

POSLOVNI SISTEM MERCATOR D.D.
Dunajska cesta 107
1113 Ljubljana

Komenskega ulica 36
1000 Ljubljana
Slovenija
tel. +386 1 300 76 60
faks +386 1 433 70 98

Ljubljana, 29.11.2011

ZADEVA: KONKURENČNO PRAVNI VIDIKI RAZKRIVANJA NEJAVNIH INFORMACIJ

Spoštovani,

- I. Po dogovoru na sestanku dne 28.11.2011 vas želimo seznaniti z zakonodajo s področja konkurenčnega prava v zvezi s (i) kriteriji, ki jih mora družba Poslovni sistem Mercator d.d. (v nadaljevanju: "**družba Mercator**") upoštevati pri razkrivanju informacij družbi Agrokor d.d. (v nadaljevanju: "**družba Agrokor**") kot svojemu konkurentu in (ii) vplivom javne objave takšnih informacij na konkurenčno pravni položaj.
- II. Pri pripravi tega pregleda smo upoštevali izključno zakonodajo, veljavno na območju Republike Slovenije na dan priprave tega pregleda. Odvetniki naše odvetniške pisarne nismo pooblašteni svetovati po pravu nobene druge države, zato ta pregled ne vključuje pravne analize zgoraj navedenih vprašanj z vidika zakonodaje drugih držav. Glede na to, da družba Mercator in družba Agrokor poslujeta tudi na trgih izven Slovenije, je v zvezi s skladnostjo izmenjave informacij med konkurenti relevantna tudi zakonodaja drugih držav, za katero vam svetujemo, da jo prav tako pravno preverite.
- III. Ta pregled je namenjen izključno konkurenčno pravnemu vidiku izmenjave (razkritja) informacij konkurentom družbe Mercator in ne vsebuje drugih pravnih vidikov oz. morebitnih ovir za razkritje informacij. Take ovire so lahko predvsem (i) določila internih aktov družbe Mercator o razkrivanju informacij, (ii) morebitne pogodbene obveznosti družbe Mercator glede razkrivanja posameznih informacij, (iii) obveznost varovanja poslovnih skrivnosti skladno z 39. členom Zakona o gospodarskih družbah in (iv) obveznosti glede notranjih informacij v skladu z Zakonom o trgu finančnih instrumentov in njegovimi podzakonskimi predpisi. Pri odločanju o tem, katere **informacije bo družba Mercator razkrila**, je treba upoštevati tudi morebitne zgoraj navedene ovire.

- IV. Ta pregled je namenjen izključno družbi Mercator, dovoljujemo pa, da ga družba Mercator razkrije tretjim osebam oz. ga objavi.
- V. Pri pripravi tega pregleda smo upoštevali naslednje predpise:
- (i) Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1, Uradni list Republike Slovenije, št. 36/2008, 40/2009 in 26/2011, v nadaljevanju: "ZPOmK-1");
 - (ii) Pogodba o delovanju Evropske Unije (*the Treaty on the functioning of the European Union*, Uradni list Evropske Unije, št. C 83/1 – prečiščeno besedilo, v nadaljevanju: "PDEU");
 - (iii) Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske Unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju (*the Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union on horizontal co-operation agreements*, Uradni list Evropske Unije, št. C 11/1, v nadaljevanju: "Smernice") in
 - (iv) Smernice OECD z naslovom *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP(2010)37 z dne 11. julija 2011.

Poleg navedenega smo upoštevali tudi naslednji odločbi Urada za varstvo konkurence, ki ste nam jih posredovali, pri čemer nam ni poznana (in posledično v tem pregledu tudi ni upoštevana) ostala dokumentacija v zvezi s predmetnima zadevama pred Uradom za varstvo konkurence:

