation of the Electricity Industry in the EU* (2013), op. 1, str. 8; citira Baldwin, Cave, *UNDERSTANDING REGULATION* (1999), str. 14.

¹⁵ Newbery, *The relationship between regulation and competition policy for network utilities*, URL: <http://www.idei.fr/doc/conf/jjl/papers/79newbery.pdf>, str. 1.

je poprej ugotovljena prevlada enega samega subjekta (*single dominance*), manj, če je kolektivna.

Zgolj osredotočenje na ukrepe konkurenčnega prava se lahko izkaže kot (preveč) počasno¹⁶ in motivira državo, da s primerno regulacijo *ex ante* na posameznih sektorjih zagotovi učinkovito konkurenco. Pravna ureditev konkurence in sektorska regulacija torej ne izključujeta druga druge, je pa v določenih okoliščinah regulacija kot orodje, čeprav ne odpravlja tveganja, da bi bila lahko neučinkovita, vendarle bolj učinkovita od konkurenčnopravnega pristopa.¹⁷

V omrežnih sektorjih je bolj kot v drugih izpostavljeno razmerje med regulatorjem in regulacijskim pravom ter organom za varstvo konkurence in konkurenčnim pravom.¹⁸ Po eni strani se tako institucionalna dvojnost in zakonodajna dvojnost dopolnjujeta, po drugi pa področji posegata eno v drugo. Zanimivo, čeprav sta v EU tako regulacijska kot konkurenčna ureditev ter institucionalno delovanje in pristojnost imanentni nacionalni in nadnacionalni ravni, ta dvojnost različnih ravni delovanja povzroča bistveno manj napetosti kot vsebinski dualizem med sektorsko in konkurenčnopravno ureditvijo. Organi za varstvo konkurence in konkurenčno pravo torej skrbijo za posamično izvrševanje po pravilih o omejevanju konkurence,¹⁹ lahko pa tudi svetujejo regulatorju na podlagi konkurenčnopravne izkušnje.

Organi za varstvo konkurence so na področju mrežnih sektorjev tradicionalno aktivni, vendar orodja konkurenčnega prava ne razrešujejo vseh problemov, ker so omejena le na kaznovanje protikonkurenčnih dejanj, ne morejo pa zagotoviti liberalizacije trgov. Praznino, upoštevajoč širšo politično občutljivost intervencij v sektor energije, zapolnjujeta regulator in sektorska ureditev,²⁰ s katero

¹⁶ Npr. na področju električne energije. Prav tam, str. 30.

¹⁷ Guerriero, When is regulation more efficient than competition (2010), URL: <http://www.voxeu.org/article/when-regulation-more-efficient-competition>.

¹⁸ Prim. Koch, Competition Enforcement in the energy sector, URL: https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/2106188/EnC_Compensation_Network_final.pdf.

¹⁹ Npr. po 101. členu PDEU oz. 6. členu ZPOmK-1 ter po 102. členu PDEU oz. 9. členu ZPOmK-1.

²⁰ »... so legislation is a necessary second leg to our response to the problems in these sectors.« Kroes, Bruselj 19. 9. 2007, po Wang, Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control' (2011), str. 571–596. Avtor v analizi (zadeva E.ON elektrika) ugotavlja, da konkurenčno pravo EU ni koherenten sistem, ker je v primerjavi z ureditvijo koncentracij del antitrusta po PDEU šibkejši, kar pomeni, da bi veljalo okrepiti zlasti del, ki se nanaša na zlorabo prevladujočega položaja (102. člen PDEU). Šibkost 102. člena na področju energije, s katerega je pretežni del zadev iz tega dela konkurenčnega prava, pa prispeva dodatni argument v prid krepitve zakonodajne platforme za splošno zagotavljanje konkurenčnosti preko regulatornih predpisov. Dodaten glej tudi Leveque, Antitrust enforcement in the electricity and gas industries (2006). Zanimiv argument za obstoj regulatornih predpisov je, da je treba energijo na skupnem trgu posebej

regulator skrbi za sektorsko implementacijo, monitoring, izreka sankcije in skrbi za splošno izboljševanje pogojev za konkurenco.²¹ Tudi zato, ker je energija eden sektorjev s poudarjeno aktivnostjo organov za varstvo konkurence, zlasti na področju dominanc, mora biti med organi za varstvo konkurence in regulatorji tesno sodelovanje.

Za razmerje med regulacijo in konkurenco je značilno, da sklicevanje na reguliranost trga in na to, da je zanj pristojen regulator, ki je že bil aktiven v času storitve dejanja, ki je predmet konkurenčnopravnega postopka, strankam v konkurenčnopravnih postopkih ne pomaga k uspešni obrambi; tovrstni ugovori so praviloma neučinkoviti. Dejstvo, da je trg reguliran, ne izključi in ne zmanjša tveganja glede dosega²² in izvajanja konkurenčnopravnih pravil.

2.2. Energija in konkurenčno pravo

V uvodnem delu je kot orodje za liberalizacijo na področju energije izpostavljeno konkurenčno pravo. Na dlani je, da konkurenčno pravo samo, brez sektorske zakonodaje, zaradi vrste razlogov, ki so bili pregledno navedeni v uvodnem delu, in zlasti zaradi značilnosti energije ne more zagotoviti izključnega

zaščititi, saj so države članice nagnjene k pobudam proti notranjemu trgu na tem sektorju, ker energija »... *is not Coca Cola* ...«, saj pomanjkanje povzroča dramatične gospodarske, socialne in druge posledice, o čemer priča 22 konkurenčnih postopkov zgolj zaradi delitve trgov od leta 2009, ker države izkrivljale konkurenco, npr. z nenormalnim dvigom cen plina v zimski sezoni ali ker niso bile na voljo skladiščne zmogljivosti ali ker so omejile čezmejni prenos s sklicevanjem na nacionalna tveganja; http://www.39essex.com/docs/articles/duncan_sinclair_c5_munich_2012.pdf O pomenu liberalizacije de Hauteclouque, Legal Uncertainty and Competition Policy in European Deregulated Electricity Markets (2009), str. 91–112, ki ugotavlja, da je celo doseg najbolj prožnih institutov konkurenčnega prava (npr. rule of reason) v energiji omejen, zato je potrebna splošna liberalizacijska politika.

²¹ Dodaten argument iz analize delovanja British Gas, v kateri je bilo ugotovljeno, da je podjetje »... *both a seller of gas, and owner of the transportation system which its competitors have no alternative but to use ... this dual role gives rise to an inherent conflict of interest which makes it impossible to provide the necessary conditions for self-sustaining competition ... separate trading and transportation units still under the ownership of BG would not be sufficient* ...« Glej Stoppard, Competition and Regulation in Gas Industry, (1993), str. 11 (Sinclair v: Antitrust and Regulatory Risks in the Energy Sector, C5 Conference Munich, 2012 ugotavlja, da sektorska analiza EU 2007 uporablja isto terminologijo).

²² Tu se seveda ne ukvarjamo s problematiko učinkovanja konkurenčnega prava EU, čeprav je to področje zanimivo samo po sebi, npr. to, da se to pravo uporabi za ravnanje, ki ima učinek v EU, čeprav je bilo storjeno izven EU (primer je začetek preiskave leta 2012, z namenom ugotoviti, ali je Gazprom omejeval konkurenco na srednje- in vzhodnoevropskih trgih z razdelitvijo trgov plina tako, da je preprečeval prost pretok plina med državami članicami, omejeval diverzifikacijo dobaviteljev plina, uvajal nepoštene cene plina z njihovo vezavo na cene nafte).

zakonodajnega okvira, je pa bistveni del pravne ureditve tudi v tem sektorju. Ker omogoča oziroma podpira odpravo ovir za konkurenco na področju dobave, omogoča učinkovito izbiro odjemalcem in je usmerjeno v preprečevanje izključitev vstopajočih subjektov, je komplementarno liberalizacijskim ciljem.²³ Regulacija v EU vsekakor vpliva na pravila konkurenčnega prava,²⁴ pomembna je za dostop do infrastrukture, povezana je z izmenjavo informacij po konkurenčnopравnih pravilih EU, zlasti v kontekstu podatkov o klavzulah največjih ugodnosti pri cenah in o cenovnih politikah operaterjev v državah članicah ter izključnih ali dolgoročnih pogodbah (predvsem dobavnih). Regulatorna pravila EU o prenosnih sistemih zahtevajo ločevanje med operaterji, prenosi in proizvodnjo preko treh modelov. Najbolj omejevalen med njimi je model polne lastniške ločitve (*full ownership unbundling*), ki je utemeljen na ločitvi prenosnih sistemov in operaterjev od proizvodnje in dobave, izjema so le majhni proizvajalci, ki niso povezani ali medsebojno odvisni, s prenosnimi zmogljivostmi. Taka lastniška in upravljavska ločenost omogoča, da družba ne more nadzorovati prenosnega sistema in proizvajalca hkrati in obratno.

Naslednje orodje konkurenčnega prava, ki je povezano z regulacijo, je sistem državnih pomoči, ki na področju energetike družbe, ki so prejele državno pomoč v kakršnikoli obliki, zavezuje, da jo vrnejo izplačevalcu oziroma osebi, ki jo je dala,²⁵ razumljivo pa je, da je z regulacijo energetskega sektorja povezana celotna problematika ožjega prava omejevanja konkurence, torej sporazumov, uskla-

²³ Tako iz prakse v EU (i) na področju antitrusta v okviru problema konkurence na strani dobave lahko izluščimo problematiko teritorialnih omejitev na plinskem področju (Gazprom & Sonatrach), skupnih prodajnih praks na plinskem področju (joint sales practices; Norwegian GFU, Duc/Dong), primere izbire odjemalcev preko dolgoročnih sporazumov, ki so omogočali izključitev (foreclosure; serija primerov v Belgiji (EK) in Nemčiji (BKA)), in dostopa do omrežij z domala maratonskimi zadevami (TPA commitments) in osredotočanjem na povezovalne daljnovode (interkonektorji; problem alokacije kapacitet Velika Britanija – Francija). Na področju (ii) ureditve koncentracij je pomembna zadeva EdF/EnBW, v kateri je podjetje za odobritev koncentracije sprejelo zavezo, da bo konkurentom omogočilo dostop do 6,000 MW, ki so se nahajali v Franciji, in da se bo umaknilo iz določenih tržnih segmentov. Evropska komisija je tudi obsežno nadzorovala koncentracije med električnimi in plinskimi prevladujočimi podjetji (npr. prepoved koncentracije v zadevi EDP-GDP-ENI).

