

POJEM VRATARJEV PO AKTU O DIGITALNIH TRGIH IN PODJETIJ Z IZJEMNIM POMENOM NA VEČ TRGIH PO GWB - STIČIŠČA IN RAZLIKE

ROK DACAR

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
rok.dacar@um.si

Prispevek analizira koncept vratarjev po Aktu o digitalnih trgih in podjetij z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, po 19.a členu nemškega Zakona proti omejevanju konkurence (GWB). Tako Akt o digitalnih trgih kot določila 19.a člena GWB predstavljajo primer asimetrične regulacije, torej vrste regulacije, ki uvaja strožje obveznosti za podjetja z večjo tržno močjo. Akt o digitalnih trgih vključuje kvantitativne in kvalitativne kriterije za določitev vratarjev, ki imajo pomembno vlogo na trgu in upravljajo jedrne platformne storitve. Določba 19.a člena GWB se osredotoča na podjetja z izjemnim pomenom na več trgih in omogoča prepoved določenih ravnanj brez potrebe po dokazovanju kršitve konkurenčnih pravil. Prispevek obravnava tudi potencialno kolizijo med obema aktoma.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.5.2024.1](https://doi.org/10.18690/um.pf.5.2024.1)

ISBN
978-961-286-931-1

Ključne besede:

Akt o digitalnih trgih,
nemški Zakon o
preprečevanju omejevanja
konkurence,
konkurenčno pravo,
podjetja z izjemnim
pomenom,
ki sega na več trgov,
vratari

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.p.f.5.2024.1](https://doi.org/10.18690/um.p.f.5.2024.1)

ISBN
978-961-286-931-1

THE CONCEPT OF GATEKEEPERS UNDER THE DIGITAL MARKETS ACT AND UNDERTAKINGS OF PARAMOUNT SIGNIFICANCE FOR COMPETITION ACROSS MARKETS IN THE GWB - INTERSECTIONS AND DIFFERENCES

ROK DACAR

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor Slovenia
rok.dacar@um.si

Keywords:
digital markets act,
german competition act,
competition law,
undertakings of paramount
significance for competition
across markets,
gatekeepers

The article analyzes the concept of gatekeepers under the Digital Markets Act and companies that are of paramount importance in several markets according to Section 19a of the German Act Against Restraints of Competition (GWB). Both the Digital Markets Act and the provisions of Section 19a GWB represent examples of asymmetric regulation, meaning a type of regulation that imposes stricter obligations on companies with greater market power. The Digital Markets Act includes both quantitative and qualitative criteria for identifying gatekeepers that play a significant role in the market and operate core platform services. The provision of Section 19a GWB focuses on companies with exceptional significance across multiple markets and allows for the prohibition of certain behaviors without the need to prove a violation of competition rules. The article also addresses the potential conflict between the two acts.



1 Uvod

Uredba (EU) 2022/1925 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. septembra 2022 o tekmovalnih in pravičnih trgih v digitalnem sektorju in spremembi direktiv (EU) 2019/1937 in (EU) 2020/1828¹ (Akt o digitalnih trgih) je v evropski pravni red uvedla obsežen režim *ex-ante* regulacije ravnanj podjetij, ki so klasificirana kot vratarji. Podobno tudi relevantna določila novega 19.a člena nemškega Zakona proti omejevanju konkurence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB) veljajo zgolj za podjetja, ki imajo »izjemen pomen, ki presega zgolj pomen za posamezni trg« (Überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb). Akt o digitalnih trgih in 19.a člen GWB sta instrumenta asimetrične regulacije, ki sta bila oblikovana z namenom omejiti ravnanja največjih podjetij, ki delujejo na digitalnih trgih. Ta prispevek podrobneje analizira koncept »vratarjev« ter podjetij z »izjemnim pomenom, ki sega na več trgov.«

Prispevek za uvodom v drugem poglavju navaja nekatere najpomembnejše značilnosti Akta o digitalnih trgih in 19.a člena GWB ter oba akta umesti v obstoječi sistem varstva tržne konkurence, v tem oziru pa tudi opredeli pojem asimetrične (ekonomske) regulacije. V tretjem in četrtem poglavju analizira pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, da je posamezno podjetje klasificirano za »vratarja« po Aktu o digitalnih trgih in za podjetje, ki ima »izjemen pomen, ki sega na več trgov« po 19.a členu GWB. Na tem mestu prispevek prav tako opredeli najpomembnejše razlike in podobnosti med obema institutoma. V petem poglavju so analizirane možnosti kolizij med določbami Akta o digitalnih trgih in GWB, šesto poglavje pa ponuja sintezo najpomembnejših ugotovitev.