- (v) odločba Urada za varstvo konkurence št. 306-182/2007-404 z dne 7.5.2009 in
 - (vi) odločba Urada za varstvo konkurence št. 306-178/2007-189 z dne 26.6.2009 v zvezi s sklepom Urada za varstvo konkurence št. 306-178/2007-193 z dne 29.6.2009.
- VI. Pri pripravi tega pregleda nismo opredeljevali upoštevnihi proizvodnih trgov in upoštevnihi geografskih trgov, na katerih poslujeta družba Mercator in družba Agrokor. Določitev upoštevnihi trgov in tržnega položaja udeleženih strank je za konkurenčno pravno analizo bistvenega pomena, vendar razumemo, da ste jo v preteklosti že opravili ter ugotovili, da sta družba Mercator in družba Agrokor pomembna konkurenta na upoštevnihi proizvodnih in geografskih trgih, kjer poslujeta. Ta pregled smo pripravili na podlagi domneve, da ta ugotovitev drži, zato je pri presojanju, katere informacije se (s konkurenčno pravnega vidika) smejo razkriti družbi Agrokor, treba uporabiti relativno strog kriterij.

1. SPLOŠNI TEMELJ OMEJEVANJA RAZKRIVANJA INFORMACIJ KONKURENTOM

6. člen ZPOmK-1 določa, da so prepovedani in nični sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja podjetij (v nadaljevanju: "sporazumi"), katerih cilj ali učinek je preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na ozemlju Republike Slovenije. Zlasti je prepovedano:

- neposredno ali posredno določati nakupne ali prodajne cene ali druge poslovne pogoje;

- omejevati ali nadzirati proizvodnjo, prodajo, tehnični napredek ali naložbe;
- določati v razmerjih z drugimi sopogodbeniki neenake pogoje za primerljive posle, če je s tem sopogodbenik postavljen v konkurenčno slabši položaj;
- za sklenitev pogodbe zahtevati, da sopogodbeniki sprejmejo še dodatne obveznosti, ki po svoji naravi ali glede na trgovinske običaje niso povezane s predmetom te pogodbe;
- razdeliti trg ali vire nabave med udeleženci.

101. člen PDEU, ki vsebuje identično določbo tisti iz 6. člena ZPOmK-1, prav tako določa, da so prepovedani sporazumi, ki preprečujejo, ovirajo ali izkrivljajo konkurenco, in ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami EU. Glede na prakso 101(1). člen PDEU prepoveduje le tiste sporazume, ki opazno preprečujejo ali izkrivljajo konkurenco.

V Sloveniji se po naši vednosti še ni dokončno izoblikovala praksa v zvezi s konkurenčno pravnimi vidiki izmenjave informacij in posledicami takšne izmenjave. Vendar pa obstajajo določene smernice in sodna praksa na nivoju EU, predvsem Smernice in sodna praksa Sodišča Evropske Unije.

V primeru družbe Mercator je treba upoštevati, da je družba Mercator že bila predmet postopka pred Uradom za varstvo konkurence v zvezi z domnevno izmenjavo informacij s konkurenti, zato je strogo spoštovanje konkurenčno pravnih predpisov na tem področju še toliko pomembnejše.

(i) Vpliv izmenjave informacij na učinkovito konkurenco

Izmenjava tržnih informacij lahko vodi do omejevanja učinkovite konkurence na trgu, predvsem takrat, kadar takšna izmenjava informacij omogoči družbam, da se seznani z bodočimi in sedanjimi strategijami svojih tekmecev, poleg tega pa lahko izmenjava informacij predstavlja sporazum v smislu 101(1). člena PDEU. Predmetni člen prepoveduje neposredne in posredne stike med konkurenti, katerih cilj ali učinek je: i) oblikovati konkurenčne pogoje, ki ne štejejo za normalne konkurenčne pogoje na upoštevnem trgu, ob upoštevanju narave ponujenih proizvodov, števila in velikosti podjetij in obsegu upoštevnega trga¹ ali ii) vplivati na ravnanje dejanskih ali potencialnih konkurentov na trgu ali razkriti potek ravnanja, katerega se je odločil sprejeti konkurent, in s tem spodbujati tajno dogovarjanje na trgu.² Posledično lahko torej izmenjava informacij predstavlja prepovedani sporazum, če zmanjšuje strateško negotovost.