²⁴ Prim. <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/111363/10-things-to-know-about-eu-antitrust-enforcement-and-regulation-in-the-energy-sector>.

²⁵ Člen 107 PDEU; brez namena globlje analize tu le referenca na temeljna dela, npr. Ferčič, Državne pomoči podjetjem, Uradni list, 2011; Ferčič, Kaj se šteje kot državna pomoč v smislu čl. 107(1) PDEU, na: http://www.konkurencnopravo.eu/uploads/files/FERCIC_KONCEPT%20DP%20IN%20PREGLED%20VELJAVNE%20UREDITVE_02122011.pdf; Grilc, Konkurenčno pravo v obdobju gospodarske krize (državne pomoči) (2010), str. 1453–1469.

jenih ravnanj in sklepov združenj podjetij,²⁶ zlorabe prevladujočega položaja,²⁷ ureditve koncentracij²⁸ in položaja javnih podjetij in podjetij z izključnimi pravicami.²⁹

2.3. Sektorsko poročilo EU (2007)

Med orodji za delovanje in za bodočo ureditev, s tem pa tudi potencialno liberalizacijo nekega sektorja, so pomembne sektorske analize. Namenjene so analizi za pripravo zakonskih instrumentov, poročanju o implementaciji sprejetih predpisov ali izvajanju proaktivne konkurenčne politike, izvede pa se jih tedaj, ko je ugotovljena tržna rigidnost (rast cen, majhni konkurenčni pritiski), ko se zazna visoko koncentrirana tržna struktura, ko je integracija trga počasna (relevantni trgi ostajajo pretežno nacionalni), ko se zazna visoke vstopne ovire in je le malo novih vstopajočih podjetij ali ko se poveča število pritožb potrošnikov.

Osrednja sektorska analiza v EU je iz leta 2007,³⁰ ugotavlja pa, da je tudi po desetih letih po začetku liberalizacije sektorja električne energije in plina v teh sektorjih vrsta pomanjkljivosti, večinoma konkurenčnopravnih.³¹ Tudi seznam

²⁶ Člen 101 PDEU; glej pod točko 3.1.

²⁷ Člen 102 PDEU; glej pod točko 3.2.

²⁸ Uredba Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij (Uredba ES o združitvah); Uradni list L 024, 29. 1. 2004, str. 0001–0022.

²⁹ Člen 106 PDEU; glej pod točko 3.4.

³⁰ Communication from the Commission of 10 January 2007 entitled »Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (final report)« [COM(2006) 851 – Not published in the Official Journal].

³¹ Ne spuščam se v natančno analizo, povzemam le poglobitve ugotovitve, ki so pomembne za to razpravo, kažejo pa na pomanjkljivo konkurenco na spodnjih trgih (*downstream markets*): konkurenca v sektorju energije ni dovolj razvita in trgi so še vedno visoko koncentrirani (monopoli, oligopoli), visoka stopnja koncentriranosti je na ravni veleporodaje; vertikalno integrirana omrežja se uporabljajo za izključevanje – vertikalno izključevanje (*foreclosure*) zaradi premajhne stopnje razvezanosti (*unbundling*) med operaterjem omrežja in dobavnimi ali proizvodnimi aktivnostmi; ni integracije trga, ker je večina trgov še vedno nacionalna ali še manjša od nacionalnih in ker so čezmejne zmogljivosti premajhne; ni prenosnih transportnih) zmogljivosti za nove konkurente, ki bi želeli vstopiti; pomanjkljiva je transparentnost pri oblikovanju cen, ugotovljene so bile informacijske asimetrije med podjetji, ki so že na trgu, in interesi za vstop nanj; poseben problem so dolgoročne dobavne pogodbe in omejevalne določbe v njih (omejevalne določbe v pogodbah na zgornjem trgu, ki izključujejo konkurenco na spodnjem trgu; glej tudi postopek AVK s sklepom 89 z dne 19. 7. 2013, URL: http://www.varstvo-konkurence.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/ostali_dokumenti/arhiv_sklepov/sklep89/); pri uravnoteženju trgov se je obstoječe ureditve za izravnave uporabljalo v korist obstoječih udeležencev na trgu in v škodo novih konkurentov.

zadev, ki jih je na tem področju obravnavala Evropska komisija, je obsežen,³² obravnavane zadeve pa kažejo, da se je v zadnjem obdobju na področju energije razvila povsem nova in inovativna praksa zlorab.³³

3. Novejša praksa v EU: Evropska komisija, Splošno sodišče, Sodišče EU

V tem delu analiziram novejšo konkurenčnopravno prakso v EU s področja energetike, osredotočam pa se na primere s področja prepovedi zlorabe prevladujočega položaja.³⁴

3.1. Sporazumi, usklajena ravnanja, sklepi združenj podjetij (101 PDEU)

V primeru *GDF Suez – E.ON Ruhrgas*³⁵ je Ruhrgas navajal, da sta se ob gradnji plinovoda leta 1975 v dveh pismih GDF in Ruhrgas zavezala, da GDF v Nemčiji ne bo prodajal plina, ki bi tekkel po plinovodu Megal, podobnega pa ne bo počel Ruhrgas v Franciji, kar je obema omogočilo, da sta zadržali prejšnja trga, četudi so bili trgi odprti od leta 2000.³⁶ Gledano strukturno, sta družbi zavračali dobave s sklicevanjem na dolgoročno rezervirano bistveno zmogljivost (*essential facility*), kar je omogočilo nadaljevanje prevlade na trgih. Po postopku pred Evropsko komisijo in ureditvi trga se je moral trg odpreti za investicije tretjih, družbi sta morali takoj in povezano z možnostjo dostopa tretjih sprostiti

³² Tu le omenjam zadeve, večino natančneje analiziram v nadaljevanju: (i) iz okvira 101. člena so to zadeve E.ON/GDF (razdelitev trga), Siemens Areva (konkurenca na področju jedrske energije), izmenjave kapacitet (delitev trga), določanja referenčnih cen za plin (manipulacija), iz okvira 102. člena pa Distrigaz (dolgoročne pogodbe), E.ON (prodaja v omrežju, prodaja proizvodnje), ENI (prodaja v omrežju), RWE (prodaja v omrežju), E.ON (sprostitvev zmogljivosti), GdF Gas (sprostitvev zmogljivosti), Swedish Interconnectors (odpiranje prenosnega omrežja), EdF (elektrika; dolgoročne pogodbe; prodaja iz omrežja, prodaja iz proizvodnje), ČEZ (dostop do proizvodnje), E.ON/GDF (razdelitev trga), OPCOM, GAZPROM.

³³ Glej pod točkami 3.2 in 3.2.1 do 3.2.3.

³⁴ Prakse nacionalnih organov ne analiziram, je pa na voljo npr. v: Reidinger, *Competition law enforcement in the Energy Sectors by the European Commission* (2012), str. 18–22, URL: https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/1812207/23-11-2012_Axel_Reidlinger_-_Competition_cases.pdf.

³⁵ Plinovod Megal, dolgoročna rezervacija zmogljivosti; E.ON/GdF (Case COMP/39.401) Commission Decision of 8 July 2009 [2009] OJ C 248/5, press release IP/09/1099.

³⁶ Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas.

pomembne prenosne zmogljivosti in dolgoročno sprostiti prenosne zmogljivosti za približno 50 odstotkov. Evropska komisija je tudi ugotovila, da dezinvestiranje omrežja konkurence ne bi vzpostavilo v taki meri kot opisani ukrepi, poleg tega pa je vsaki družbi izrekla po 553 milijonov evrov globe, ki pa je bila pozneje znižana na 320 milijonov, ker ni bilo dovolj dokazov za to, da je sporazum na obeh trgih učinkoval toliko časa.³⁷

Zadeva *EPEX Spot and Nordpool Spot* (2012) se nanaša na razdelitev trga. Operaterja dveh največjih trgovcev z električno energijo³⁸ v Evropi sta s pismom o nameri napovedala sklenitev sporazuma o skupnem podjemu za zagotovitev skupne infrastrukture za računalniške sisteme in za uskladitev obstoječih sistemov. Evropska komisija je v preiskavi ugotavljala, ali bi bil tak sporazum, ki naj bi bil sklenjen v korist potrošnikov, kartelni sporazum z razdelitvijo teritorialnih trgov.³⁹

3.2. Zloraba prevladujočega položaja (102 PDEU)

Obseg razprave ne dopušča celovite obravnave problematike zlorabe prevladujočega položaja, zato se ne osredotočam na probleme ugotavljanja definicije relevantnega trga (stvarni, geografski, časovni), pojma zlorabe in podobnega, uvodoma pa vendarle navedimo tipična dejanja na področju energije. Ta so: (i) nalaganje izključnih zavez odjemalcem in potrošnikom, (ii) nepošteno ali predatorske cene, (iii) rabati za zvestobo in (iv) podobne izkoriščevalske prakse, (v) nenormalno visoke cene, (vi) diskriminacija in (vii) vezave. V nadaljevanju so predstavljene tudi nove in inovativne prakse zlorab, kot so zloraba s kopičenjem primarnih zmogljivosti, zloraba s strateškim podinvestiranjem, zloraba z zadrže-

³⁷ Cases T-360/09 *E.ON Ruhrgas AG and E.ON AG v. Commission* and T-370/09 *GDF Suez SA v. Commission* (GC 29 June 2012). Predstavitev na str. 14 in 15, https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/2106188/EnC_Competition_Network_final.pdf in tabela na str. 7, https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/event/2011_03_18_eu_competition_law_and_energy_cgauer_jhratliff.pdf.

