

VRHOVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Evidenčna številka: VS4002398

Datum odločbe: 03.12.2013

Senat: dr. Mile Dolenc (preds.), dr. Miodrag Đorđević (poroč.), Franc Testen

Področje: VARSTVO KONKURENCE - UPRAVNI SPOR

Institut: varstvo konkurence - zloraba prevladujočega položaja - trg televizijskega oglaševanja - storitveni trg - geografski trg - sklepanje ekskluzivnih dogovorov - pogojni popusti za zvestobo - nedopustno ravnanje - učinki ravnanja kršitelja na trg - dokazovanje obstoja prevladujočega položaja - tržni delež - nenapovedana preiskava - najhujše kršitve konkurenčnega prava - načelo kontradiktornosti - načelo sorazmernosti

Zveza: ZPomK-1 člen 9, 19, 21, 28, 29, 33. Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU) člen 102. Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES) člen 82.

Jedro

Glede na načelo sorazmernosti se nenapovedana preiskava praviloma lahko izvede zgolj za odkrivanje dokazov, vezanih na najhujše kršitve konkurenčnega prava. Povedano drugače, kadar v primerih najhujših kršitev konkurenčnega prava obstaja utemeljena nevarnost, da bi podjetje uničilo ali skrilo relevantne dokaze, je izvedba nenapovedane preiskave smiselna ter ob izpolnjevanju zakonskih pogojev tudi zakonita. Ob tem Vrhovno sodišče opozarja na napačno stališče Agencija, da je ta „prosta pri izbiri“ ustreznega preiskovalnega instrumenta, saj to ne izhaja iz določb ZPomK-1.

Agencija z opravo sporne nenapovedane preiskave ni kršila načela sorazmernosti, saj jo je opravila na podlagi suma obstoja kršitve zlorabe prevladujočega položaja preko prakse sklepanja ekskluzivnih pogodb, kar ustreza pojmu „najhujših kršitev konkurenčnega prava“.

Kot pravilno izhaja iz izpodbijane odločbe je podjetje s prevladujočim položajem podvrženo strožjim kriterijem dopustnosti ravnanja na trgu kot preostali konkurenti, ki takšnega položaja nimajo. Ravno zaradi te posebne odgovornosti na trgu, na katerem prevladuje, je nedopustna tudi zloraba položaja z ravnanjem, ki je drugače sprejemljivo za ostale konkurente, ter tudi, če ni imelo namena po storitvi ravnanja zlorabe. Bistven je namreč učinek njegovega ravnanja na trg.

Pri zlorabi prevladujočega položaja, prepovedanega z 9. členom ZPomK-1 in 102. členom PDEU, gre za objektivni koncept, kar pomeni, da se pri presoji o obstoju zlorabe kot „pogoj“ za vzpostavitev kršitve ne zahteva namen kršitelja, temveč se v vsakokratnih okoliščinah konkretne zadeve presoja učinek spornega ravnanja na trg, z vidika ohranjanja še obstoječe konkurence na trgu oziroma razvoja te konkurence. Razlaga objektivnega koncepta je tako vezana na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ki lahko vpliva na sestavo trga, na katerem pa je prav zaradi njegove prisotnosti raven konkurence oslabljen. Zato so neutemeljene tožbene navedbe o pravno zmotni opustitvi dokazovanja obstoja izrecnega „namena“ tožnice omejiti konkurenco s spornimi ravnanji, saj namen zlorabe ni nujni pogoj koncepta zlorabe, ki je prepovedana

z 9. členom ZPOmK-1 in 102. členom PDEU. Čeprav drži, da so pri ugotavljanju „zlorabe“ zelo koristni neposredni dokazi o obstoju izključevalne strategije, vezane na namerno izključevanje konkurentov s trga s strani podjetja s prevladujočim položajem, pa ti vendarle za končno odločitev niso potrebni, če iz ostalih relevantnih okoliščin izhaja jasen obstoj kršitve 9. člena ZPOmK-1 in 102. člena PDEU. Razmejitev med dopustnim in nedopustnim delovanjem je namreč v vsakokratnih okoliščinah zadeve odvisna od različnih dejavnikov in od stopnje njihove upoštevnosti, pri čemer pa je ravno za izključne sporazume še posebej značilno, da omogočajo izvajanje močnega konkurenčnega pritiska, saj preko izključne vezave strank že sami po sebi povzročajo učinek preprečevanja vstopa ali širitve konkurenčnih podjetij.

Pravilen je pristop Agencije, ki je v kontekstu presoje „obstoja zlorabe“ upoštevala močan tržni položaj tožnice, njeno vlogo neizogibnega poslovnega partnerja, dejanske pogoje na upoštevem trgu, individualiziran pristop pri sklepanju ekskluzivnih pogodb, različna merila in pogoje pri odobritvi popustov, dejstvo sklepanja pogodb za eno leto, dolgotrajno obdobje izvajanja sporne poslovne prakse ter odsotnost logične razlage, zakaj naj bi bili le v primeru strankinega pristanka na ekskluzivnost večji popusti pri odkupu oglasnega prostora ekonomsko (stroškovno) utemeljeni.

Ob tem Vrhovno sodišče opozarja, da iz sodne prakse SEU izhaja, da pri teh oblikah zlorabe prevladujočega položaja (izključnih sporazumih in pogojnih popustih za zvestobo) zadostuje že sklep, da se z ravnanjem podjetja s prevladujočim položajem, ki kaže na zlorabo, skuša omejiti konkurenco oziroma da ima sporno ravnanje lahko tovrstni učinek; da zadostuje, da je na podlagi presoje vseh okoliščin konkretne zadeve mogoče sklepati, da je učinek teh praks omejitev ali izključitev konkurence na zadevnem trgu oziroma da je to z njimi mogoče storiti. Zato je neutemeljen tožbeni očitek o zmotni uporabi materialnega prava pri presoji proti-konkurenčnih učinkov spornih izključnih sporazumov.

Izrek

Tožba se zavrne.

Tožnica sama krije svoje stroške postopka.

Obrazložitev

1. Tožnica je vložila tožbo zoper odločbo Javne agencije Republike Slovenije za varstvo konkurence (v nadaljevanju Agencije) 306-90/2009-169 z dne 24. 4. 2013, s katero je Agencija ugotovila, da je tožnica kršila 9. člen Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (v nadaljevanju ZPOmK-1) in 82. člen Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES), sedaj 102. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nadaljevanju PDEU), s tem, da je od 1. 1. 2003 dalje zlorabljala prevladujoč položaj na trgu televizijskega oglaševanja na ozemlju Republike Slovenije (in na notranjem trgu) tako, da je od oglaševalcev, ki oglašujejo v televizijskih programih, zahtevala ekskluzivnost (100-odstotni delež oglaševanja) oziroma jih je vezala nase s ponujanjem pogojnih popustov za zvestobo, s čimer jih je odvrčala od oglaševanja pri konkurentih in tako izrinjala konkurente s trga oziroma omejevala njihov dostop do trga in rast na trgu.
2. V postopku sodnega varstva je tožnica izpodbijala navedeno odločbo iz tožbenih razlogov iz prvih treh točk prvega odstavka 27. člena Zakona o upravnem sporu (v nadaljevanju ZUS-1) ter zahtevala njeno odpravo in povrnitev stroškov postopka.
3. Tožena stranka je na tožbo odgovorila in predlagala njeno zavrnitev.
4. Postopek sodnega varstva po ZPOmK-1 je spor o zakonitosti odločbe Agencije, za katerega je značilno, da je bilo dejansko stanje ugotovljeno že v postopku pred Agencijo, ki je na ugotovljeno dejansko stanje uporabila materialno pravo in v predpisanem postopku izdala odločbo, ki je predmet izpodbijanja v sodnem

postopku. Vrhovno sodišče preizkusi odločbo Agencije v mejah tožbenega zahtevka in mejah razlogov, ki so navedeni v tožbi, pri tem pa po uradni dolžnosti pazi na bistvene kršitve določb postopka v skladu s tretjim odstavkom 27. člena ZUS-1 (58. člen ZPOmK-1). Ker je rok za vložitev tožbe prekluzivni, pa po njegovem izteku ni mogoče uveljavljati novih tožbenih razlogov.