Smernice določajo, da ni treba, da oba konkurenta izmenjata informacije; **za ugotovitev prepovedanega sporazuma zadostuje že, da le en konkurent razkrije strateške informacije, drugi konkurent pa takšne informacije prejme.** Razkritje določenih informacij o bodoči politiki družbe lahko zmanjša tržno negotovost za vse udeležene konkurente in poveča tveganje za omejevanje učinkovite konkurence in tajno dogovarjanje.³ Kadar družba

¹ Zadeva C-7/95, *John Deere*, [1998] ECR I-93111, točka 86.

² Zadeve 40/73 in ostale, *Suiker Unie*, [1975] ECR 1663, točka 173 in naslednje.

³ Zadeva C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Mnenje Generalnega pravobranilca Kokotta, [2009] ECR I-4529, točka 54.

prejme strateške podatke od konkurenta, se domneva, da je družba takšne podatke sprejela in le-temu prilagodila svoje ravnanje na trgu, razen če jasno izjavi, da ne želi prejeti takšnih podatkov.

(ii) Glavni konkurenčno pravni vidiki

• Tajno dogovarjanje

Izmenjava strateških informacij lahko vpliva na konkurenčno vedenje družb in vodi do preprečevanja, izkrivljanja in omejevanja učinkovite konkurence na trgu:

- družbe, ki med seboj tekmujejo, lahko dosežejo skupni dogovor o pogojih usklajevanja, ne da bi sklenile izrecni dogovor o usklajevanju, predvsem preko izmenjave strateško pomembnih informacij, kot so informacije o bodočem ravnanju družb;
- izmenjava informacij lahko povzroči zadostno preglednost trga, ki dovoljuje nadzor nad odstopanjem od tajnega dogovarjanja, in tako daje možnost povračilnih ukrepov; tako je tajno dogovarjanje mogoče tudi takrat, ko to v normalnih razmerah brez izmenjave informacij ne bi bilo mogoče oziroma izmenjava informacij ohranja že obstoječi tajni dogovor trden; ali
- izmenjane informacije lahko omogočijo konkurenčnim družbam nadzor, kje in kdaj bo konkurent vstopil na trg oziroma izmenjane informacije omogočajo ciljno usmeritev na podjetje, ki šele vstopa na trg.

• Proti konkurenčno omejevanje dostopa do trga

Izmenjane informacije lahko vodijo k proti konkurenčnemu omejevanju dostopa na isti trg ali na povezani trg. To je mogoče le tedaj, ko je posredovana informacija izjemnega strateškega pomena in zadeva občuten del upoštevne trga.

• Omejevanje konkurence kot cilj izmenjave informacij

Vsaka informacija, ki je izmenjana s ciljem omejiti konkurenco na trgu, se šteje kot namerno omejevanje konkurence. Izmenjava informacij o bodočem ravnanju družbe lahko vodi do tajnega dogovarjanja, predvsem kadar se nanaša na ceno in količino, saj se upravičeno domneva, da se izmenjava informacij glede prihodnjega ravnanja ne izvaja z namenom spodbujanja konkurence, kot je lahko primer pri izmenjavi trenutnih informacij.

• Omejevalni učinki na konkurenco

Učinki izmenjave informacij se ugotavljajo za vsak primer posebej, vendar pa mora izmenjava informacij škodljivo vplivati na vsaj enega od parametrov učinkovite konkurence kot so cena, obseg proizvodnje, kakovost proizvoda, raznolikost proizvodov, inovativnost, ipd., da bi se lahko štelo, da gre za omejevalne učinke na konkurenco v smislu 101(1). člena PDEU.

(iii) Značilnosti trga in značilnosti izmenjave informacij

Omejevalni učinki na konkurenco se ocenjujejo na podlagi prvotnih pogojev na trgu in na podlagi ugotovitve, kako je izmenjava informacij vplivala na takšne prvotne pogoje na trgu. Treba je torej preučiti značilnosti trga, na katerem je potekala izmenjava informacij, in tip informacij, ki so bile izmenjane.

a) Značilnosti trga

Da bo prišlo do tajnega dogovarjanja, je verjetneje takrat, kadar je trg dovolj pregleden⁴, zgoščen⁵, nezapleten⁶, stabilen⁷ in simetričen⁸. Pri tem pa lahko izmenjava informacij tudi vpliva na značilnosti trga in ga tako naredi bolj občutljivega na tajno dogovarjanje s povečevanjem preglednosti, zmanjševanjem zahtevnosti, blaženjem nestabilnosti in nadomeščanjem asimetrije.