³⁸ Na Nord Pool Spot trguje 350 družb iz 18 držav, promet 310 TWh, ki vključuje tudi avkcijske količine v Veliki Britaniji, EPEX SPOT pa je dnevni (spot) operater s statusom Societas Europaea s prometom 279 TWh, operater za Francijo, Nemčijo, Avstrijo in Švico in s trgovanjem pokriva tretjino porabe elektrike v Evropi.

³⁹ EPEX Spot, Press Release 28 September 2011; na http://static.epexspot.com/document/14115/2011-09-28_NPS_EPEX_JV_E-F-D_CLEAN.pdf; Almunia, Competition policy for innovation and growth (2012), http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-48_en.htm.

vanjem zmogljivosti, zloraba z degradacijo zmogljivosti, zloraba s predkupom za vnaprejšnjo rezervacijo, zloraba z odločitvijo cenovnih območij.⁴⁰

3.2.1. Omejevanje potrošnikov

Glavne zadeve s splošnega področja omejevanja trga (*foreclosure*)⁴¹ so *Distrigaz/EDF* (dolgoročne dobavne pogodbe, EDF – izkoriščevalska zloraba), E.ON (dolgoročno zadrževanje elektroenergetskih zmogljivosti) in Swedish Interconnectors. Vse so se končale z naložitvijo ukrepov (2008 do 2010). S področja omejevanja potrošnikov oziroma odjemalcev velja analizirati zadevi *Distrigaz* in EDF. Standard za obravnavo vseh omejevalnih ravnanj je teorija škode,⁴² ki izhaja iz ugotovitve, kakšno bi bilo stanje, če dejanja omejevanja konkurence na trgu ne bi bilo, saj ni mogoče trditi, da je ravnanje omejevalno, ne da bi vedeli, kakšne so alternative na trgu. Prav zato je treba vedeti, kaj bi se zgodilo, če omejevanja ne bi bilo, in razviti teorijo škode, ki temelji na nasprotnih dejstvih. Ta teorija mora omogočiti razlago, kako je konkurenca v konkretnem primeru dejansko ali potencialno omejena, izkrivljena ali preprečena. Na področju energije sta v kontekstu omejevanja trga potrošnikov najbolj značilni dejanji (i) sklepanje dolgoročnih dobavnih pogodb z industrijskimi odjemalci, ki omejujejo trg, in (ii) omejevanje nadaljnje prodaje energentov, ki krepi nelikvidnost na trgu (EDF). Ukrepi, ki so na voljo za tovrstna ravnanja, so omejevanje dolgoročnih pogodb tako, da se okoli dve tretjini količin prepusti trgu, omejevanje ročnosti pogodb na največ dve do pet let in prepoved preprodajnih omejitev.

*Distrigaz*⁴³ je klasičen primer omejevanja oziroma izključevanja s trga s pomočjo dolgoročnih dobavnih pogodb. Te so bile sklenjene med prevladujočo belgijsko družbo *Distrigaz* in njenimi velikimi odjemalci. *Distrigaz* je imel moč na trgu in dostop potencialnih ali dejanskih konkurentov do odjemalcev bi po stališču Evropske komisije utegnil biti omejen ali onemogočen zaradi kombinacije dolgoročne narave pogodb in količin, ki so bile zajete z njimi. Primer se je

⁴⁰ Koch, *Competition Law in the Energy* (2013), URL: https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/2106188/EnC_Competition_Network_-_final.pdf.

⁴¹ Protikonkurenčno omejevanje: V tem dokumentu se izraz »protikonkurenčno omejevanje dostopa« uporabljata za opis stanja, v katerem je dejanskim ali potencialnim konkurentom oviran ali preprečen učinkovit dostop do ponudbe ali trgov zaradi ravnanja prevladujočega podjetja, pri čemer je verjetno, da lahko prevladujoče podjetje dobičkonosno povišuje cene (glej 11. odstavek) v škodo potrošnikov; Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj (2009/C 45/02).

⁴² Zenger, Walker, *Theories of Harm in European Competition Law* (2012), str. 185–209.

⁴³ Commission decision COMP/B-1/37966-Distrigaz, of 11 Oct 2007.

končal z zavezami Distrigaza, da se bo vsako leto na trg sprostilo najmanj 65 odstotkov in skupaj povprečno najmanj 70 odstotkov prej vezanih količin plina, ki jih je dobavljal industrijskim porabnikom in proizvajalcem elektrike, kar je omogočilo konkurentom postavitev konkurenčnih ponudb. Distrigaz v prihodnje ni smel sklepati pogodb za obdobje, daljše od petih let, in tudi ne dobavnih pogodb s preprodajalci za dlje kot dve leti. Te zaveze so veljale štiri leta oziroma vse, dokler bi imel Distrigaz tržni delež več kot 40 odstotkov in 20 odstotkov več kot najbližji konkurent.

V primeru *EDF (2008)*⁴⁴ je Evropska komisija presojala dobavne pogodbe EDF, ki so bile problematične zaradi dolgoročnosti in izključne narave, kar naj bi onemogočalo drugim dobaviteljem vstop na francoski trg električne energije. Problematične so bile tudi omejitve, naložene odjemalcem, ki energije niso smeli prodajati naprej, skupaj pa naj bi bil uveljavljen sistem zloraba prevladujočega položaja EDF na francoskem trgu *prima facie*. Zato je bilo treba konkurentom EDF zagotoviti dostop do strank, ki so bile z dolgoročnimi in izključnimi pogodbami dotlej vezane nanj. Ta je v to privolil z desetletnimi zavezami, da bo sprostil povprečno 65 odstotkov električne energije, ki je bila dotlej predmet teh pogodb. Nekaj prožnosti mu je ostalo, a zagotoviti je moral tudi najmanj 60 odstotkov sprostitev na letni ravni. Spremenila se je tudi ročnost pogodb z velikimi odjemalci, ki ni smela preseči petih let, EDF pa je moral ponuditi tudi spremembo pogodb iz izključnih v neizključne. EDF bi se razbremenil zavez, če bi njegov tržni delež v dveh zaporednih letih padel pod 40 odstotkov.

3.2.2. Omejevanje v mreži

Energetsko omrežje je nujni pogoj za delovanje trga in dostop do njega, zato so omejevalna ravnanja povezana prav s tem; najbolj značilna za energetske mreže so dejanja zavračanja dobav v vrsti pojavnih oblik, kopičenja zmogljivosti, cenovne škarje, neprimerno upravljanje zmogljivosti, strateško omejevanje investicij in dolgoročne rezervacije zmogljivosti pri prevladujočem dobavitelju, pri tem pa dolgoročno dosegljive zmogljivosti ali dolgoročne pogodbe na zgornjem trgu (*upstream*) niso učinkovit obrambni argument.

RWE (kopičenje, cenovne škarje)⁴⁵ je po sedežu nemško, po obsegu delovanja pa mednarodno vertikalno integrirano podjetje, primarno na področju proizvodnje in dobave električne energije in plina, je tudi uvoznik plina in upravlja skladi-

⁴⁴ Commission press release IP/10/290.

⁴⁵ Commission decision of 18 III 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/39.402-RWE Gas Foreclosure).

šča plina. V postopku je bilo ugotovljeno, pozneje pa z zavezami sanirano to, da je RWE zavračal dobave, ni zagotavljal upravljanja s primernimi zmogljivostmi, da je uporabljal cenovne škarje. Podobno italijansko podjetje *ENI* (kopičenje zmogljivosti, podinvestiranje), ki je imelo pod nadzorom celotno infrastrukturo za uvoz plina (bistvena zmogljivost – *essential facility*, poleg tega ni bilo realno, da bi tretja oseba podvojila zmogljivosti, ki jih je imel ENI), pa je zavračalo dobave s pomočjo kopičenja zmogljivosti, degradacije zmogljivosti in strateškega podinvestiranja, kar je v obeh primerih povzročilo omejevanje trga in škodo konkurenci. Z zavezami, ki so bile nujne in opredeljene kot sorazmerne, sta se podjetji zavezali k strukturnim ukrepom z dezinvestiranjem prenosnega omrežja RWE in dezinvestiranjem deleža ENI v mednarodnih plinovodih.⁴⁶ V zadevi *ČEZ*⁴⁷ naj bi češka skupina kopičila zmogljivosti v prenosnem omrežju, kar naj bi druge udeležence, v konkretnem primeru družbo *Czech Coal*, ki ji ni uspelo pridobiti dovolj prenosnih zmogljivosti za nameravano elektrarno, demotiviralo za investicije v proizvodnjo električne energije in jim s tem onemogočilo vstop na trg proizvodnje električne energije za veleprodajo. Skupina *ČEZ* se je zavezala odprodati termoelektrarno moči 800–1000 MW, kar je konkurentom omogočilo vstop na vsaj 6 odstotkov trga vseh proizvodnih zmogljivosti. Primer mrežnega ravnanja je tudi *GDF Suez – E.ON Ruhrgas*, ki pa je obdelan že pri omejevalnih sporazumih.⁴⁸

3.2.3. Drugi primeri

V zadevi iz leta 2000 sta bili udeleženi prevladujoči španski družbi na trgih plina (*Gas Natural*) in elektrike (*ENDESA*).⁴⁹ *Gas Natural* je z zavezami privolil v spremembe v pogodbi o dobavi plina tako, da so se znižale pogodbene količine, kar je družbi *ENDESA* omogočilo drugačne nabavne poti, omejil je tudi trajanje dobavne pogodbe na največ 12 let, kar je omogočilo odpravo nenormalno dolge odvisnosti od dotedanjega dobavitelja. Zadnja zaveza je plinski družbi prepovedala zahtevati od *ENDESA* ali drugega proizvajalca električne energije, da bi uporabljal plin za proizvodnjo elektrike šele tedaj, ko bi dobave dosegle normalne ravni, in s tem je lahko proizvajalec elektrike plin tudi preprodajal.