5. Čeprav je dejansko stanje med tožnico in Agencijo sicer sporno, predlagani dokaz z zaslišanjem prič, glede na sicer dovolj popolno ugotovljeno dejansko stanje, ni dokaz, ki bi bil potreben za odločitev (glej 13. točko te obrazložitve). Posledično je Vrhovno sodišče presodilo, da izvedba obravnave v okoliščinah konkretne zadeve ni bila potrebna.

Glede procesnih kršitev

Presoja zakonitosti sklepa o uvedbi postopka ter sklepa o preiskavi

6. Neutemeljene so tožbene navedbe o nezakonnosti sklepa o uvedbi postopka zaradi „kršitve načela materialne resnice“ ter zaradi „prepozne“ uvedbe postopka. Za uvedbo postopka nadzora namreč zadostuje že obstoj določenih okoliščin, ki kažejo na verjetnost relevantne kršitve po ZPOmK-1. Te okoliščine pa so v obravnavanem primeru (kot to izhaja iz ugotovitev Agencije) bile podane. V samem postopku nadzora nato Agencija preveri, ali je do kršitve ZPOmK-1 dejansko prišlo. Sicer pa tožnica pri izpodbijanju zakonitosti sklepa o uvedbi postopka niti ni konkretizirano navedla, zakaj naj bi posredovana elektronska sporočila ter podatki o gledanosti TV programov tožnice ne zadoščali za uvedbo postopka glede sporne kršitve.

7. Glede očitka o nezakonnosti sklepa o preiskavi drži, da je Ustavno sodišče ugotovilo, da je ureditev, ki Agenciji dovoljuje izvedbo preiskave brez predhodne sodne odločbe (prvi stavek prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1) v neskladju s 36. in 37. členom Ustave, ter posledično zakonodajalcu določilo rok za odpravo ugotovljene protiustavnosti. Vendar pa je Ustavno sodišče hkrati odločilo, da se do odprave ugotovljene protiustavnosti še naprej uporablja prvi stavek prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1. (1) To pomeni, da je v prvem stavku prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1 Agencija imela in še vedno ima (vse do odprave ugotovljene protiustavnosti) zakonito podlago za opravljanje ustreznih preiskav. (2) Za postopek ugotavljanja kršitve 9. člena ZPOmK-1 in 102. člena PDEU, ki se je vodil proti tožnici, to pomeni, da dokazi, pridobljeni na podlagi sklepa o preiskavi v skladu s prvim stavkom prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1, per se niso nedovoljeni.

8. V zvezi z očitkom o kršitvi ustavnega načela sorazmernosti pri izvedbi nenapovedane preiskave se Vrhovno sodišče načeloma strinja s stališčem tožnice, da ta predstavlja veliko hujši poseg v sfero preiskovanega podjetja kot pa zahteva za posredovanje podatkov (27. člen ZPOmK-1). Poleg tega drži, da je nenapovedana preiskava glede na stopnjo posega brez dvoma strožja od napovedane preiskave, saj se slednja izvaja predvsem v primerih, ko ni nevarnosti uničenja poslovne dokumentacije, oziroma v primerih pregleda obsežnega gradiva. (3) Izvedba nenapovedane preiskave v prostorih podjetja je torej predvidena zgolj za tiste primere, ko obstaja nevarnost, da bi podjetje uničilo ali predručilo dokaze. Pri tem je namreč razumno pričakovati, da so dokazi o obstoju zlorab prevladujočega položaja skriti v prostorih, ki niso dostopni javnosti, ter v pisni in elektronski komunikaciji podjetij. (4) Glede na načelo sorazmernosti pa se nenapovedana preiskava praviloma lahko izvede zgolj za odkrivanje dokazov, vezanih na najhujše kršitve konkurenčnega prava. (5) Povedano drugače, kadar v primerih najhujših kršitev konkurenčnega prava obstaja utemeljena nevarnost, da bi podjetje uničilo ali skrilo relevantne dokaze, je izvedba nenapovedane preiskave smiselna ter ob izpolnjevanju zakonskih pogojev tudi zakonita. Ob tem Vrhovno sodišče opozarja na napačno stališče Agencija, da je ta „prosta pri izbiri“ ustreznega preiskovalnega instrumenta, saj to ne izhaja iz določb ZPOmK-1. Razlaga ZPOmK-1 v smislu doseganja zgolj največje „učinkovitosti“ preiskovalnih instrumentov, je zato napačna, saj je Agencija pri vodenju preiskovalnega postopka vezana na spoštovanje načela sorazmernosti (proporcionalnosti).

9. Sicer pa Agencija z opravo sporne nenapovedane preiskave ni kršila načela sorazmernosti, saj jo je opravila

na podlagi suma obstoja kršitve zlorabe prevladujočega položaja preko prakse sklepanja ekskluzivnih pogodb, kar ustreza pojmu „najhujših kršitev konkurenčnega prava“. Poleg tega iz splošnih izkušenj in same narave stvari izhaja, da preiskovana podjetja niso pripravljena izročiti obremenilnih dokazov (na podlagi zahteve za posredovanje podatkov). Zato se Vrhovno sodišče v okoliščinah konkretne zadeve strinja s presojo Agencije, da je bila zaradi utemeljene nevarnosti uničenja relevantnih dokazov izvedba nenapovedane preiskave nujna in primerna.

10. Sicer pa je v okoliščinah konkretne zadeve neutemeljen tudi očitke o nezakoniti pridobitvi dokazov preko zasega elektronske komunikacije s „prisilnim vpogledom v elektronske poštne predale več fizičnih oseb“ v poslovnih prostorih tožnice, pri čemer pa tožnica ni konkretizirala spornih dokazov, temveč je pavšalno zatrjevala, da naj bi bila „vsa elektronska sporočila pridobljena s protipravnim posegom v pravico do komunikacijske zasebnosti“. Napačno je načelno tožbeno stališče o zakonski obravnavi elektronske komunikacije, vezane na poslovno korespondenco, zunaj določbe 29. člena ZPOmK-1 oziroma o njeni specialni ureditvi v 33. členu ZPOmK-1. Čeprav elektronska pošta ni izrecno navedena v drugi alineji drugega odstavka 29. člena ZPOmK-1, to ne pomeni, da ne more biti zajeta s „poslovno korespondenco“, ki se logično nanaša tudi na računalniške oblike sodobne komunikacije in v tem primeru zajema sporno elektronsko pošto. Zato je Agencija pravilno uporabila 29. člen ZPOmK-1, saj uporaba 33. člena ZPOmK-1 v okoliščinah konkretne zadeve ne pride v poštev. Poleg tega iz tožbenih trditev ne izhaja, da bi Agencija v postopku nadzora pridobila ali uporabila sporno elektronsko pošto zaposlenih, ki se ne bi striktno nanašala na relevantno poslovno dokumentacijo, vezano na predmet preiskave. Kot je razvidno iz upravnega spisa ter iz izpodbijane odločbe, so pooblaščenec osebe Agencije postopkovno ustrezno pri pregledu dokumentov v elektronski obliki (ob sodelovanju zaposlenih pri tožnici) izločale pošto in dokumente zasebne narave, česar tožnica v tožbi niti ni izpodbijala. Iz upravnega spisa je nadalje razvidno, da je bila vsa sporna dokumentacija pridobljena v poslovnih prostorih tožnice, kar potrjujejo podpisani zapisniki s strani vseh zaposlenih, pri katerih so bila preiskovalna dejanja opravljena. Neutemeljene so tudi tožbene navedbe o „nezakoniti pridobitvi spornih dokazov“ zaradi njihove pridobitve s prisilo („pod grožnjo kazni zaradi oviranja preiskave“), saj 31. člen ZPOmK-1 jasno določa možnost Agencije, da zaradi oviranja preiskave naloži plačilo denarne kazni. Zato je bilo pravilno, da so pooblaščenec osebe opozorile zaposlene v podjetju, da se oviranje preiskave lahko denarno sankcionira. Ker iz tožbe tudi ne izhaja opis ravnanja pooblaščenec oseb, ki bi odkazoval na morebitno zlorabo zakonskih pooblastil, je treba tudi ta tožbeni očitke zavrniti kot neutemeljen. Vrhovno sodišče opozarja še na sklep z zadevi G 10/2012, s katerim je kot neutemeljeno zavrnilo tožbo tožnice, ki jo je le-ta vložila zoper sklep Agencije o plačilu denarne kazni zaradi oviranja pri izvajanju preiskave.(6)