b) Značilnosti izmenjave informacij

Morebitno omejevanje konkurence zaradi izmenjave informacij med konkurenti je v pretežnem delu odvisno od značilnosti informacij, ki si jih izmenjajo konkurenti. Katere so ključne značilnosti informacij, ki jih je treba upoštevati pri konkurenčno pravni presoji, ali razkritje posamezne informacije konkurentu lahko omeji konkurenco na trgu, določajo Smernice, skladno s katerimi so pomembne naslednje značilnosti.

• Strateške / ne-strateške informacije

Izmenjava strateških informacij med konkurenti, t.j. informacij, ki omogočajo (boljše) razumevanje strategije poslovanja konkurentov in s tem zmanjšujejo strateško negotovost na trgu, verjetneje omejuje konkurenco kot izmenjava drugih vrst informacij. Kot najpomembnejše strateške informacije štejejo informacije o cenah in količinah oz. v zvezi z njimi ter informacije o stroških in povpraševanju oz. v zvezi z njimi.

⁴ Prej obstoječa raven preglednosti je odvisna od števila udeležencev na trgu in narave poslov (razpon poslov gre od javnih poslov do zaupnih dvostranskih poslov). Izmenjava informacij lahko vpliva na raven preglednosti, torej poveča preglednost trga in tako omeji negotovost glede prihodnjega strateškega ravnanja konkurentov in strateških spremenljivk konkurence, kot so cene, obseg proizvodnje, povpraševanje, stroški, ipd. Takšne informacije lahko družba uporabi za ugotavljanje ravnanja konkurentov, da se doseže tajni dogovor na upoštevem trgu. Večja preglednost trga lahko nadalje vpliva na ostale značilnosti trga in povzroči tajno dogovarjanje.

⁵ Močni oligopoli z manj družbami so lahko bolj dojemljivi za tajno dogovarjanje, saj je v takšnih razmerah lažje nadzirati morebitna odstopanja.

⁶ Izmenjava informacij poveča preglednost trga in tako še dodatno omogoča nadzor in usklajevanje med družbami, ki drugače ne bi bila mogoča. Poleg tega lahko izmenjava informacij zmanjša zahtevnost tržnega okolja, v bolj preprostih tržnih okoljih pa je tajno dogovarjanje lažje zaradi olajšanega nadzora nad odstopanji.

⁷ Izmenjava informacij poveča stabilnost trga in tako omogoča trajnostno tajno dogovarjanje, saj obstoj ovir povzroči, da reakcije zunanjih akterjev sedanjih ali bodočih konkurentov in potrošnikov ne ogrozijo pričakovanih rezultatov tajnega dogovarjanja.

⁸ Tajno dogovarjanje je mogoče na simetričnem trgu, na katerem so konkurenti usklajeni glede stroškov, povpraševanja, tržnih deležev, obsega proizvodov, zmogljivosti, ipd. Ne glede na to pa izmenjava informacij z omogočanjem seznanitve z razlikami med konkurenti lahko omogoči tajno dogovarjanje tudi na trgih, na katerih konkurenti niso tako usklajeni.

- **Pokritost trga**

Izmenjava informacij med konkurenti bo imela verjetneje omejevalni učinek na konkurenco v primerih, kadar družbe, ki so vključene v izmenjavo informacij, pokrivajo dovolj velik del upoštevne trga. Opredelitev pojma "dovolj velik del upoštevne trga" je v pretežni meri odvisna od vsakega posameznega primera ter vrste informacij, ki si jih izmenjajo konkurenti.

- **Zbirni / posamezni podatki**

Izmenjava posameznih podatkov o določeni družbi omogoča boljše razumevanje strategije poslovanja takšne družbe ter s tem zmanjšuje konkuriranje med družbami na trgu in neodvisnost posamezne družbe pri sprejemanju strateških odločitev o poslovanju. Nasprotno je manj verjetno, da bi povzročila omejevalne učinke na konkurenco izmenjava zbirnih podatkov, t.j. podatkov, iz katerih je težko izluščiti podatke o posamezni družbi.