V nekaj zadevah *Gazprom* (2003 do 2005) so bile v ospredju teritorialne omejitve. Osrednji del energetske politike EU pri zagotavljanju varnosti dobave

⁴⁶ Commission decision relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/39.315-ENI).

⁴⁷ Case COMP/39.727.

⁴⁸ Glej pod točko 3.1; *E.ON/GdF* (Case COMP/39.401).

⁴⁹ Commission press release IP/00/297.

je zagotovitev prilagodljivosti plinske infrastrukture, kar naj omogoči transport plina v čim več smereh. Proti Gazpromu je bilo uvedenih nekaj preiskav zaradi cepitve sicer enotnega trga, tako med letoma 2001 in 2005 zaradi izvoznih prepovedi Gazproma družbi ENI za Italijo, OMV za Avstrijo in E.ON Ruhrgas za Nemčijo.⁵⁰ V teh postopkih globe niso bile izrečene, temveč so se postopki končali z izbrisom izvoznih prepovedi iz pogodb. Leta 2012 pa je Evropska komisija formalno začela postopek proti *Gazpromu* zaradi protikonkurenčnih praks delitve trga s preprečevanjem prostega pretoka plina med državami članicami in zaradi izključevanja s trga s preprečevanjem in diverzifikacijo dobave plina ter nepoštenih cen z vezanjem cen plina na cene nafte na trgih vzhodne in srednje Evrope.⁵¹

Iz leta 2014 je zadeva romunskega operaterja *OPCOM*,⁵² ki ga je Evropska komisija oglobila z 1,031 milijona evrov zaradi zlorabe prevladujočega položaja. *OPCOM* in njegova materinska družba *Transelectrica*⁵³ sta v letih 2008 do 2013 diskriminirala nekatere trgovce z električno energijo iz EU, ne pa iz Romunije s tem, da sta zahtevala od tujih trgovcev romunsko registracijo za DDV, čeprav so bili registrirani v državah svojih sedežev. Zahteva je bila nepotrebna in samovoljna in je postavila umetno oviro za vstop konkurentov iz drugih držav članic na romunski grosistični trg.

*Swedish Interconnectors*⁵⁴ (2010) je primer, povezan z velikostjo prenosnega omrežja in zapiranjem trga na nacionalno velikost. Velikost omrežja je ključna za konkurenco na relevantnem prodajnem grosističnem trgu: če je trg večji, ga z elektriko polni več proizvajalcev, kar pomeni več konkurence. Že sektorska analiza Evropske komisije je pokazala, da so ti trgi izrazito nacionalno segmentirani in je le malo čezmejnega trgovanja oziroma povezav med njimi, kar seveda zmanjšuje konkurenco. *Svenska Kraftnät* je bil edini operater švedskega prenosnega omrežja in naj bi zlorabil prevladujoči položaj s tem, da naj bi omejeval izvozne zmogljivosti na povezovalnih vodih med Švedsko in sosednjimi članicami

⁵⁰ Commission (EC), IP/03/1345, 6 October 2003, kjer je Evropska komisija razrešila klavzulo o teritorialnih omejitvah; Commission (EC), IP/05/195, 17 February 2005 Competition ter Commission (EC), IP/05/710, 10 June 2005 Competition, kjer je Evropska komisija zagotovila spremembe v dobavnih pogodbah med OMV in Gazpromom oziroma med E.ON Ruhrgas in Gazpromom.

⁵¹ Commission (EC), MEMO/11/641, 27 September 2011 Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the natural gas sector in Commission (EC), IP/12/937, 4 September 2012 Antitrust: Commission opens proceedings against Gazprom.

⁵² CASE AT.39984 Romanian Power Exchange/OPCOM.

⁵³ Compania Națională de Transport al Energiei Electrice »Transelectrica« S. A. in Operatorul Pieteii de Energie Electrică și de Gaze Naturale »OPCOM« S. A.

⁵⁴ Commission Decision of 14. 4. 2010 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case 39351 – Swedish Interconnectors).

EU in državami EEA takrat, ko je imel težave znotraj svojega omrežja. Tako ravnaje je izkrivilo prodajo na grosističnem trgu, s tem grosistične cene doma in v sosednjih državah, in razdelilo sicer enotni trg EU. Svenska Kraftnät je sprejel zaveze, da bo čim bolje izkoristil medomrežne povezave. Obsežna odločitev in zelo obsežne zaveze⁵⁵ izhajajo iz dejstva, da so poceni proizvodne hidroenergetske zmogljivosti na severu, skoraj vsa poraba pa na jugu države. Da bi zadostila domačemu povpraševanju, družba povprečno 58 odstotkov sicer razpoložljive energije ni prenesla v soseščino, pač pa na jug države. Če zadevo analiziramo s teorijo škode, je sistem brez opravičljivega razloga uveljavil diskriminacijo med potrošniki znotraj in zunaj švedske mreže, segmentiral skupni trg, zmanjšal blaginjo potrošnikov ter s tem izkrivil konkurenco.⁵⁶

Za zdaj še brez odločb, a s potrditvami, da je prišlo do posameznih preiskovalnih dejanj pri nekaterih družbah (Shell, BP, Statoil), so dejanja manipulacije s cenami nafte. Evropska komisija je v naftnem sektorju in sektorju biogoriv⁵⁷ zaznala možnost, da bi se podjetja dogovarjala in izkrivljala sporočene cene, ki se jih uporablja za izračun referenčnih cen, ustvarila kartel, hkrati pa iz dogovorov izključila tretje osebe. Komentatorji menijo, da ni izključeno, da se iz tega ne bi razvila zadeva, podobna primeru določanju nivoja LIBOR leta 2012.⁵⁸

3.3. Posebej o dolgoročnih pogodbah

Za energetski, posebej elektroenergetski in plinski sektor, je značilna struktura relativno majhnega števila vertikalno integriranih podjetij. Liberalizacijski paketi so močno spremenili vlogo države, ki mora po eni strani skrbeti za učinkovito konkurenco, po drugi strani pa za pravno varnost vseh udeležencev in vzdržno oskrbo z energenti. Prav dolgoročne pogodbe o dobavi (v nadaljevanju

⁵⁵ Tč. 47 in naslednje v Commission Decision Case 39351; povzeto na kratko pa se je družba zavezala, da bo razdelila švedsko mrežo na dve ali več prodajnih območij, da bo prenehala krniti prodajne zmogljivosti, okrepila mrežo na zahodni obali v določenem roku in da bo vstopila v kompenzacijske posle med državami do poteka prehodnega obdobja, ko se mora sprostiti povezovalne zmogljivosti.

⁵⁶ Dobra analiza, posebej relevantnega trga in tehničnih predpostavk, v: Chauve, Glowicka, Godfried, Leduc, Siebert, Swedish Interconnector Case/Improving electricity cross-border trade (2010), str. 3–5.

⁵⁷ European Commission, Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in oil and biofuels sectors, URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-435_en.htm.

⁵⁸ European commission - IP/13/1208; EIRD kartel (Barclays, Deutsche Bank, Societe Generale, RBS) in YIRD kartel (UBS, RBS, DB, JP Morgan, Citigroup, RP Martin), globe v skupnem znesku 1,71 mrd EUR; <http://oilprice.com/Latest-Energy-News/World-News/European-Commission-Investigates-Oil-Majors-for-Oil-Price-Manipulation.html>.

DPD) so eden osrednjih problemov, ki zaokrožuje navedene cilje.⁵⁹ Temeljna dilema evropskega konkurenčnega prava na področju DPD je opredelitev pravega razmerja med omejevanjem in transakcijskimi stroški. Politika konkurence namreč maksimira dolgoročne ugodnosti potrošnikov in njihovo blaginjo, za kar je treba pogosto kratkoročno omejiti (pogodbeno) svobodo posameznih udeležencev. Ta omejitev svobode mora biti utemeljena na ekonomskih merilih in medčasovni analizi učinkov DPD na blaginjo.⁶⁰

DPD so pogosto lahko tudi učinkovit nadomestek za vertikalno integracijo, če podjetij ni mogoče koncentrirati. V preteklosti, ko ni bilo na voljo količin na dnevnih trgih,⁶¹ je bila vezava na DPD večinska, a tudi po novejših podatkih ti trgi niso dovolj razviti,⁶² zato so težnje po sklepanju DPD močne zaradi vrste razlogov, na primer zaradi zagotavljanja konstantne in predvidljive oskrbe, zato, ker jih veliki udeleženci na trgu sklepajo, ko je dolgoročna elastičnost povpraševanja večja od kratkoročne elastičnosti, ali zato, ker pripomorejo k ekonomičnim transakcijskim stroškom. Navaja se tudi, da je presežek dolgoročno zakupljenih količin tako in tako mogoče prodati tudi na dnevnih trgih. V literaturi je najti tudi vrsto drugih argumentov v prid sklepanja DPD,⁶³ kar naj bi omogočilo sklepanje, da so tovrstne pogodbe učinkovite, res pa naj bi odpovedale v primerih, ko ima podjetje prevladujoči položaj in lahko vpliva tudi na dnevne (*spot*) cene. Po drugi plati pa so DPD zaradi dolgoročnosti, velikih koli-

⁵⁹ Thorud, EU Competition Law and Long Term Energy Supply Contracts, URL: <http://www.scribd.com/doc/82434621/EU-Competition-Law-and-Long-Term-Energy-Supply-Contracts#scribd>, str. 1; Glachant, De Hauteclocque, Long-term Energy Supply Contracts in European Competition Policy (2009), str. 9.