Kršitev načela kontradiktornosti in pravice do obrambe

11. Tožnica v tožbi uveljavlja kršitev 19. člena v zvezi s 36. členom ZPOmK-1, in sicer iz razloga, ker se Agencija do naknadno posredovane pripravljalne vloge tožnice (to je po poteku roka za odgovor na povzetek relevantnih dejstev) ni opredelila oziroma ker med postopkom nadzora ni ustrezno dopolnila povzetka relevantnih dejstev. Tožnica ob tem navaja, da je sporno pripravljalo vlogo Agenciji posredovala šele po izteku roka za odgovor na povzetek relevantnih dejstev, ker je šele po tem datumu od Agencije prejela vse relevantne nezaupne različice odgovorov oglaševalcev na vprašalnik Agencije. Vendar pa (kar je za odločitev o očitani kršitvi bistveno) tožnica ni navedla, da bi ji bil med postopkom nadzora kadarkoli onemogočen vpogled v spis po 18. členu ZPOmK-1.

12. Tožnica je navedla le, da jo je Agencija obvestila o novih nezaupnih različicah odgovorov oglaševalcev na vprašalnik šele na sestanku s predstavniki Agencije dne 25. 10. 2012. Vendar pa je iz upravnega spisa razvidno, da je Agencija vse sporne odgovore na vprašalnike pridobila že pred izdajo Povzetka relevantnih dejstev z dne 7. 8. 2012 ter da je bil njihov pregled tožnici omogočen takoj po ustrezni pripravi njihove nezaupne različice. Hkrati je iz upravnega spisa razvidno, da tožnica svoje pravice do pregleda spornih dokumentov po izdaji Povzetka relevantnih dejstev v 45-dnevem roku za odgovor ni (več) uveljavljala. Zato je očitke o kršitvi načela kontradiktornosti neutemeljen, saj tožnica zaradi opustitve uresničitve svoje pravice do pregleda dokumentov zadeve ne more uspešno uveljavljati kršitve 19. člena ZPOmK-1. Agencija svoje

odločbe torej ni oprla na nove, naknadno pridobljene vprašalnike, temveč le na dokumente, o obstoju katerih in njihovi relevantnosti je bila tožnica obveščena ter glede katerih v tožbi ni izkazala, da ji ni bila dana možnost, da se o njih izjavi. Iz upravnega spisa namreč glede spornih dokumentov ne izhaja (ne)zakonita zavrnitev pravice do vpogleda v spis po izdaji Povzetka relevantnih dejstev z dne 7. 8. 2012. Sicer pa tožnica niti ni pojasnila, zakaj(kako) naj bi neupoštevanje naknadno posredovane pripravljalne vloge vplivalo na (ne)zakonitost končne odločbe.

13. Neutemeljen je tudi očitke o posegu v tožnično pravico do obrambe zaradi opustitve obravnave dokaznih predlogov, vezanih na zaslišanje prič in izvedbo ustne obravnave. Vrhovno sodišče uvodoma opozarja, da pravilno povzeto teoretično izhodišče glede restriktivne zakonske ureditve ustne obravnave v 21. členu ZPOmK-1 v izpodbijani odločbi(7) še ne pomeni ustrezne vsebinske preučitve dokaznih predlogov tožnice, saj je iz upravnega spisa razvidno, da Agencija ni ugodila tožničinemu konkretiziranemu dokaznemu predlogu za zaslišanje poimensko predlaganih prič. V pravočasno posredovanem Odgovoru na povzetek relevantnih dejstev z dne 24. 9. 2012 je namreč tožnica predlagala dokaz o resničnem dejanskem stanju z zaslišanjem prič ... Vendar pa v okoliščinah konkretne zadeve vseeno ni mogoče pritrditi tožbenemu očitku o kršitvi načela kontradiktornosti, saj iz izpodbijane odločbe jasno izhaja, da je Agencija med postopkom ustrezno upoštevala vse relevantne ugovore tožnice, na katere je (na različnih mestih v izpodbijani odločbi) ustrezno dogovorila. Agencija se je bila namreč dolžna z navedbami stranke seznaniti ter jih ob kumulativno izpolnjenih pogojih dopustnosti in bistvenosti obravnavati, se do njih opredeliti ter jih ob odločitvi obrazložiti, in to ne samo navidezno ali pavšalno.(8) Iz obrazložitve izpodbijane odločbe pa je razvidno, da se je Agencija ustrezno opredelila do vseh relevantnih navedb tožnice ter da je svojo odločitev utemeljila na številnih listinskih dokazih, v zvezi s katerimi je pojasnila, zakaj jim pripisuje odločilen dokazni pomen. Ker je imela torej Agencija na voljo te (relevantne in zadostne) dokaze, jih tudi izpovedi prič, ki naj bi izpovedale o istem dejstvu (poslovni praksi tožnice), ne bi mogle omajati. Zato opustitev izrecne obrazložitve zavrnitve dokaznih predlogov v okoliščinah konkretne zadeve ne predstavlja relevantne kršitve postopka. Toliko manj, ker tožnica v tožbi niti ni navedla, zakaj naj bi bilo zaslišanje prič pomembno za končni izid postopka oziroma za presojo zakonitosti odločbe.

14 Utemeljen tudi ni tožbeni očitke, da se Agencija v izpodbijani odločbi ni opredelila do drugih relevantnih dokazov tožnice, saj je iz obrazložitve izpodbijane odločbe razvidna ustrezna obravnava „Analize medijskega in oglasnega trga v Sloveniji“ (Analiza FDV)(9) ter predloženih tabel podjetja AGB Nielsen.(10) Ker se Agencija v Povzetku relevantnih dejstev z dne 7. 8. 2012 v zvezi z očitano zlorabo prevladujočega položaja jasno sklicuje tako na tržne deleže tožnice kot tudi na uporabo zakonske domneve iz petega odstavka 9. člena ZPOmK-1,(11) je končno neutemeljen tudi očitke o posegu v pravico do obrambe zaradi opustitve navedbe pravnega naziranja oziroma relevantnih rezultatov dokazovanja.