2 Nekateri temeljni koncepti

2.1 Asimetrična regulacija

Kot je že bilo izpostavljeno, sta Akt o digitalnih trgih in 19.a člen GWB instrumenta asimetrične regulacije. Asimetrična regulacija ima domovinsko pravico v Združenih državah Amerike, kjer je bila prvič oblikovana v osemdesetih letih prejšnjega stoletja

¹ UL L 265, 12. 10. 2022, strani 1–66.

v procesu razbitja telekomunikacijskega velikana AT&T na več manjših podjetij,² v Evropski uniji (EU) pa je posebno vidno vlogo odigrala pri liberalizaciji telekomunikacijskega sektorja v devetdesetih letih. Asimetrična regulacija, nasprotno kot simetrična, ne določa enakih pravil za vse tržne udeležence, pač pa slednje diferencira, običajno glede na tržno moč regulirancev. To v praksi pomeni, da imajo podjetja z večjo tržno močjo več regulatornih obveznosti (oziroma so le-te strožje) kot podjetja z manjšo tržno močjo. Asimetrična regulacija z relativizacijo določenih tržno relevantnih asimetrij slednja podjetja poskuša postaviti v položaj, ki je primerljiv položaju podjetij z večjo tržno močjo. Kot primer gre navesti že omenjeno liberalizacijo telekomunikacijskega sektorja, kjer so bila zgolj podjetja z večjo tržno močjo naslovniki obveznosti po omogočanju dostopa do telekomunikacijskega omrežja, ki so ga imela v oblasti, manjšim podjetjem, ki so želela prodreti na trg. Kritiki asimetrične regulacije izpostavljajo predvsem, da je zaradi nje trg celokupno manj učinkovit, saj omogoča, da na njem obstanejo podjetja, ki so ekonomsko neučinkovita in bi iz trga morala izpasti.³ Nasprotno pa predstavlja simetrična regulacija pristop k regulaciji trga, pri katerem se enaka pravila in zahteve uporabljajo za vse udeležence na trgu, ne glede na njihovo velikost, tržni delež ali specifične značilnosti. Pristop simetrične regulacije temelji na načelu enakopravnosti in meri v zagotovitev enakih pogojev poslovanja za vse tržne akterje. Simetrična regulacija se pogosto uporablja na področjih, kjer je potrebno za vse ponudnike storitev uporabljati enake standarde glede kakovosti storitev, cenovne politike, varstva potrošnikov in drugih vidikov poslovanja.

2.2 Akt o digitalnih trgih

Namen Akta o digitalnih trgih, ki je pričel veljati 12. 10. 2022, je »zagotoviti tekmovalne in pravične (digitalne, op. a.) trge«. ⁴ Obveznosti, ki jih določa akt, veljajo le za podjetja, ki so po njem klasificirana za »vratarje.« Obveznosti so določene v 5. in 6. členu ter so po naravi tako pozitivne (vratarji so zavezani k določenim pozitivnim ravnanjem, na primer omogočati dostop do določenih informacij) kot tudi negativne (vratarji se morajo določenih ravnanj vzdržati, na primer pri razvrščanju zadetkov ne smejo lastnih storitev obravnavati ugodneje od konkurenčnih). Obveznosti iz 6. člena je mogoče podrobneje določiti z izvedbenim

² Montero, 2019, stran 186.

³ Prav tam, stran 188.

⁴ Peti odstavek 1. člena Akta o digitalnih trgih.

aktom Evropske komisije.⁵ Za izvrševanje akta je pristojna izključno Evropska komisija, ki lahko podjetju »vratarju« za kršitev obveznosti naloži kakršnekoli ravnalne ali strukturne ukrepe, pri čemer mora upoštevati načelo sorazmernosti.⁶ Administrativne globe, ki jih lahko po aktu izreče Evropska komisija, so razmeroma visoke. Za posamezno kršitev je tako mogoče izreči globo v višini do 10 % letnega prometa, za sistematično kršenje določil Akta o digitalnih trgih pa globo v višini 20 % letnega prometa.