- **Starost podatkov in pogostost izmenjave informacij**

Kdaj so posamezni podatki dovolj stari, da njihovo razkritje konkurentom (verjetno) ne bo imelo omejevalnih učinkov na konkurenco, je odvisno od (i) značilnosti posameznega upoštevne trga (predvsem pogostosti pogajanj o cenah, stabilnosti in preglednosti trga), (ii) narave podatkov, (iii) zbiranja in (iv) pogostosti izmenjave informacij. Splošno gledano je manj verjetno, da bi manj pogosta izmenjava informacij vplivala na konkurenco na trgu⁹.

- **Javne / nejavne informacije**

Pri izmenjavi informacij, ki so (glede na strošek dostopa) enako dostopne vsem konkurentom in potrošnikom (t.i. javnih informacij), je malo verjetno, da bi takšna izmenjava lahko predstavljala kršitev 101(1). člena PDEU oz. 6. člena ZPOmK-1.

- **Javna / nejavna izmenjava informacij**

Dejstvo, da se informacije izmenjajo javno, zmanjšuje verjetnost, da bi takšna izmenjava informacij lahko pomenila omejevanje konkurence. Ne glede na to pa ni mogoče v celoti izključiti možnosti, da bi v določenih primerih tudi javno izmenjevanje informacij lahko imelo negativne učinke na konkurenco.

(iv) Izjeme

Za predmetni primer po našem mnenju ne pridejo v poštev nobene skupinske izjeme, prav tako pa morebitne kršitve ne bi mogle biti izvzete kot omejitve majhnega pomena, saj tržni deleži družbe Agrokor in družbe Mercator verjetno presegajo pragove oziroma kriterije za presojo sporazumov majhnega pomena.

⁹ Možnosti, da bi enkratna izmenjava informacij med konkurenti lahko pomenila omejevanje konkurence, kljub temu ni mogoče izključiti.

Na podlagi standarda upravičenih razlogov za kršitve so lahko izvzeti sporazumi, ki bi sicer bili prepovedani po ZPOmK-1 oz. 101. členu PDEU, vendar prispevajo k izboljšanju proizvodnje ali razdelitve dobrin ali pospešujejo tehnični in gospodarski razvoj, pri tem pa zagotavljajo potrošnikom pravičen delež doseženih koristi. Toda ti sporazumi ne smejo:

- nalagati udeležnim podjetjem omejitev, ki niso nujne za doseganje navedenih ciljev in
- dajati udeležnim podjetjem možnosti, da bi izključila konkurenco glede znatnega dela proizvodov ali storitev, ki so predmet sporazuma.

Glede na to, da se v Sloveniji po naši vednosti še ni razvila ustrezna praksa glede izjem v zvezi z izmenjavo informacij, se tudi tu sklicujemo na Smernice.

Izmenjava informacij lahko vodi k povečanju učinkovitosti,¹⁰ kljub temu pa ne sme dati udeležnim podjetjem možnosti, da bi izključila konkurenco glede znatnega dela proizvodov, ki so predmet sporazuma. Izmenjava informacij mora prav tako izpolniti tudi druge pogoje; ne sme nalagati udeležnim podjetjem omejitev, ki niso nujne za doseganje navedenih ciljev, mora zagotavljati potrošnikom pravičen delež doseženih koristi in ne sme vsebovati informacij, ki presegajo spremenljivke, pomembne za povečanje koristi. Večinoma izmenjava informacij glede bodočega ravnanja, predvsem glede cen in količine, ni nujna za doseganje navedenih ciljev.

Glede na zgoraj navedeno določene informacije, predvsem tiste o bodočem ravnanju družbe Mercator, ne bi mogle biti izvzete iz uporabe 101(1). člena PDEU in 6. člena ZPOmK-1 ter škodljivih vplivov na učinkovito konkurenco z izmenjavo informacij na tak način ne bi bilo mogoče izničiti.