Glede ugotovljenega dejanskega stanja in uporabe materialnega prava

Upoštevni storitveni in geografski trg

15. Iz izpodbijane odločbe izhaja, da je Agencija kot upoštevni storitveni trg določila trg televizijskega oglaševanja, pri čemer je svojo odločitev logično utemeljila na izvedeni analizi med oglaševalci (v nadaljevanju Analizi), s katero je preverila zamenljivost na strani ponudbe. Svojo odločitev o določitvi trga televizijskega oglaševanja kot upoštevne storitvenega trga je tako ustrezno oprla na podatek Analize, da je več kot 80-odstotkov anketirancev (oglaševalcev) navedlo nezamenljivost oglaševanja v televizijskih programih z oglaševanjem v drugih medijih. Poleg tega je Agencija pri udeležencih na trgu izvedla SSNIP test, na podlagi katerega je zaključila, da je oglaševanje v televizijskih programih nenadomestljivo, saj ga večina oglaševalcev tudi pri dvigu cen ne bi nadomestilo z oglaševanjem v drugih medijih. Na podlagi Analize je še ugotovila, da oglaševanje v televizijskih programih z nacionalno pokritostjo ni zamenljivo z oglaševanjem v regionalnih/lokalnih televizijskih programih. Glede na visoke začetne fiksne stroške vstopa na trg, majhnost relevantnega trga ter visok tržni delež tožnice je tako logičen zaključek Agencije, da je verjetnost substitucije na strani ponudbe majhna.

16. Čeprav tožnica v tožbi navaja, da je Analiza Agencije „pavšalna, usmerjena proti tožnici, nestrokovna in za predmetni primer neuporabna“, teh očitkov podrobneje ne pojasni; zato jih glede na podatke upravnega spisa (vprašalnike) ni mogoče upoštevati kot pravno relevantne, niti ni mogoče pritrditi očitku, da so bili sporni vprašalniki sestavljeni ob predpostavki vnaprej določenega upoštevnega storitvenega trga.

17. Prav tako ni utemeljen tožničin očitek o preozki določitvi relevantnega trga, ki bi moral biti, glede na tožbene trditve, opredeljen kot dvostranski trg prodaje avdiovizualnih komercialnih sporočil (povezanih s trgom občinstva - gledalcev), v okvir katerega naj bi spadale vse oblike oglaševanja po Direktivi o avdiovizualnih medijskih storitvah (v nadaljevanju Direktivi AVMS)(12) in Zakonu o avdiovizualnih medijskih storitvah (v nadaljevanju ZAvMS), s tem, da naj bi trg občinstva - gledalcev predstavljali vsi državljani Republike Slovenije, kakor tudi državljani, ki spremljajo programe slovenskih ponudnikov televizijskih programov, tujih kabelskih operaterjev, plačljive televizije, spletnih strani, ki predvajajo taka oglasna sporočila, ter drugih ponudnikov, in sicer na katerikoli platformi, ki omogoča predvajanje avdiovizualnih vsebin. Vrhovno sodišče namreč soglaša s stališčem Agencije, da ureditev v Direktivi AVMS in ZAvMS ni bistvena za odločitev v konkretni zadevi, saj ne gre za situacijo, ko naj bi bil storitveni trg z zakonom šele ustvarjen ter po ustanovitvi strogo in podrobno reguliran. Treba je namreč upoštevati, da cilj Direktive AVMS ni v celoviti ureditvi zagotavljanja in izvajanja avdiovizualnih medijskih storitev, temveč v implementaciji določenih ukrepov, ki bi avdiovizualnim medijskim storitvam omogočali prehod od nacionalnih tržišč na skupna tržišča programske produkcije in distribucije. Zato je Agencija pri opredelitvi upoštevnega storitvenega trga pravilno (tako empirično kot teoretično) izhajala iz medsebojne zamenljivosti televizijskega oglaševanja, s tem, da je izključila oglaševanja na drugih platformah ter ustrezno upoštevala dejanske konkurenčne razmere na tem trgu. Neutemeljeno je tudi tožbeno izvajanje o neupoštevanju realnega stanja stvari ob izdaji odločbe, konkretno „izjemnega tehnološkega razvoja“ na področju avdiovizualnih storitev, saj je Agencija svoj zaključek oprla na Analizo, ki je bila opravljena med postopkom nadzora. Poleg tega iz izpodbijane odločbe ne izhaja, da naj bi Agencija ne upoštevala gledanosti programov niti da naj bi pri tem ne ocenila njenega vpliva na oglaševanje pri določitvi upoštevnega storitvenega trga.(13) Sicer pa tožnica niti ni konkretizirano pojasnila, zakaj naj bi bil zaradi zatrjevané dvostranske narave relevantnega storitvenega trga trg televizijskega oglaševanja v okoliščinah konkretne zadeve napačno določen, saj je zgolj pavšalno zatrjevala, da naj bi bila zaradi opustitve ugotavljanja lastnosti dvostranskosti trga nepravilno ocenjena elastičnost in navzkrižne cene, ne da bi pojasnila, kako slednje utemeljuje drugačno, širšo določitev relevantnega storitvenega trga.

18. V zvezi z očitkom o napačni (preozki) določitvi relevantnega geografskega trga tožnica graja dejanske ugotovitve Agencije, da naj bi tuji kabelski operaterji ne predstavljali njenih konkurentov šele od leta 2010 dalje, temveč da naj bi bili televizijski programi tujih kabelskih operaterjev „že vrsto let na voljo gledalcem v Republiki Sloveniji.“ Vendar v prid svoji graji ni navedla ničesar, kar bi lahko izpodbilo verodostojnost dokazov, na podlagi katerih je Agencija ugotovila to dejstvo.(14) Po drugi strani iz izpodbijane odločbe logično izhaja opredelitev upoštevnege geografskega trga kot ozemlja Republike Slovenije, glede na televizijske programe z nacionalno pokritostjo, upoštevajoč pri tem kulturne, jezikovne in pravne specifičnosti tega trga z vidika upoštevanja zadostno homogenih pogojev konkurence. Zato tudi očitek o napačni določitvi relevantnega geografskega trga ni utemeljen.

Prevladujoč položaj

19. Agencija je v izpodbijani odločbi svojo presojo o obstoju prevladujočega položaja tožnice na trgu televizijskega oglaševanja utemeljila s številnimi ugotovitvami, vezanimi tako na dejstvo njenega tržnega deleža kot tudi na druge relevantne okoliščine. Svojo odločitev je tako logično utemeljila z izračuni tržnih deležev relevantnih udeležencev na upoštevem storitvenem trgu ter z drugimi dokazi, vezanimi predvsem na položaj konkurentov, različne vstopne ovire ter možnosti dostopa do trga. Iz izpodbijane odločbe je razvidno, da je Agencija kot relevantne udeležence na trgu upoštevala tožnico, javni zavod RTV Slovenija (v nadaljevanju RTV SLO), A. d. o. o. (v nadaljevanju A.) ter Agencijo B. d. o. o., pri čemer je logično pojasnjeno, zakaj pri primerjavi tržnih deležev ni upoštevala tudi tujih kabelskih televizijskih operaterjev.