2.3 Analiza 19.a člen GWB

GWB je krovni nemški zakon za področje preprečevanje omejevanja poštene tržne konkurence. Obravnava različne oblike omejevanja konkurence, vključno s karteli, zlorabo prevladujočega položaja in nadzorom združitvev podjetij. Cilj GWB je zagotoviti učinkovito konkurenco, ki koristi potrošnikom, inovacijam in gospodarski rasti. Digitalnim trgom ga je pomembno prilagodil 10. amandma iz leta 2021, ki je nekoliko dopolnil 19. člen (prepovedana ravnanja podjetja s prevladujočim položajem), in vključil nov (in inovativen) 19.a člen, na podlagi katerega je mogoče podjetjem z »izjemnim pomenom, ki sega na več trgov« prepovedati določena ravnanja, brez da bi bilo potrebno predhodno dokazati kršitev konkurenčnih pravil.⁷

2.4 *Ex-ante* in *ex-post* regulacija

Ex-ante in *ex-post* regulacija sta dva pristopa k nadzoru in urejanju tržnih dejavnosti. *Ex-ante* regulacija se nanaša na preventivne ukrepe, ki jih regulatorji uvedejo pred pojavom morebitnih težav na trgu, tipično se vrši v obliki sektorske regulacije. Ta pristop vključuje oblikovanje pravil, ki jih morajo podjetja upoštevati, da bi se izognila negativnim posledicam za konkurenco ali potrošnike. Cilj *ex-ante* regulacije je preprečiti nastanek tržnih zlorab in zagotoviti pošteno konkurenco že od samega začetka. Nasprotno pa *ex-post* regulacija pomeni intervencijo po tem, ko je nek položaj (na primer zloraba prevladujočega položaja) že nastopil. Regulatorji nastali nezakoniti položaj nato sankcionirajo z izrekom raznih sankcij, najpogosteje upravnih glob, lahko pa tudi raznih strukturnih ukrepov. *Ex-post* regulacija se torej

⁵ Drugi odstavek 8. člena Akta o digitalnih trgih.

⁶ Prvi odstavek 18. člena Akta o digitalnih trgih.

⁷ Botta, 2021, stran 205.

nanaša predvsem na odpravo nezakonitih stanj. Izpostaviti pa je potrebno, da ima tudi *ex-post* regulacija določeno mero *ex-ante* učinka. Podjetja namreč svoja ravnanja usmerjajo na način, da se izognejo kršitvam pravil *ex-post* regulacije in iz tega izhajajočih posledic.

V določenih primerih se lahko ukrepi *ex-post* regulacije uporabijo tudi za doseg ciljev, ki so načeloma v domeni *ex-ante* regulacije, kar se dogaja predvsem v primerih, ko so relevantni sektorji oziroma trgi premajhni za uvedbo pravil *ex-ante* regulacije oziroma je slednja iz drugih razlogov nemogoča ali neučinkovita. Tako je na primer Evropska komisija v zadevi *ENI*⁸ z uporabo doktrine nujne zmožljivosti v bistvu zasledovala cilj liberalizacije trga prenosa zemeljskega plina v Italiji.⁹

3 Pojem vratarja

3.1 Splošno

Vratarji so po Aktu o digitalnih trgih podjetja, ki »imajo znaten vpliv na notranji trg, zagotavljajo jedrno platformno storitev, so pomembna vstopna točka, prek katere poslovni uporabniki dosežejo končne uporabnike, ter imajo pri izvajanju svojih dejavnosti utrjen in trajen položaj ali se predvideva, da bodo tak položaj imela v bližnji prihodnosti.«¹⁰ Akt o digitalnih trgih taksativno našteva jedrne platformne storitve, ki jih predstavljajo spletne posredniške storitve, spletni iskalniki, spletne storitve družbenega mreženja, storitve platform za izmenjavo videov, medosebne komunikacijske storitve, neodvisne od številke, operacijski sistemi, spletni brskalniki, virtualni pomočniki, storitve računalništva v oblaku, storitve spletnega oglaševanja, vključno z oglaševalskimi omrežji, oglaševalskimi izmenjavami in vsemi drugimi oglaševalskimi posredniškimi storitvami, ki jih zagotavlja podjetje, ki zagotavlja katero koli jedrno platformno storitev.¹¹ Določene so taksativno, če torej podjetje ne nudi katere od njih, ne more biti vratar.