⁶⁰ Glachant, De Hauteclocque, Long-term Energy Supply Contracts in European Competition Policy: (2009), str. 2 (za razširitev: tu citira Newbery and Pollitt, The Restructuring and Privatisation of the CEGB (1997), str. 269-303 in Markiewicz, Has Restructuring Improved Operating Efficiency at US Electricity Generating Plants? (2004).

⁶¹ Za plin obstajata dva trga: »spot market« in »futures market«, pri čemer je posplošeno prvi trg dnevni trg, na katerem se prodaja energent v realnem času, drugi pa je trg, na katerem se prodaja energent s pogodbami za en mesec do treh let vnaprej. Dnevni trg je lahko namenjen le presežkom, ni pa izključena prodaja tudi večjih količin, tudi takih, ki predvsem v primerih majhnih ekonomij lahko pokrijejo celotne potrebe.

⁶² Podatek DG Comp za leto 2007, cit. po Glachant, De Hauteclocque, Long-term Energy Supply Contracts in European Competition Policy (2009), str. 2.

⁶³ (i) DPD naj bi omogočale upravljanje tveganja; (ii) uporaba klavzul o avtomatičnem podaljševanju in klavzul o izključnosti naj bi zmanjšala stroške; (iii) tako imenovane reduction clauses naj bi kupcu omogočale zmanjševanje prevzemnih količin; (iv) količinske klavzule lahko vključujejo rabate, ki so preneseni na končnega kupca; (v) take-or-pay klavzule naj bi kljub trdnosti omejevalnosti zagotavljale dovolj prostora za izogibanje kršitvi pogodbe in s tem zmanjševale stroške za sklepanje novih pogodb; (vi) DPD naj bi zmanjševale možnost nastanka prevladujočega položaja dnevnih trgov; povzeto po prav tam, str. 2. O drugih pozitivnih učinkih, posebej na blaginjo potrošnikov, glej isto delo na str. 4.

čin in hkratnega sklepanja s strani majhnega števila (tudi vertikalno integriranih) podjetij izrazita grožnja za učinkovito konkurenco. Predvsem celotne nacionalne trge in celo skupni trg lahko ujamejo v krog kolektivne prevlade velikih, že obstoječih podjetij, saj so sposobne omejiti trg in dostop novim konkurentom nanj vnaprej in v znatnem obsegu. S tem so DPD izrazito visoka vstopna ovira za vstop novih konkurentov, vplivajo pa tudi na maloprodajo in na koncu na blaginjo potrošnikov. DPD po definiciji zaradi varstva poslovne skrivnosti ne razkrivajo odločilnih cenovnih podatkov drugim udeležencem na trgu in serija takih pogodb, ki zajema njegov velik del, že zaradi pomanjkanja informacij onemogoča migracije kupcev ali spreminjanje pogojev pogodbe z njihove strani. DPD učinkujejo izključevalno, ker zmanjšujejo obseg poslovanja dnevnih trgov, ki se potem težje pojavljajo ali sploh ne pojavljajo na trgu kot korektiv. Celo manjši kupci, ki bi se lahko v celoti oskrbeli na dnevnem trgu, tega ne morejo storiti, ker tega trga sploh ni ali pa je zaradi velikih količin, ki so vezane z DPD za dolgo obdobje, bistveno manjši in manj konkurenčen. Posamezne klavzule, ki smo jih obravnavali kot primere pozitivnih učinkov, imajo lahko tudi vrsto negativnih učinkov.⁶⁴

Iz literature lahko povzamemo, da Evropska komisija pri presoji DPD ni posebej dogmatična, temveč si prizadeva ujeti primerno ravnotežje med omejevanjem konkurence in omejevanjem regulacije, saj se prevladujočim podjetjem ne odreka vstopanja v dolgoročna razmerja, ukrepi v vrsti postopkov pa so bili precej inovativni. Po drugi plati je presoja Evropske komisije in Sodišča še vedno tudi legalistična; lažje dosejata pragmatičnost in prilagajanje specifik pri vsebinski analizi, na primer pri upoštevanju specifične relevantnega energetskega trga, za katerega po navedbah komentatorjev ne morejo veljati taki pragovi kot za distribucijo sladoleda ali piva,⁶⁵ bolj legalistična sta zaradi postopkovnih zahtev. Pri ustvarjanju reguliranega energetskega trga po liberalizaciji se komisija bolj osredotoča na strukturo trga, manj na njegovo oblikovanje, pri tem pa je na dlani, da kreiranje trga z orodji konkurenčnega prava ni omejeno le na reakcije

⁶⁴ (i) Dolgoročnost pogodbe in klavzula o izključnosti že sami po sebi onemogočata migracije; (ii) klavzule o končni destinaciji onemogočajo preprodajo in razbijajo enotni trg ter omogočajo usklajevanje med dobavitelji in zmanjšujejo konkurenco na spodnjem, preprodajnem trgu; (iii) redukcijske, t. i. angleške klavzule, klavzule prve zavrnitve (*right of first refusal*) ali klavzule največjih ugodnosti (MFN clause) delijo trge; (iv) klavzule o tistem podaljševanju pogodbe lahko krepijo položaj prevladujočega podjetja; (v) redke niso diskriminacijske klavzule ali klavzule o izrazito visokih cenah, ki so same po sebi omejevalne. Prav tam, str. 5; prim. tudi Bundeskartellamt, den 25. 1. 2005 8. Beschlussabteilung B 8 – 113/03, str. 15.

⁶⁵ Prav tam, str. 12.

ex post, pač pa je konkurenčno pravo postalo stalen proces, utemeljen na načelu »*trial-and-error*«, ki ves čas ustvarja pravila.⁶⁶

DPD niso prepovedane. Njihova presoja po konkurenčnem pravu (EU ali RS) zajema pet korakov.⁶⁷ Še preden jih obravnavamo, spomnimo na osnovne podatke iz zadeve *Distrigaz*,⁶⁸ ki se nanaša na izključevanje s trga s pomočjo dolgoročnih dobavnih pogodb med prevladujočo belgijsko družbo *Distrigaz* in njenimi velikimi odjemalci (glej pod točko 1.2.3). Izhodišče je (i) tržni položaj dobavitelja. Na trgih, na katerih prevladuje en dobavitelj,⁶⁹ se presoja osredini na portfelj pogodb, ki jih je sklenil. Dolgoročne pogodbe z drugimi dobavitelji na splošno ne povzročajo pomislekov, je pa v primeru, ko podjetje nima prevladujočega položaja, treba upoštevati skupni učinek vseh z več dobavitelji. Naslednji element je (ii) delež povpraševanja stranke, ki je vezana s pogodbo. Če je kupec za določeno časovno obdobje zavezan kupiti vse ali velik del količin, ki jih potrebuje, od posameznega dobavitelja, s tem ni več na voljo kot potencialni kupec za druge dobavitelje, zato lahko take pogodbe prispevajo k zapiranju trga za druge dobavitelje in s tem pomagajo prevladujočemu dobavitelju ali skupini močnih dobaviteljev, da ohranijo ali okrepijo sposobnost za oblikovanje cen in drugih pogojev na trgu.⁷⁰ Tretji element presoje je (iii) trajanje pogodbe. Če so pogodbe kratkoročne, se kupci hitreje vrnejo na trg in so s tem znova na voljo za druge dobavitelje,⁷¹ če pa so pogodbe dolgoročne, se lahko pojavijo pomisleki v zvezi s konkurenco, ker kupcem preprečujejo prehod k alternativnim dobaviteljem,

⁶⁶ Prav tam.

⁶⁷ Commission increases competition in the Belgian gas market (glej tudi IP/07/1487); European Commission, MEMO/07/407 (2007), URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-407_en.htm?locale=en.

⁶⁸ Commission decision COMP/B-1/37966 -*Distrigaz*, of 11 Oct 2007.

⁶⁹ Spet *Distrigaz* – Commission decision COMP/B-1/37966.

⁷⁰ Po stališču BKA mora imeti drugi dobavitelj možnost pridobiti vsaj 20 odstotkov povpraševanih kupcev, da lahko pritrđimo temu, da ima možnost skleniti pogodbo o dobavi (Bundeskartellamt 8. Beschlussabteilung B 8 – 113/03 – 1 Beschluss in dem Verwaltungsverfahren E.ON Ruhrgas AG, Essen); navaja, da organi za varstvo konkurence uporabljajo tudi t. i. črne liste klavzul (»... *Reduction clauses, the so-called English clauses, clauses of right of first refusal or most favored customer, clauses of tacit renewal which typically decrease transaction costs for individual contracting parties may easily have lock-in and thus foreclosure effects when the producer is overwhelmingly dominant ...*«); Thorrud, EU Competition Law and Long Term Energy Supply Contracts, URL: <http://www.scribd.com/doc/82434621/EU-Competition-Law-and-Long-Term-Energy-Supply-Contracts#scribd>, str. 5; Glachant, de Hauteclocque, Long-term Energy Supply Contracts in European Competition Policy (2009), str. 5.