2. KONKURENČNO PRAVNI KRITERIJI ZA DOLOČITEV INFORMACIJ, KI JIH DRUŽBA MERCATOR NE SME RAZKRITI KONKURENTOM

Odločilni kriterij pri odločanju, katere informacije se s konkurenčno pravnega vidika ne smejo razkriti konkurentom družbe Mercator, je glede na Smernice dejstvo, **ali gre za strateške informacije, t.j. informacije, ki konkurentom kakorkoli razkrivajo (sedanjo ali bodočo) poslovno strategijo družbe Mercator.** Splošno gledano je skladno s Smernicami treba pri odločanju o tem, katere informacije se ne smejo razkriti konkurentom, kot strateške opredeliti naslednje informacije (navedene po vrstnem redu pomembnosti):

- **informacije o cenah** (npr. informacija o dejanskih cenah, popustih, rabatih, (načrtovanih) zvišanjih in znižanjih cen);
- **informacije o količinah** (npr. zmogljivosti, prometu);
- **informacije o stroških** (npr. stroški proizvodnje, investicij, oglaševanja, itd.);

¹⁰ Povečanje učinkovitosti je lahko doseženo s primerjanjem najboljših praks in oblikovanjem notranjega sistema spodbud. Izmenjava informacij pomaga družbam preusmeriti se na trge z velikim povpraševanjem ali pa prenesti proizvodnjo na družbo z nizkimi stroški proizvodnje, s čimer se omogoči zmanjšanje stroškov ali zmanjšanje količine proizvodov na trgu z nizkim povpraševanjem. S spremljanjem preteklega vedenja strank pa je tudi mogoče ugotoviti, kateri potrošniki predstavljajo manjše tveganje in bi imeli koristi od nižjih cen.

- **informacije o povpraševanju** (npr. informacije o prometu, prodaji);
- **informacije o kupcih;**
- **informacije o kakovosti in**
- **informacije o strategijah, investicijah, tehnologijah, programih razvoja in raziskav ter rezultatih takšnih programov.**

V vsakem primeru skladno s Smernicami **družba Mercator svojim konkurentom ne sme razkriti informacij, povezanih s predvidenimi prihodnjimi cenami in količinami, vključno z informacijami o prihodnji prodaji, tržnem deležu, trgu in prodaji določenim skupinam kupcev.**

Poleg zgoraj navedenega je pri določanju informacij, ki se bodo razkrile konkurentom, pomembno upoštevati starost posamezne informacije. Pri tem je glede na Smernice pomembna pogostost pogajanj o cenah v sektorjih, v katerih poslujeta družba Mercator in družba Agrokor. Glede na Smernice je (upoštevaje navedeni vidik starosti informacij) pomembno, da **družba Mercator ne razkriva informacij, ki bi razkrile trenutne strateške informacije družbe Mercator in/ali informacij, iz katerih bi bilo mogoče ugotoviti strategijo poslovanja družbe Mercator v prihodnosti.**

Ne glede na zgoraj navedeno pa glede na Smernice družba Mercator načeloma sme razkriti **(že) javne informacije, t.j. informacije, ki so že dostopne konkurentom in potrošnikom,** saj je malo verjetno, da bi razkritje takšnih informacij imelo omejevalne učinke na konkurenco na trgu in s tem morebitne negativne posledice za družbo Mercator.

3. JAVNA OBJAVA INFORMACIJ IZ TOČKE 2 ZGORAJ

Razkritje informacij iz točke 2 zgoraj javnosti po našem mnenju zmanjšuje možnost, da bi takšna izmenjava informacij pomenila kršitev prepovedi omejevanja konkurence iz 101(1). člena PDEU oz. 6. člena ZPOmK-1. Ob tem pa je treba opozoriti, da tudi s takšnim javnim razkritjem informacij ni mogoče v celoti vnaprej izključiti možnosti, da bo takšno ravnanje imelo omejevalne učinke na konkurenco.

Zato vam s konkurenčno pravnega vidika priporočamo, da informacije, za katere boste presodili, da jih smete razkriti, javno objavite in s tem naredite dostopne tudi ostalim.

V kolikor imate v zvezi z zgoraj navedenim kakšno koli dodatno vprašanje ali potrebujete dodatna pojasnila, nam to prosimo sporočite.

Vljudno pozdravljeni,

Odvetniki Šelih & partnerji, o.p., d.o.o.

mag. Nataša Pipan Nahtigal