Agencija je napravila dva izračuna tržnih deležev, enega na podlagi bruto prihodkov od oglaševanja v televizijskih programih ter drugega na podlagi podatkov o neto prihodkih od oglaševanja, pri čemer iz obeh izračunov izhaja stabilen, 64-odstotni tržni delež tožnice. Ne glede na različne ugovore tožnice v zvezi z razlago uporabljenih izhodiščnih podatkov je Agencija v izpodbijani odločbi naredila logičen zaključek o obstoju stabilnega in visokega, to je preko 50-odstotnega tržnega deleža tožnice, ki glede na tržno moč ostalih udeležencev ter druge relevantne okoliščine utemeljuje zaključek o obstoju prevladujočega položaja. Poleg tržnih deležev udeležencev na trgu je Agencija namreč ustrezno ugotovila in upoštevala tudi pomen posebnega položaja tožničinega glavnega konkurenta, to je RTV SLO

20. Zato v kontekstu tožbenega očitka napačne ugotovitve dejanskega stanja ne drži, da naj bi Agencija ne upoštevala dejanskega položaja RTV SLO, ki naj bi, po tožbenih navedbah, na trgu televizijskega oglaševanja ravnala povsem neodvisno od konkurentov. Ob tem se tožnica sklicuje predvsem na revizijska poročila Računskega sodišča ter na različna letna poročila Agencije Republike Slovenije za pošto in elektronske komunikacije (v nadaljevanju APEK), iz katerih naj bi bila razvidna dejanska tržna moč RTV SLO oziroma njena sposobnost povsem neodvisnega ravnanja na trgu. Vendar pa je iz izpodbijane odločbe razvidno, da je Agencija ustrezno upoštevala predvsem dejstvo dvojnega sistema financiranja RTV SLO ter, upoštevajoč dodatne zakonske omejitve oglaševanja, pravilno zaključila o konkurenčno slabšem izhodiščnem položaju RTV SLO. Zato ne drži očitka o zmotni ugotovitvi dejanskega stanja. Agencija je namreč logično utemeljila, zakaj RTV SLO ne more ravnati neodvisno na trgu oziroma zakaj se mora prilagajati poslovni praksi tožnice. Ker je iz obrazložitve izpodbijane odločbe razvidna tudi ustrezna obravnava spornih revizijskih poročil Računskega sodišča ter analize ERNST & YOUNG d. o. o., ne drži očitka, da Agencija ni ustrezno izvedla dokaznega postopka ter da je svoje ugotovitve vezala zgolj na „zakonsko ureditev RTV SLO“.

21. Ne držijo tožbene navedbe, da naj bi iz izpodbijane odločbe izhajal zaključek o izstopu A. iz trga izključno zaradi ravnanj tožnice. Iz izpodbijane odločbe namreč v ključnem delu izhaja, da je Agencija med dokaznim postopkom sledila navedbam A. ter tudi na njihovi podlagi prišla do zaključka o obstoju relevantne tržni moči tožnice, ki je bistveno vplivala na poslovanje drugih konkurentk. Poleg tega se je tudi sama tožnica v Odgovoru na povzetek relevantnih dejstev sklicevala na članek, v katerem je avtor pojasnil umik A. iz razloga nekonkurenčnosti slovenskega trga.(15) Pri tem je avtor članka izrecno navedel, da naj bi trg obvladovala tožnica ter pri tem določala cene televizijskega oglaševanja, kar naj bi „iz-stiskalo“ podjetja z manjšim poslovnim deležem s trga.(16) Zato ne drži očitka o zmotni ugotovitvi dejanskega stanja (o ugotovitvi vzročne zveze med izstopom A. iz trga zaradi tržne moči in sporne prakse tožnice). Agencija je poleg tega ustrezno obravnavala pomen tujih operaterjev na trgu, kar negira očitka o neizvedeni analizi položaja tujih kabelskih operaterjev na trgu. Agencija je namreč svoj zaključek o položaju tujih kabelskih operaterjev logično obrazložila na podlagi različnih listinskih dokazov, iz katerih izhaja, da ti v celotnem času obstoja očitane kršitve niso predstavljali relevantnega konkurenčnega pritiska ter zato niso imeli pomembnejšega tržnega deleža upoštevnega storitvenega trga. Končno so neutemeljene tožbene navedbe o zmotnih ugotovitvah Agencije o obravnavi tožnice kot „skorajšnjega“ neizogibnega poslovnega partnerja z vidika oglaševalcev.(17) Agencija je namreč sporno ugotovitev utemeljila z obstojem pogajalske moči tožnice pri sklenitvi pogodbenih razmerij, vezanih na zakup oglaševalskega prostora, pri čemer je v zvezi z zakupom oglaševalskega prostora upoštevala tako vlogo oglaševalskih agencij kot tudi drugih posrednikov, ki so v imenu naročnikov zakupili oglaševalski prostor. Ob tem se je ustrezno sklicevala na dejstvo tržne moči tožnice ter na podatke deležev gledanosti programov tožnice.

22. Glede očitka o zmotni uporabi materialnega prava pa že iz 19. do 21. točke te obrazložitve izhaja, da je Agencija pri svoji presoji obstoja prevladujočega položaja poleg dejstva tržnega deleža tožnice pravilno upoštevala tudi druge okoliščine, ki so pomembne pri tovrstni presoji. Posledično je očitka o izključnem upoštevanju visokega tržnega deleža kot edinega merila obstoja prevladujočega položaja tožnice neutemeljen. Agencija je namreč presoj o obstoju prevladujočega položaja pravilno utemeljila tako na podlagi visokega in stabilnega tržnega deleža tožnice kot tudi ob upoštevanju položaja in tržne moči preostalih konkurentov na trgu, sposobnosti neodvisnega tržnega ravnanja tožnice, pogajalske moči oglaševalcev ter obstoja različnih vstopnih ovir na trgu oziroma realne možnosti dostopa na trg.

23. Pavšalno je tožbeno zatrjevanje, da iz izpodbijane odločbe ni „natančno“ razvidno, katere vstopne ovire so bile upoštevane pri presoji obstoja prevladujočega položaja. Kot izhaja iz 28. in 29. strani izpodbijane odločbe je namreč Agencija pravilno upoštevala vstopne ovire kot so visoki kapitalski vložki, pridobitev številnih dovoljenj, omejenost kapacitet na oddajniški mreži, majhnost trga ter vlogo tožnice kot neizogibnega poslovnega partnerja. Glede na stabilen, preko 50-odstotni tržni delež tožnice, Agencija tudi ni zmotno uporabila domneve o obstoju prevladujočega položaja po nacionalnem pravu (peti odstavek 9. člena ZPOmK-1) in po sodni praksi Sodišča Evropske Unije (v nadaljevanju SEU).(18)

24. Končno ni mogoče slediti utemeljitvi tožnice o pomenu izvedbe ekonometrične analize v zvezi s sposobnostjo neodvisnega ravnanja tožnice na trgu pri ugotavljanju obstoja prevladujočega položaja, ko zatrjuje, da naj bi se Agencija zmotno oprla zgolj na izračune relevantnih tržnih deležev. Iz izpodbijane odločbe je namreč razvidno, da tako (sporna) določitev upoštevnega trga kot tudi položaj tožnice na njem temeljita na ustreznih in številnih dokazih. Zato ne drži, da Agencija ne bi celovito ugotavljala, ali je imela tožnica na trgu „tudi dejansko“ prevladujoč položaj. Ker torej iz dokazne ocene izvedenih dokazov logično izhaja ugotovitev Agencije o sposobnosti neodvisnega ravnanja tožnice na pravilno določenem trgu televizijskega oglaševanja, tožbena graja o opustitvi izvedbe ekonometrične analize kot bistvenega dokaza v okoliščinah konkretne zadeve ni utemeljena.