⁷¹ V *Distrigaz*, kjer je bil relevantni trg belgijski trg s plinom, kratkoročne pogodbe niso vzbujale skrbi glede zaprtja trga; na tem trgu je imelo le malo kupcev več kot enega dobavitelja.

ki bi ponujali boljše pogoje.⁷² Predzadnji korak je (iv) skupni tržni delež, ki ga pokrivajo pogodbe z zavezami. Če dolgoročne pogodbe pokrijejo le manjši del trga, praviloma ni bojazni, da bi se trg zaprl za nove udeležence, kar velja tudi v primeru, ko so take pogodbe sklenjene s podjetjem, ki ima prevladujoči položaj, pomisleki pa so utemeljeni, če take pogodbe zajemajo velik del trga.⁷³ Pragovi so sicer merilo, a je treba vsak primer presojeti glede na njegovo specifiko. Kot zadnje se presoja, (v) ali je bila izboljšana učinkovitost (*efficiencies*): četudi DPD prispeva k zapiranju trga za morebitne nove udeležence, je treba oceniti, ali vendarle ne ustvarja učinkovitosti, ki pretehta negativne učinke.⁷⁴ Iskanje ravnotežja sledi tretjemu odstavku 101. člena PDEU: če naj bo sklicevanje na učinkovitosti utemeljeno, mora DPD v pomembnem delu prispevati k ekonomski učinkovitosti, omogočati pošten delež ugodnosti potrošnikom, mora biti nujna ali vsaj sorazmerna za doseg u učinkovitosti in ne sme omogočati izključitve konkurence glede znatnega dela relevantnih proizvodov.⁷⁵ DPD so nezdržljive s pravili o konkurenci, če obstaja verjetnost, da bodo pomembneje omejile dostop, in negativni učinki ne odtehtajo koristi učinkovitosti. Pri tem ne zadostuje zgolj to, da bi posamezni kupci lahko spodbudili dobavitelja k sklenitvi dolgoročne pogodbe, ker bi menili, da jim le DPD omogoča maksimiranje njihovih koristi.⁷⁶

Poleg ozke pravne analize DPD je z vidika pravil konkurenčnega prava pomembna varnost dobave, ki jo tu le omenjamo. Ne le modelsko ali teoretično, tudi izkustveno se je pokazalo, da prepustitev dobave zgolj tržnim mehanizmom povzroči motnje ali celo razpad sistema,⁷⁷ zato je iskanje ravnotežja med

⁷² Prim. op. 66; tudi: če je druga pogodbeni stranka uveljavljeni nadaljnji prodajalec, je najdaljše dopustno trajanje dve leti, Distrigaz, 8.

⁷³ Pri Distrigaz Komisija ni videla problemov, če bi pogodbe, ki trajajo več kot eno leto, pokrivalo manj kot 20 odstotkov trga, je pa ta ocena že upoštevala obstoj omejitve trajanja do 5 let, kar naj bi omogočilo izoginitev konkurenčnopravnim pomislekom.

⁷⁴ V Distrigaz je bil to razlog, zakaj so izključili iz zavez dobave novih elektrarn, ker je dodajanje novih proizvodnih zmogljivosti koristno, ker ustvarja povečano ponudbo, in tudi ni bilo mogoče izključiti, da bi bile pogodbe o dobavi plina v trajanju več kot 5 let potrebne za izvedljivost takega projekta. Navedeno dokazuje, da je treba vsak primer presojeti glede na konkretne okoliščine in podatke.

⁷⁵ Širše, Thorrud, EU Competition Law and Long Term Energy Supply Contracts, URL: <http://www.scribd.com/doc/82434621/EU-Competition-Law-and-Long-Term-Energy-Supply-Contracts#scribd>, str. 5, 6.

⁷⁶ Po stališču Komisije učinkovitost ne prevlada nad negativnimi učinki, če pogodba traja več kot pet let; Distrigaz, 8.

⁷⁷ Najbolj očiten primer kalifornijske elektroenergetske krize (t. i. Western U. S. Energy Crisis) v letih 2000 in 2001, ki se je pokazala kot pomanjkanje električne energije, do katerega je prišlo zaradi tržnih manipulacij in nezakonitega zaprtja dela prenosnega omrežja, a so bila ta ravnanja mogoča tudi zato, ker ni bilo primerne nadzora in regulacije; prim. Summary of FERC

konkurencu in varnostjo dobave velik problem in mnogi menijo, da je združljivost obeh ciljev polna nasprotij.⁷⁸

3.4. Javna podjetja in podjetja z izključnimi pravicami po 106. členu PDEU⁷⁹

Osrednja je zadeva *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou*⁸⁰ (grški lignit, 2012). Zadeva precej izstopa, saj ima podlago v dveh določbah PDEU, v 106. členu v povezavi s členom 102 PDEU. Gre za povezani zadevi, v katerih je Evropska komisija ugotovila, da je Grčija kršila pravo EU s tem, da je družbi PPC dodelila »kvaziizključni« dostop do lignita, s tem pa je ustvarila neenake možnosti dostopa do tega energenta med konkurenti, kar naj bi pozneje omogočilo imetniku pravic zlorabo prevladujočega položaja na grškem grosističnem trgu električne energije in onemogočilo vstop novim konkurentom.⁸¹ Splošno sodišče je leta

documentation relating to the Western Energy Crisis 2000–2001, URL: <http://www.ferc.gov/industries/electric/indus-act/wec.asp>, glej tudi op. 11.

⁷⁸ Thorrud, EU Competition Law and Long Term Energy Supply Contracts, URL: <http://www.scribd.com/doc/82434621/EU-Competition-Law-and-Long-Term-Energy-Supply-Contracts#scribd>, str. 6, 7, dobre reference: Bellantuono, Contract Law, Regulation, and Competition in Energy Markets (2009), str. 159–188, URL: <http://ssrn.com/abstract=1349269> (posebej pa The interplay between contracts and market structure, str. 5 in nasl., The anti-competitive side of long-term contracts in the EU, str. 8–17); Coop, Long-term Energy Sale Contracts and Market Liberalisation in New EU Member States (2006) in 2 International Energy Law and Taxation Rev., str. 64–71; za plin Omorhirhi, Gas Market Liberalisation and Long Term Gas Sales Contracts: Are they Compatible? (navedeno na <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?category=66&pg=3>). O kontroverznosti: Glachant, de Hauteclocque, op. cit, str. 11.: *One notes here that if long-term generation adequacy is clearly a core policy goal of the European Commission, the vague concept of »security of supply« is itself approached with more and more skepticism in antitrust cases. Today, even long-term gas import contracts are not sure to be accepted on the basis of a »security of supply« argument.*

⁷⁹ Člen 106 (1) Države članice glede javnih podjetij ali podjetij, katerim so odobrile posebne ali izključne pravice, ne smejo sprejeti ali ohraniti v veljavi ukrepov, ki so v nasprotju s pravili iz Pogodb, zlasti iz člena 18 in členov 101 do 109. (2) Podjetja, pooblaščen za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, oziroma podjetja, ki imajo značaj dohodkovnega monopola, ravnajo po pravilih iz Pogodb, zlasti po pravilih o konkurenci, kolikor uporaba takšnih pravil pravno ali dejansko ne ovira izvajanja posebnih nalog, ki so jim dodeljene. Razvoj trgovine ne sme biti prizadet v takšnem obsegu, ki bi bil v nasprotju z interesi Unije.

⁸⁰ Izpodbijana pred Splošnim sodiščem v zadevi *T-169/08 Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) v. European Commission*.

⁸¹ Druga izpodbijana odločitev Evropske komisije je zadeva *T-421/09 Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) v. European Commission*; gre za ničnostno tožbo proti odločitvi Evropske komisije, ki je določila specifične ukrepe, ki naj bi odpravili protikonkurenčne učinke iz prve odločitve leta 2008, kot so »... to grant exploitation rights on the deposits of (našteti) ... thro-

2012 razveljavilo obe odločbi, ker Evropska komisija ni dovolj dokazala standarda zlorabe po 102. členu PDEU, do katerega naj bi bila privedla državna pomoč. Sodna odločba je novost v več pogledih. Predvsem se je v praksi redko uporabilo povezani določbi 106. in 102. člena PDEU, Sodišče je prvič odločilo o ničnosti na podlagi neposredne uporabe poprej sicer redko uporabljene pravne teorije, saj so bile vse prejšnje odločbe povezane s predhodnim odločanjem in je potemtakem Splošno sodišče povezani določbi prvič vsebinsko presojalo na podlagi odločitev Evropske komisije. Teoretično je interpretacija sodišča o povezani uporabi 102. in 106. člena navezana na pomen enakosti med gospodarskimi udeleženci. Ugotoviti velja, da je sodišče jasno povedalo, da mora Evropska komisija v primeru, ko trdi, da je prišlo do kršitve prvega odstavka 106. člena PDEU v zvezi s 102. členom PDEU, zadnjo določbo dejansko tudi uporabiti in njeno uporabo argumentirati. Evropska komisija je v odločbi iz leta 2008 sicer zatrjevala obstoj neenakosti možnosti zaradi privilegiranega položaja družbe v postopku in na tem temelju sklenila, da obstaja kršitev 106. člena v povezavi s 102. členom PDEU, vendar sodišče meni, da je treba dejansko ali potencialno zlorabo tudi dokazati. To izvira iz tega, da prvega odstavka 106. člena ni mogoče uporabiti samostojno, pač pa le v kombinaciji z drugimi določbami PDEU, če pa pride do take povezane uporabe, neargumentirano golo sklicevanje na to drugo določbo ne zadostuje, pač pa mora Evropska komisija dokazati nekaj več. Država članica krši prvi odstavek 106. člena v povezavi s 102. členom, če sprejme ukrep, ki ustvari pogoje, zaradi katerih lahko javno podjetje ali podjetje z izključnimi pravicami zlorabi prevladujoči položaj. Dokazati je torej treba, da je do zlorabe dejansko prišlo, in to, da so protikonkurenčni učinki⁸² posledica ukrepa države. V konkretnem primeru bi morala dokazati obstoj zlorabe prevladujočega položaja, do katerega je pripeljal ukrep države. Odločba postavlja okvire za nadaljnje odločanje EK, zato je Evropska komisija prav zaradi prelomnosti sodbe, argumentacijo preskusilo pred Sodiščem EU, ki je razveljavilo sodbo Splošnega sodišča in zadevo vrnilo v odločanje Splošnemu sodišču.⁸³ Celotna zadeva od

ugh tender procedures to entities other than PPC (unless no other reliable offer is made); to prohibit the holders of exploitation rights of the deposits of (našteti) ... to sell the extracted lignite to PPC (unless no other reliable offer is made); to carry out a new allocation procedure, if the on-going procedure to award the rights for the exploitation of the Vevi deposit is cancelled ...»