⁸ Zadeva COMP/39.315.

⁹ Za več glej Merlino in Faella, 2013, strani 524 in 525.

¹⁰ Prvi odstavek 3. člena Akta o digitalnih trgih.

¹¹ Določba 2. točke 2. člena Akta o digitalnih trgih.

3.2 Kvalitativni in kvantitativni kriterije za določitev vratarjev

Akt o digitalnih trgih vsebuje kvalitativne in kvantitativne kriterije za določitev vratarjev. Vratar je tako podjetje, ki:

- »ima znaten vpliv na notranji trg, zagotavlja jedrno platformno storitev;
- je pomembna vstopna točka, prek katere poslovni uporabniki dosežejo končne uporabnike;
- ima pri izvajanju svojih dejavnosti utrjen in trajen položaj ali se predvideva, da bo tak položaj imelo v bližnji prihodnosti.«¹²

Nadalje se predpostavlja, da je podjetje vratar, če:

- »v vsakem od zadnjih treh poslovnih let ustvari letni promet v EU, ki je enak ali višji 7,5 milijarde EUR ali kadar njegova povprečna tržna kapitalizacija ali njegova enakovredna pravična tržna vrednost v zadnjem poslovnem letu znaša najmanj 75 milijard EUR in isto jedrno platformno storitev zagotavlja v najmanj treh državah članicah;
- če zagotavlja jedrno platformno storitev, ki ima v zadnjem poslovnem letu vsaj 45 milijonov mesečno aktivnih končnih uporabnikov, ki imajo sedež ali se nahajajo v EU, in vsaj 10.000 letno aktivnih poslovnih uporabnikov s sedežem v EU, če so bile zadevne mejne vrednosti dosežene v vsakem od zadnjih treh poslovnih let.«

Vratarji so torej podjetja, digitalni velikani, ki so preko jedrnih platformnih storitev, ki jih ponujajo in s katerimi upravljajo, nujen posrednik med ponudbo in povpraševanjem. Preko teh istih platformnih storitev pa pogosto ponujajo tudi lastne storitve. Imajo torej dvojno vlogo, po eni strani podjetjem ponujajo dostop do jedrne platformne storitve, po drugi strani pa s tem istim podjetjem tekmujejo pri trženju storitev na tej isti platformi. Vratarji imajo posledično pogosto ekonomski interes po tem, da iz jedrnih platformnih storitev tekmece izključijo ali pa njihove storitve ponujajo pod slabšimi pogoji kot lastne. Tipičen primer takšnega ravnanja, ki sicer ni bilo sankcionirano po Aktu o digitalnih trgih, ker ta takrat še ni veljal, je

¹² Prvi odstavek 3. člena Akta o digitalnih trgih.

ravnanje podjetja Alphabet (upravljalec spletnega brskalnika Google), ki je lastne storitve primerjalnega oglaševanja obravnavalo bolj ugodno kot konkurenčne, in ki ga je Splošno sodišče obravnavalo v zadevi *Google Shopping*.¹³ Podjetje Alphabet in tudi druga podjetja so spletno platformo Google Search uporabljali za plasiranje zadetkov za storitve primerjalnega oglaševanja. Podjetje Alphabet za razvrščanje zadetkov na spletnem brskalniku Google Search uporablja algoritem Panda, ki slednje razvršča po izvirnosti. Bolj izvorni zadetki se prikažejo višje na seznamu zadetkov, manj izvorni pa nižje. Za storitve primerjalnega oglaševanja je značilno, da so neizvirne, saj imajo zelo malo novih vsebin, pač pa po naravi stvari povečini zgolj povzemajo druge vsebine. Podjetje Alphabet je algoritem Panda prilagodilo na način, da je zadetke, ki so vodili do njihove storitve primerjalnega oglaševanja Froogle, prikazovalo višje na seznamu zadetkov in na ta način zlorabilo prevladujoči položaj.