Zloraba prevladujočega položaja

25. Tožnica ne izpodbija dejanskih ugotovitev Agencije o obstoju „posamičnih primerov poslovnih odnosov z oglaševalci“, v okviru katerih so tožničini „komercialisti v želji in interesu sklenitve posla z oglaševalcem v komunikacijo zapisali določene termine (npr. delež oglaševanja, ekskluzivnost, ipd.)“. (19) Prav tako ni sporno, da je bila komunikacija (kot izhaja iz številnih listinskih dokazov) vezana na dogovore o količinskih popustih (tudi pri visokih ter ekskluzivnih deležih oglaševanja pri tožnici) in da je „predstavljala del pogajanj med tožnico in oglaševalci/agencijami, kjer je ena in druga stranka z različnimi pogajalskimi prijemi skušala doseči za sebe čim bolj ugoden dogovor“, (20) pri čemer si je tožnica prizadevala pridobiti čim večji obseg oglaševanja od vseh ostalih oglaševalcev, saj je to praktično njen edini vir prihodkov. (21) Vendarle pa tožnica različne očitke napačne ugotovitve dejanskega stanja veže na vse tiste ugotovitve Agencije, iz katerih izhaja, da so bili ti ekskluzivni dogovori oziroma posli o pogojnih popustih za zvestobo vezani na različne oblike obveznosti izključnosti oglaševanja pri tožnici in da so bili del komercialne politike, s katero si je tožnica prizadevala čim večji del oglaševalskega trga vezati nase.

26. Kljub izčrpnim tožbenim navedbam Vrhovno sodišče sprejema logične ugotovitve pravno relevantnih dejstev iz izpodbijane odločbe, ki omogočajo zaključek o obstoju poslovne prakse tožnice, s katero je od oglaševalcev, ki so oglaševali v televizijskih programih, zahtevala ekskluzivnost (100-odstotni delež oglaševanja) oziroma jih je vezala nase s ponujanjem pogojnih popustov za zvestobo. In konkretno, za odločitev v tej zadevi je bistveno, da je tako iz izpodbijane odločbe kot tudi iz upravnega spisa razvidno, da je Agencija ugotovitve, vezane na obstoj sporne poslovne prakse, logično oprla na številne listinske dokaze, ki dokazujejo obstoj različnih dogovorov in sklenjenih pravnih poslov o ekskluzivnem oglaševanju z različnimi oglaševalci. Čeprav drži, da očitani obstoj sporne splošne poslovne prakse v izpodbijani odločbi ni utemeljen z neposrednim dokazom o oblikovanju tovrstne politike poslovanja tožnice (npr. internimi navodili), pa je to ugotovitev Agencija konkretizirano utemeljila z dokazanostjo različnih okoliščin številnih posamičnih primerov, ki ob celoviti obravnavi utemeljujejo logičnost izpodbijane ugotovitve. Ob tem je pomembno, da se ti različni listinski dokazi o pogajanjih in sklepanju spornih pravnih poslov, na katere se opira Agencija, nanašajo na daljše časovno obdobje, kar dodatno utemeljuje ugotovitev obstoja kršitve. S tem v zvezi je neutemeljen tožbeni očitek o zanemarljivi vrednosti obravnavanih spornih poslov, saj ta ne izpodbija verodostojnosti dokazov, na katerih temelji ključna ugotovitev dejanskega stanja, o obstoju poslovne prakse, ki se je izvajala preko zahtev po ekskluzivnosti oziroma s ponujanjem pogojnih popustov za zvestobo. Tako je neutemeljen tudi tožbeni očitek o napačni interpretaciji večjega števila tabel podjetja AGB Nielsen, ki jih je kot relevanten dokaz med postopkom nadzora priložila tožnica. Kot je namreč razvidno iz obrazložitve izpodbijane odločbe je Agencija sporne tabele med dokaznim postopkom ustrezno upoštevala, saj je na njihovi

podlagi ugotovila, da so ravno podatki o spremljanju posameznih oglaševanj različnih oglaševalcev omogočili tožnici lažje poslovno prilagajanje na trgu oziroma so ji olajšali oblikovanje različnih načinov pridobivanja oglaševalcev. Samo dejstvo prehajanja oglaševalcev od različnih ponudnikov, ki ga tožnica utemeljuje na podlagi teh tabel, v okviru ugotavljanja obstoja sporne poslovne prakse ni bistvena in je obravnavana v okviru presoje relevantnega učinka na trg (glej 35. točko te obrazložitve).

27. Na podlagi obrazloženega se izkaže kot neutemeljeno tožbeno navajanje, da naj bi vsi listinski dokazi, vezani na ekskluzivno oglaševanje, dokazovali zgolj tožničino poizvedovanje po višini denarnih zneskov, ki naj bi jih bili oglaševalci pripravljene nameniti za televizijsko oglaševanje („oglaševalski proračun“), in da naj bi bili pogojni popusti za zvestobo izključno vezani na obseg posameznega posla. Iz izpodbijane odločbe namreč jasno izhaja, da je Agencija poleg dokazov iz začetne faze izdajanja tožničinih poslovnih ponudb oglaševalcem pridobila tudi druge dokaze, ko so sporni deleži oglaševanja razvidni iz različnih pogodb o zakupu medijskega prostora.(22) Tako je Agencija obstoj spornih zavez o ekskluzivnosti in vezavo višine popustov na delež oglaševanja logično utemeljila tudi na podlagi številnih določb o pogodbenih penalah v primeru neizpolnjevanja deleža oglaševanja, ki izhajajo iz različnih pogodb o poslovnem sodelovanju z različnimi oglaševalci.(23)

28. Neutemeljen je tožbeni očitke, da Agencija ugotovitve o pomembnem vplivu očitane kršitve na znatni del povpraševanja na trgu ni konkretizirano utemeljila oziroma podprla s „konkretnim dokazom“. Da to ne drži, izhaja že iz samih tožbenih navedb, ko tožnica izpodbija pomen t. i. Tabele 4 ter uporabo tabel AGB Nielsen, saj gre za bistvena dokaza, s katerima Agencija utemeljuje ravno vpliv očitanih ravnanj na trg.(24) Ob tem ne drži očitke o opustitvi navedbe vira pridobitve podatkov o 30-tih največjih oglaševalcih pri tožnici, saj je iz izpodbijane odločbe razvidno, da je slednja upoštevala podatke, pridobljene iz tabel AGB Nielsen. Prav tako ne drži očitke o neupoštevanju vpliva gledanosti, saj iz izpodbijane odločbe jasno izhaja tudi obravnava te predpostavke pri ugotavljanju spornega dejanskega stanja.(25) Glede zatrjevanje temeljne napake izračuna o „pavšalni predpostavki o pridobitvi vseh prihodkov od financiranja s strani 30-tih največjih oglaševalcev s sporno prakso“, pa Vrhovno sodišče opozarja, da s tem tožnica uveljavlja očitke zmotne uporabe materialnega prava, saj je dilema „dejanskega“ učinka izvajanja sporne prakse stvar materialnopravne in ne dejanske presoje. Povedano drugače, dilema dejanskega učinka spornih praks na trg in s tem tudi na izbor „pravilnih predpostavk izračuna iz sporne Tabele 4“ sodi v domeno pravilne uporabe 9. člena ZPOmK-1 oziroma 102. člena PDEU, kar pa Vrhovno sodišče podrobneje obravnava v 32. in 33. točki te obrazložitve.

29. V zvezi s številnimi tožbenimi očitki o zmotni uporabi materialnega prava glede opredelitve spornega ravnanja tožnice kot dejanja zlorabe prevladujočega položaja je pravno neutemeljen argument tožnice o zgolj prilagojenem ravnanju razmeram na trgu oziroma da je „poslovala na enak način kot drugi“ udeleženci upoštevne storitvenega trga.(26) Kot pravilno izhaja iz izpodbijane odločbe je namreč podjetje s prevladujočim položajem podvrženo strožjim kriterijem dopustnosti ravnanja na trgu kot preostali konkurenti, ki takšnega položaja nimajo.(27) Ravno zaradi te posebne odgovornosti na trgu, na katerem prevladuje, je nedopustna tudi zloraba položaja z ravnanjem, ki je drugače sprejemljivo za ostale konkurente, ter tudi, če ni imelo namena po storitvi ravnanja zlorabe. Bistven je namreč učinek njegovega ravnanja na trg.(28) Zatorej (zgolj) z argumentom o prilagajanju svojega ravnanja preostalim konkurentom tožnica ne more uspeti.