⁸² Ti so razvidni zlasti v spremembi strukture trga, z uveljavitvijo neenakih pogojev za konkurenco, s tem da se javnim podjetjem ali podjetjem z izključnimi pravicami omogoči vzdrževanje prejšnjega položaja ali vstop novih konkurentov.

⁸³ Zadeva C-554/12 P Evropska komisija proti Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI): (per 26. 1. 2015 – PEPE) obj. v francoščini in grščini: 1) *L'arrêt du Tribunal de l'Union européenne DEI/Commission (T-421/09, EU:T:2012:450) est annulé.* 2) *L'affaire est renvoyée devant le*

odločitve Evropske komisije prek sodbe Splošnega sodišča do odločbe Sodišča EU, je zanimiva v kontekstu naše razprave o liberalizaciji energetike in vlogi konkurenčnega prava ter v luči privatizacije, saj se je država zaradi zmanjševanja javnega dolga zavezala izvesti obsežen privatizacijski program in trg odpreti konkurenci.⁸⁴

3.5. Novejše protikonkurenčne prakse

Poleg klasičnih protikonkurenčnih praks, zlasti na področju energije, so se oblikovale nove, ki jih imenujejo kar novi slovar konkurenčnega prava ali nove inovativne prakse. Nekatere smo že omenili, nekaterih ne, zato jih tu predstavljamo zaokroženo.

Prva tovrstna nova praksa je strateško podinvestiranje.⁸⁵ Družba se s podinvestiranjem, čeprav obstajajo pomembne dolgoročne zmogljivosti in potrebe, zavaruje pred konkurenco s spodnjega trga. To stori tako, da ne investira v terminale ali ne razvija dodatnih zmogljivosti, čeprav za to ni nobenih pravnih ali ekonomskih ovir.⁸⁶

Naslednja oblika je rezervacija zmogljivosti⁸⁷ za lastne potrebe in dolgoročna rezervacija,⁸⁸ na podlagi katere je mogoče v naslednjem koraku zavriniti doba-

Tribunal de l'Union européenne. Isti dan je Sodišče EU razveljavilo še eno povezano sodbo Splošnega sodišča (T-421/09, DEI v. Commission), ki je sicer razveljavila odločitev Evropske komisije o zavezah Grčije (C-554/12, European Commission v. DEI).

⁸⁴ V prvih komentarjih sodbe je najti razmišljanja o ozadnih sodbe, med katerimi je zanimivo, nikakor pa ne prepričljivo tisto, po katerem naj ne bi šlo za naključje, kar je bila sodba izdana le šest dni po uveljavitvi grškega zakona o privatizaciji DEI (zakon št. 4273/11. 7. 2014) in ustanovitvi novega vertikalnega podjetja v energetiki, s čemer naj bi Sodišče EU odstranilo ovire za liberalizacijo energetskega sektorja; <http://media.leidenuniv.nl/legacy/case-c-55312-p-commission-v-dei.pdf>.

⁸⁵ *Strategic underinvestment*; zadeve ENI, Trans- Tunisian Pipeline, GdF Suez.

⁸⁶ Prim. Gauer, Ratliff, EU Competition law and Energy, URL: https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/event/2011_03_18_eu_competition_law_and_energy_cgauer_jhratliff.pdf; tudi Koch, Competition Law in the Energy Sector (2013), URL: https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/2106188/EnC_Competition_Network_-_final.pdf.

⁸⁷ Prim. pod točko 3.1.

⁸⁸ *Capacity booking, long-term capacity booking* – zadevi GDF, E.ON; Grauer, op. cit., ki v podporo navaja odločitev v zadevi E.on, para. 40 in op. 46: »... the mere fact that the current capacities may have been actually used by the essential facility holder for its supply business is not sufficient to exclude an abuse under Article 102 TFEU ...«; »... a dominant essential facility holder is under the obligation to take all possible measures to remove the constraints imposed by the lack of capacity (e.g. by limiting the duration and volume of its own bookings or by expanding its capacities).« Glej tudi Koch, Competition Law in the Energy Sector (2013), URL:

vo. Komisija je tovrstne prakse praviloma sanirala z zahtevo, da se nemudoma sprostijo določene, sicer rezervirane zmogljivosti ali količine, dolgoročno pa je zahtevala sprostitev vsaj polovičnega deleža zmogljivosti.

Med kopičenje zmogljivosti⁸⁹ se uvršča njihovo osnovno kopičenje,⁹⁰ omeniti pa velja tudi zadrževanje zmogljivosti. V prvem primeru se zmogljivosti nakopiči in uporabi cenovne škarje, v drugem pa se proizvodne zmogljivosti umakne zato, da bi se doseglo povečanje cen. V takem primeru organ za varstvo konkurence izreče strukturne ukrepe in v primeru izkazane zlorabe s kopičenjem lahko naloži tudi obvezno odprodajo zmogljivosti. Podobno kot umik zmogljivosti učinkuje njihova degradacija.⁹¹

Zadnja nova pojavna oblika zlorabe je vzdrževanje cenovnih območij z zlorabo, kar smo obravnavali že prej.⁹²

https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/2106188/EnC_Competition_Network_-_final.pdf, referenčne zadeve ABG, Sealink, Rødby, Frankfurt Airport.

⁸⁹ *Capacity hoarding*; zadevi RWE – kopičenje skupaj s cenovnimi škarjami in ENI – kopičenje in podinvestiranje.

⁹⁰ Prim. Koch, *Competition Law in the Energy Sector* (2013), URL: https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/2106188/EnC_Competition_Network_-_final.pdf, v prejšnji opombi.

⁹¹ Prav tam.

⁹² *Segmentation of internal market, subdivision into two or more bidding zones*; prim. pod točko 3.2.1 v primeru Swedish Interconnectors.

Literatura

- Almunia, Joaquín: Competition policy for innovation and growth: Keeping markets open and efficient; govor 8. 3. 2012, URL: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-48_en.htm (17. avgust 2015).
- Armstrong, Mark; Sappington, David: Regulation, Competition, and Liberalization, v: *Journal of Economics Literature*, 44 (2006), str. 325–366.
- Baldwin, Robert; Cave, Martin: *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Bellamy and Child: *European Community Law of Competition* (6. izdaja), ur. P. Roth in V. Rose, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Bellantuono, Giuseppe: Contract Law, Regulation, and Competition in Energy Markets, v: *Competition and Regulation in Network Industries*, 10 (2009) 2, str. 159–188, URL: <http://ssrn.com/abstract=1349269>.
- Berg, Hartmut: *Deregulierung un Privatisierung: Gewoltes – erreichtes –versäumtes*, Duncker & Humblot, Berlin 2002.
- Blankart, Charles B.: Daseinsvorsorge ökonomisch betrachtet, v: *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, 51 (2002) 1, str. 28–41.
- Chauve, Philippe; Glowicka, Elzbieta; Godfried, Martin; Leduc, Edouard; Siebert, Stefan: Swedish Interconnector Case/Improving electricity cross-border trade, *Competition Policy Newsletter*, 2010/2, URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_2_1.pdf.
- Compania Națională de Transport al Energiei Electrice »Transelectrica« S. A. in Operatorul Pietei de Energie Electrică si de Gaze Naturale OPCOM S. A.
- Coop, Graham: Long-term Energy Sale Contracts and Market Liberalisation in New EU Member States – Are They Compatible?, *OGEL* 4 (2006) v: 2 *Intl. Energy Law and Taxation Rev.*, str. 64–71.
- De Hauteclocque, Adrien: Legal Uncertainty and Competition Policy in European Deregulated Electricity Markets: the Case of Long-term Exclusive Supply Contracts, v: *World Competition*, 32 (2009) 1, str. 91–112.
- DiLorenzo, Thomas, J.: The Myth of Natural Monopoly, v: *The Review of Austrian Economics*, 9 (1996) 2, str. 43–58.
- Economides, Nicholas: The Economics of Networks, v: *International Journal of Industrial Organization* NYU-Stern 1996, URL: <http://stern.nyu.edu/networks/top.html>.
- Ferčič, Aleš: *Ekonomika teorija in ex ante regulacija*, v: *LeXonomica*, 2009, URL: http://www.lexonomica.com/journal/images/volume%201/No1/fercic_-_ex_ante_regulacija.pdf (17. avgust 2015).
- Ferčič, Aleš: Kaj se šteje kot šteje kot državna pomoč v smislu člena 107(1) PDEU?, Program izobraževanja sodnikov o konkurenčnem pravu EU, Pravna fa-

- kulteta Univerze v Ljubljani, december 2011, URL: http://www.konkurenc-nopravo.eu/uploads/files/FERCIC_KONCEPT%20DP%20IN%20PRE-GLIED%20VELJAVNE%20UREDITVE_02122011.pdf (17. avgust 2015).
- Gauer, Céline; Ratliff, John: EU Competition law and Energy: Recent cases and issues, URL: https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/event/2011_03_18_eu_competition_law_and_energy_cgauer_jhratliff.pdf (17. avgust 2015).
- Glachant, Jean-Michel; De Hauteclocque, Adrien: Long-term Energy Supply Contracts in European Competition Policy: Fuzzy not Crazy, EUI Working Papers, RSCAS 2009/06, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Loyola de Palacio Programme on Energy Policy.
- Grilc, Peter: Konkurenčno pravo v obdobju gospodarske krize (državne pomoči), v: Podjetje in delo, št. 8/2010, str. 1453–1469.
- Guerriero, Carmine: When is regulation more efficient than competition?, 2010, URL: <http://www.voxeu.org/article/when-regulation-more-efficient-competition>.
- Helm, Dieter (ur.); Jenkinson, Tim (ur.): Competition in Regulated Industries, Oxford University Press, Oxford 1998.
- Koch, Oliver: Competition Law in the Energy Sector – the Commission’s experience, Energy Community Competition Network, Athens 2013, URL: https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/2106188/EnC_Competition_Network_-_final.pdf (17. avgust 2015).
- Leveque, François: Antitrust enforcement in the electricity and gas industries – problems and solutions for the EU, Discussion Paper 2005-6/1, Florence School of Regulation, EUI, May 2006.
- Merino, Rafael: Liberalisation of the Electricity Industry in the EU, Faculty of Law Reykjavik, 2013.
- Monti, Giorgio: EC Competition Law, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Morin, Roger A.: Price cap regulation, Energie NB Power, 2002, URL: http://nbpower.com/en/about/trans_dist/tar/appendix-4.pdf.
- Motta, Massimo: Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Newbery, David: The Relationship between the Regulation and Competition Policy for Network Utilities, Cambridge University, URL: <http://www.idei.fr/doc/conf/jjl/papers/79newbery.pdf>.
- Omorhirhi, Ivie: Gas Market Liberalisation and Long Term Gas Sales Contracts: Are they Compatible?, URL: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?category=66&pg=3>.