30. Poleg tega gre pri zlorabi prevladujočega položaja, prepovedanega z 9. členom ZPOmK-1 in 102. členom PDEU, za objektivni koncept, kar pomeni, da se pri presoji o obstoju zlorabe kot „pogoj“ za vzpostavitev kršitve ne zahteva namen kršitelja, temveč se v vsakokratnih okoliščinah konkretne zadeve presoja učinek spornega ravnanja na trg, z vidika ohranjanja še obstoječe konkurence na trgu oziroma razvoja te konkurence.(29) Razlaga objektivnega koncepta je tako vezana na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ki lahko vpliva na sestavo trga, na katerem pa je prav zaradi njegove prisotnosti raven konkurence oslabiljena. Zato so neutemeljene tožbene navedbe o pravno zmotni opustitvi dokazovanja obstoja izrecnega „namena“ tožnice omejiti konkurenco s spornimi ravnanji, saj namen zlorabe ni nujni pogoj koncepta zlorabe, ki je prepovedana z 9. členom ZPOmK-1 in 102. členom PDEU. Čeprav drži, da so pri ugotavljanju „zlorabe“ zelo koristni neposredni dokazi o obstoju izključevalne strategije, vezane na namerno izključevanje

konkurentov s trga s strani podjetja s prevladujočim položajem, pa ti vendarle za končno odločitev niso potrebni, če iz ostalih relevantnih okoliščin izhaja jasen obstoj kršitve 9. člena ZPOmK-1 in 102. člena PDEU. Razmejitev med dopustnim in nedopustnim delovanjem je namreč v vsakokratnih okoliščinah zadeve odvisna od različnih dejavnikov in od stopnje njihove upoštevnosti,(30) pri čemer pa je ravno za izključne sporazume še posebej značilno, da omogočajo izvajanje močnega konkurenčnega pritiska, saj preko izključne vezave strank že sami po sebi povzročajo učinek preprečevanja vstopa ali širitve konkurenčnih podjetij.(31)

31. Zato je pravilen pristop Agencije, ki je v kontekstu presoje „obstoja zlorabe“ upoštevala močan tržni položaj tožnice, njeno vlogo neizogibnega poslovnega partnerja, dejanske pogoje na upoštevem trgu, individualiziran pristop pri sklepanju ekskluzivnih pogodb, različna merila in pogoje pri odobritvi popustov, dejstvo sklepanja pogodb za eno leto, dolgotrajno obdobje izvajanja sporne poslovne prakse ter odsotnost logične razlage, zakaj naj bi bili le v primeru strankinega pristanka na ekskluzivnost večji popusti pri odkupu oglasnega prostora ekonomsko (stroškovno) utemeljeni. Iz navedenega izhaja, da je bila sporna poslovna praksa tožnice v okoliščinah konkretne zadeve nezdržljiva z bistvenim ciljem zagotovitve nemotene konkurence, saj je iz njenega delovanja jasno izhajal nedopusten cilj omejitve konkurence. Preko glavnega cilja „vezave strank“ je namreč težila le k omejevanju njihove proste izbire pri različnih virih ponudbe in s tem onemogočala dostop na trg drugim ponudnikom. Glede na njen položaj na upoštevem trgu ter posledično njeno „posebno odgovornost“ pa iz izpodbijane odločbe pravilno izhaja zaključek, da je sporno ravnanje imelo relevanten učinek na konkurenčne razmere na trgu. Ker je tožnica oglaševalcem odvzela oziroma bistveno omejila možnost izbire med različnimi ponudniki televizijskega oglaševanja, hkrati pa konkurentom preprečila dostop do trga, je s tem preko izkrivljanja konkurence okrepila svoj prevladujoči položaj. To pa je prepovedano z 9. členom ZPOmK-1 in 102. členom PDEU.(32)

32. Ob tem Vrhovno sodišče opozarja, da iz sodne prakse SEU izhaja, da pri teh oblikah zlorabe prevladujočega položaja (izključnih sporazumih in pogojnih popustih za zvestobo) zadostuje že sklep, da se z ravnanjem podjetja s prevladujočim položajem, ki kaže na zlorabo, skuša omejiti konkurenco oziroma da ima sporno ravnanje lahko tovrstni učinek(33); da zadostuje, da je na podlagi presoje vseh okoliščin konkretne zadeve mogoče sklepati, da je učinek teh praks omejitev ali izključitev konkurence na zadevnem trgu oziroma da je to z njimi mogoče storiti.(34) Zato je neutemeljen tožbeni očitke o zmotni uporabi materialnega prava pri presoji proti-konkurenčnih učinkov spornih izključnih sporazumov.

33. Kot namreč izhaja iz izpodbijane odločbe je Agencija svojo presojo o posledicah spornih sporazumov tožnice na konkurenco pravilno utemeljila na podlagi ugotovitev, vezanih na vpliv ravnanja tožnice na znaten del povpraševanja na trgu, pri čemer je ob upoštevanju vseh okoliščin konkretne zadeve pravilno zaključila, da ima lahko sporno ravnanje relevantni učinek omejitve konkurence.(35) Ker tožnica izhaja iz napačnega izhodišča, da bi Agencija v tej zadevi morala ugotavljati tudi dejanski učinek očitane zlorabe na konkurenčnost relevantnega trga, se izkaže kot pravno neutemeljen njen očitke o „neuporabnosti dokaza Tabele 4“. Z njo je namreč Agencija ustrezno utemeljila (zgolj) „sposobnost izključevanja“ tožnice. Glede opustitve izračuna stroškov (kot ustreznega testa za presojo učinka spornega ravnanja na konkurenco), ki sicer izhaja iz Sporočila Komisije: Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj (v nadaljevanju Navodilo Komisije)(36), pa Vrhovno sodišče opozarja, da Navodilo ni pravno zavezujoče.(37) Zato ni utemeljen očitke o zmotni uporabi materialnega prava zgolj zaradi opustitve delne uporabe tega pravnega vira. Čeprav Vrhovno sodišče ne odreka pravne pomembnosti Sporočilu Komisije, pa vendarle poudarja, da je pri preizkusu materialnega prava vezano na pravno zavezujoče akte EU ter na relevantno sodno prasko SEU.

34. Pri presoji zlorabe prevladujočega položaja preko zahtev o ekskluzivnosti oziroma s ponujanjem pogojnih popustov za zvestobo tudi ni bistveno, katera od pogodbenih strank je zainteresirana za odobritev spornih popustov.(38) Povedano drugače, pravno neupoštevna je obramba tožnice, da je na prakso nedopustnih popustov „pristala“ zaradi izrecne želje oglaševalcev kot ključnih strank pri sklepanju pogodb o zakupu medijskega oglasnega prostora. Pravno neutemeljeno pa je sklicevanje tožnice, da naj bi Agencija v

izpodbijani odločbi ne upoštevala ugovora „stroškovne utemeljenosti“ spornih popustov oziroma drugih ugodnosti,(39) saj, kot je razvidno iz izpodbijane odločbe, je Agencija pravilno upoštevala okoliščino, da so bile cene oziroma popusti, ki so jih prejeli oglaševalci za ekskluzivni delež oglaševanja pri tožnici, zanje občutno ugodnejši v primerjavi z oglaševalci, ki 100-odstotnega deleža niso namenili tožnici.(40) Pravilno pa je Agencija svojo odločitev oprla tudi na strategijo neizogibnega poslovnega „spremljanja oglaševalcev“, ki dodatno utemeljuje proti-konkurenčno naravo spornega sistema popustov.(41)