- Reidlinger, Axel: Competition law enforcement in the Energy Sectors by the European Commission, Vienna, 23 November 2012, Energy Community Workshop on Competition Law Enforcement, URL: https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/1812207/23-11-2012_Axel_Reidlinger_-Competition_cases.pdf (17. avgust 2015).
- Shy, Oz: The Economic of the Network Industries, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Stoppard, Michael: Competition and Regulation in Gas Industry, An Evaluation of the MCC Report on Gas in the UK, Oxford Institute for Energy Studies SP4, 1993.
- Thorrud, Henrik K.: EU Competition Law and Long Term Energy Supply Contracts, URL: <http://www.scribd.com/doc/82434621/EU-Competition-Law-and-Long-Term-Energy-Supply-Contracts#scribd>.
- Valcke, Peggy; Queck, Robert; Lievens, Eva: EU Communications Law, Edward Elgar Publishing Limited, 2005.
- Peltzman, Sam: Toward a more general theory of regulation, v: Journal of Law and Economics, 19 (1976) 2, str. 211–240.
- Wimmer, Norbert; Kahl, Arno: Die Öffentliche Unternehmen im freien Markt, Manz, Dunaj 2001.
- Zenger, Hans; Walker, Mike: Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report, v: Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law (ur. Bourgeois in Waelbroeck), Bruylant, 2012, str. 185–209.
- Addressing the 2000–2001 Western Energy Crisis, Western Energy Crisis Settlements, URL: <http://www.ferc.gov/industries/electric/indus-act/wec.asp>, (17. avgust 2015).
- Antitrust: Commission increases competition in the Belgian gas market – frequently asked questions (IP/07/1487) European Commission, MEMO/07/407, 11. 10. 2007 – URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-407_en.htm?locale=en (17. avgust 2015).
- European Commission Investigates Oil Majors for Oil Price Manipulation, URL: <http://oilprice.com/Latest-Energy-News/World-News/European-Commission-Investigates-Oil-Majors-for-Oil-Price-Manipulation.html> (17. avgust 2015).
- Modelling and quantifying scenarios for liberalisation, Final report, February 1999, The European Commission Directorate-General XIII Studies on the impact of liberalisation of the postal sector, URL: http://europa.eu.int/comm/internal_market/post/studies_en.html (17. avgust 2015).
- Nord Pool Spot and EPEX SPOT cooperate to create Joint Venture, URL: http://static.epexspot.com/document/14115/2011-09-28_NPS_EPEX_JV_E-F-D_CLEAN.pdf (17. avgust 2015).

10 things to know about EU antitrust enforcement and regulation in the energy sector, January 2014, URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/111363/10-things-to-know-about-eu-antitrust-enforcement-and-regulation-in-the-energy-sector> (17. avgust 2015).

Competition Law and the Energy Sector

Summary

Energy systems are network systems and they share the general economic and legal characteristics of most network systems, such as telecommunications, postal and transport. Several peculiarities significantly move them away from other network systems, however there are also important differences between the various energy systems. The article deals with interaction of ex ante regulation and competition law and policy legislative framework.

Important features of the network systems that ensure the transfer of goods, energy and information are i.e. complementary, network externalities, transaction costs and economies of scale. Due to the general importance special attention by the State has been given to those systems in the past and they were regulated to a greater or lesser extent in particular to protect the interests and ensure their construction, operation and management. As long as these markets are closed they have guaranteed activities for privileged undertakings enjoying exclusive rights, only. Several factors, in particular non-mobility of the infrastructure led to stable monopolies. Network activities include a range of activities, from which at least some are based on a natural monopoly. The trend was reversed starting in the US in the seventies of the twentieth century and began the two processes of deregulation, the process of finding a labile balance between the benefit of consumers and society as a whole, and the liberalization of network systems. The aims of deregulation and liberalization have been the introduction of competition, maximizing the benefit of consumers in order to ensure consumer welfare, protection of consumer interests and to maximize benefits for society. The EU three packages of liberalization directives continue the liberalization process of the internal market, as well. The article analyses historical development in the USA and in the EU, stages of deregulation and EU packages directives in the area of energy. It deals with liberalization processes in general, with the UK launching of processes in 1988, continues with the first liberalization package in the EU (1996-98), analyses the crisis in California due to a partial deregulation and determination of retail prices (2000), UK liberalization of energy (2002), the second liberalization package in the EU (2002), problems in the implementation of EU legislation (interference diverse Member States, price spikes, closing the notebook, providing gas imports from other backgrounds, the low level of cross-border transfers of energy, 2002), further, start of the sectoral analysis in the EU (2005), the results of sectoral analyzes in 2007 and the third liberalization pac-

kage of the EU (2009). Several competition procedures for investigations in the EU and ten decisions for major infringement (2007–2011) are analysed, as well.

The notion of liberalization could be observed as the opening of the market to third parties. The liberalization of the energy sector inevitably tackles legal frameworks and enforcement of competition rules. The liberalization of the energy sector responds to the existence of networked systems, the existence of exclusive rights, the horizontal and vertical segmentation of networks and sales. While analysing EU, its objectives are closely related to the formation of an integrated and competitive market, thereby ensuring competition on the supply side and the demand side of market opening, provide effective, transparent and non-discriminatory access by third parties (third party access) to infrastructure. The instruments available are general, however discussing energy, the basic legislative framework are sectorial rules for electricity and gas and classical instruments of competition law. The liberalization of the energy market in the EU is conducted in two phases, first by ensuring a market entry to third parties, unbundling and ensuring competition. A simple entrance of new, third parties does not suffice, because it is necessary to provide the conditions for effective competition. The paper further deals with stages of liberalization in the EU (1996–2003), and analyses interplay between network industries and the accessibility to public goods, minimal level of services, asymmetry in power between the supply and demand, especially the consumers and points out the complexity of the relationship between the regulation and competition law and policy. As from the point of view of network industries, it defines the notion of natural monopolies, non-tolerance concerning the abuse of a dominant position, exclusive rights, ex ante (mainly sectorial regulation) and ex post (mainly competition law approach) regulation and legislation.

Focusing on measures of competition law may prove to be (too) slow and motivates the state to the appropriate ex ante regulation in specific sectors to ensure effective competition. Regulating competition and sectorial regulation does not exclude each other, however regulation may be considered in certain circumstances control as a tool, although it does not eliminate the risk of inefficiency. On the one hand, both institutional and legislative duality are complementary, on the other areas encroach into each other. Interestingly, despite the fact that in the EU the duality of the various operational levels radiate significantly less tension than substantive dualism between the sectorial and competition law rules. Competition authorities are traditionally active in the field of network sectors, but the tools of competition law fail to solve all the problems, because they are limited mainly to sanction anti-competitive acts, however they can not directly ensure the liberalization of the markets. Therefore the emptiness is filled

by the regulator and sectorial legislation according to which regulator is responsible for sectorial implementation, monitoring, imposition of sanctions and for a general improvement of conditions for competition. Since energy is one of the sectors with a strong activity of competition authorities, particularly in the area of dominance, close cooperation between competition authorities and regulators must be established. The fact that the market is regulated, does not exclude or reduce risks to the scope and implementation of competition law rules.

Further the paper focuses on energy and competition law, EU sectorial report (2007) and contemporary practice of the EU Commission and EU courts. The practice of the institutions is being analysed individually by the institution and by the criteria of the specific act or practice of the company. Concerning Article 101 TFEU GDF Suez – E.ON Ruhrgas, EPEX Spot and Nordpool Spot 2012 are analysed. As from the point of view of Article 102 TFEU, which is the core of the analysis of this article cases *Distrigaz / EDF*, *E.ON*, *Swedish Interconnectors*, further network limitations are analysed from the perspectives of cases *RWE*, *ČEZ* and *GDF Suez – E.ON Ruhrgas* are analysed, as well, accompanied with the analysis of cases in *Gas Natural*, *ENDESA*, *Gazprom 2003–2005* and *OPCOM 2014*. The paper broadly focuses and discusses also long-term contracts and discusses problems arising from Article 106 TFEU (*Dimosia Epicheirisi Ilektrismou 2012*) and on more modern forms of anti-competitive conducts in energy sector, such as strategic underinvestment (cases *ENI*, *Trans-Tunisian Pipeline*, *GdF Suez*), capacity and long-term capacity booking (*GDF*, *E.ON*), capacity hoarding (*RWE*, *ENI*) and segmentation of internal market, and finally, subdivision into two or more bidding zones (*Swedish Interconnectors*).