35. Čeprav tožnica na večih mestih v tožbi navaja, da sklenitev spornih pogodb o zakupu oglaševalskega prostora za obdobje enega leta niti ne more predstavljati relevantne kršitve 9. člena ZPOmK-1 in 102. člena PDEU, temu stališču ni mogoče pritrditi. Kot namreč izhaja iz sodne prakse SEU, sklepanje enoletnih pogodb že lahko predstavlja dovolj dolgo referenčno obdobje, ki preko povečanega pritiska na nasprotno stranko lahko pomembno učinkuje na razmere konkurenčnosti trga.(42) Vrhovno sodišče se zato, glede na vse okoliščine konkretne zadeve, strinja tudi s presojo Agencije, da je enoletno obdobje „vezave“, glede na „enoletno odmero sredstev oglaševalcem“, dovolj dolgo za zaključek o obstoju relevantnega pritiska na oglaševalce oziroma na njihovo sposobnost „neodvisnega“ odločanja. Agencija je pri tem pravilno upoštevala, da so bili sporni popusti praviloma individualizirano dogovorjeni, ne-transparentno dodeljeni(43) ter nenazadnje sklenjeni s tožnico, ki je imela vlogo neizogibnega poslovnega partnerja. S tem v zvezi je iz izpodbijane odločbe sicer razvidno, da je Agencija v okviru materialnopravne presoje pravilno upoštevala tožničin argument neomejenega „prehajanja oglaševalcev“, vendar pa je v izpodbijani odločbi hkrati ustrezno obrazložila, zakaj pri vzpostavitvi obstoja te kršitve zadošča že, da glavšina oglaševalcev oglašuje pri tožnici, oziroma zakaj posamični primeri „prehajanja“ h konkurentom še ne dokazujejo ne-obstoja relevantnega pritiska na oglaševalce za sklepanje pogodb s tožnico. Prav tako ne drži tožničin očitke, da pogodbeni določila o penalih ne predstavljajo „nobenega pritiska na oglaševalce“, saj bi bila drugače njihova vključitev v pogodbe z oglaševalci pravno nepotrebna.

Trajanje kršitve

36. Končno je neutemeljen tožbeni očitke o nepopolni ugotovitvi dejanskega stanja, vezanega na ugotovitev trajanja kršitve. Kot namreč izhaja iz izpodbijane odločbe, je Agencija svojo odločitev o trajanju kršitve „od 1. 1. 2003 dalje“ oprla na listinski dokaz, ki ga tožnica izpodbija zaradi njegove „ne-relevantnosti“, ker naj bi se nanašal na dogovore o ekskluzivnem oglaševanju „televizijske prodaje“, kar naj ne bi bilo zajeto v upoštevnem storitvenem trgu. Vendar, kot to izhaja že iz 16. točke te obrazložitve, tožničino stališče ne drži. Poleg tega iz tožbe ne izhaja obramba tožnice v smeri relevantne opustitve sporne prakse med postopkom nadzora, saj tožnica zgolj pavšalno prereka celoten obstoj očitane prakse. Ker iz izpodbijane odločbe izhaja celovita in sistematična presoja različnih dokazov, logično vezanih na celotno obdobje postopka nadzora, Vrhovno sodišče tudi ta tožničin očitke zavrača kot neutemeljen.

Odločitev o tožbi

37. S tem je Vrhovno sodišče odgovorilo na tiste tožbene navedbe, ki so bile bistvenega pomena za odločitev. Iz njegovih odgovorov izhaja, da je izpodbijana odločba Agencije pravilna in na zakonu utemeljena. Zato je Vrhovno sodišče tožbo kot neutemeljeno zavrnilo (prvi odstavek 63. člena ZUS-1) (I. točka izreka).

Odločitev o stroških postopka

38. Ker je Vrhovno sodišče v tem postopku odločilo le o zakonitosti izpodbijane odločbe (ne pa o pravici, obveznosti ali pravni koristi, to je v sporu polne jurisdikcije), je o stroških postopka odločilo v skladu s četrtem odstavkom 25. člena ZUS-1, in sicer tako, da tožeča stranka sama trpi svoje stroške postopka (II. točka izreka).

Op. št. (1): Glej odločbo Ustavnega sodišča U-I-40/12-31 z dne 11. 4. 2013.

Op. št. (2): Glej 13. in 14. točko obrazložitve odločbe Vrhovnega sodišča v združenih zadevah G 10/2011 in G 13/2011 z dne 11. 6. 2013.

Op. št. (3): Bratina, T., v Grilc, P. in ostali, Komentar Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem (ZPOmK-1), GV Založba, Ljubljana, 2009, str. 317.

Op. št. (4): Glej 34. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča U-I-40/12-31 z dne 11. 4. 2013.

Op. št. (5): Prim. 30. in 32. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča U-I-40/12-31 z dne 11. 4. 2013.

Op. št. (6): Glej obrazložitev sklepa Vrhovnega sodišča G 10/2012 z dne 26. 11. 2013.

Op. št. (7): Glej 199. in 200. točko izpodbijane odločbe.

Op. št. (8): Prim. tudi Kovač, P., Pravica biti slišan v upravnem postopku po slovenski ustavnosodni praksi, Pravniki, št. 3-4, 2013, str. 216.

Op. št. (9): Glej 17. stran izpodbijane odločbe.

Op. št. (10): Glej 24. stran izpodbijane odločbe.

Op. št. (11): Glej predvsem 67 do 68. točko ter 81. točko obrazložitve Povzetka relevantnih dejstev z dne 7. 8. 2012.

Op. št. (12): Direktiva 2010/13/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 10. marca 2010 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju avdiovizualnih medijskih storitev (Direktiva o avdiovizualnih medijskih storitvah), Uradni list EU L 95 z dne 15. 4. 2010, str. 1–24.

Op. št. (13): Glej 169. točko obrazložitve izpodbijane odločbe.

Op. št. (14): Glej 25. stran tožbe in 78. točko izpodbijane odločbe.

Op. št. (15): Glej Odgovor na povzetek relevantnih dejstev z dne 24. 9. 2012, str. 46.

Op. št. (16): Prav tam.

Op. št. (17): Glej 100. točko obrazložitve izpodbijane odločbe.

Op. št. (18): Glej 59. in 60. točko obrazložitve v zadevi 62/86, AKZO Chemie BV proti Komisiji Evropskih skupnosti, Zbirka odločb sodne praskes 1991, str. I-3359.

Op. št. (19): Glej 43. stran tožbe.

Op. št. (20): Glej 47. stran tožbe.

Op. št. (21): Glej 46. stran tožbe.

Op. št. (22): Glej 45. stran izpodbijane odločbe.

Op. št. (23): Glej 50. stran izpodbijane odločbe.

Op. št. (24): Glej 52. stran izpodbijane odločbe.

Op. št. (25): Glej 169. točko obrazložitve izpodbijane odločbe.

Op. št. (26): Primerjaj „Exclusive Purchasing“, v Jones, A., Sufrin, B., EU Competition Law: Text, Cases and Materials (Četrta izdaja), Oxford University Press, Oxford, 2011, str. 419 in nasl.

Op. št. (27): Glej 57. točko obrazložitve v zadevi C-322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin proti Komisiji Evropskih skupnosti, Zbirka odločb sodne prakses 1983, str. 3461.

Op. št. (28): Glej npr. 24. točko obrazložitve v zadevi C-209/10, Post Danmark A/S proti Konkurrencer

Datum zadnje spremembe: 12.02.2015