3.3 Obveznosti vratarjev in izvajanje določil Akta o digitalnih trgih

Vratarje s sklepom imenuje Evropska komisija. Ko je podjetje enkrat imenovano za vratarja, mora slediti relativno strogim obveznostim, ki so tako storitvene kot tudi opustitvene narave. Te obveznosti niso v celoti inovativne, pač pa v obliko *ex-ante* regulacije pretaplajo tudi nekatere pomembne odločitve Evropske komisije in nacionalnih agencij za varstvo konkurence držav članic. Med drugim vključujejo obveznosti omogočiti odstranitev predhodno nameščenih programov, prepoved kopičenja podatkov (t. i. data hoarding)¹⁴ in prepoved samopreferiranja.¹⁵ Izvrševanje določil Akta o digitalnih trgih je v izključni pristojnosti Evropske

¹³ Zadeva T-612/17, Google in Alphabet proti Komisiji, ECLI:EU:T:2021:763. Trenutno je zadeva pod opr. št. C-48/22 P v postopku pred Sodiščem EU.

¹⁴ Kopičenje osebnih podatkov svojih uporabnikov je s sklepom v zadevi B6-22 obravnavala nemška Agencija za varstvo konkurence. Podjetje Meta (tedaj še Facebook) je kopičilo osebne podatke svojih uporabnikov na način, da so slednji, če so želeli uporabljati družabno omrežje Facebook, bili prisiljeni privoliti v splošne pogoje uporabe, ki so podjetju Facebook omogočali obširno zbiranje osebnih podatkov. Ker za družabno omrežje Facebook ni bilo ne dejanskih in ne potencialnih substitutov, je to pomenilo, da so potrošniki bili prisiljeni v zadevne pogoje pristači, če so želeli uporabljati družabna omrežja vobče. Na podlagi pristanka potrošnikov v splošne pogoje uporabe je nato podjetje Facebook zbiral osebne podatke potrošnikov, ki so jih ustvarili z aktivnostmi na družabnih omrežjih Facebook, Instagram ter aplikacijah WhatsApp in Oculus, pa tudi na nekaterih spletnih straneh, katerih upravljalci so imeli s podjetjem Facebook podpisan poseben dogovor o posredovanju podatkov. Vse to je podjetju Facebook omogočilo izdelavo izjemno natančnih profilov posameznih uporabnikov, ki jih je nato tržilo na trgu ponujanja storitev ciljanega oglaševanja. Nemška Agencija za varstvo konkurence je zaključila, da je podjetje Facebook z zadevnim ravnanjem poseglo v pravico potrošnikov do varstva osebnih podatkov. Ker pa je bil takšen poseg mogoč edinole zaradi prevladujočega položaja podjetja na trgu družabnih omrežij, je hkrati predstavljal tudi zlorabo prevladujočega položaja. Po dolgotrajnem pritožbenem postopku je Sodišče EU v zadevi *Meta Platforms* (C-252/21, Meta Platforms in drugi, ECLI:EU:C:2023:537) pritrdilo vsem bistvenim točkam, ki jih je izpostavila nemška Agencija za varstvo konkurence. Za več o tem glej Dacar, 2023a.

¹⁵ Za več glej 5. in 6. člen Akta o digitalnih trgih.

komisije. Slednja je v septembru 2023 imenovala prvih šest vratarjev, in sicer podjetja Apple, Microsoft, Alphabet, Amazon, Meta in ByteDance (podjetje, ki upravlja spletno platformo TikTok). »Zadevna podjetja upravljajo skupno s šestimi posredniškimi platformami (Google Play, Google Shopping, Google Maps, Meta Marketplace, Amazon Marketplace ter iOS App Store), štirimi družabnimi omrežji (Facebook, LinkedIn, Instagram in TikTok), tremi storitvami za dostavo oglasov, tremi operacijskimi sistemi (Microsoft Windows, IOS in Google Android), dvema spletnima brskalnikoma (Google Chrome in IOS Safari), dvema storitvama za medosebno komuniciranje brez odvisnosti od številke (WhatsApp in Facebook Messenger), platformo za deljenje video vsebin YouTube in enim spletnim iskalnikom (Google).^{16, 17} Dne 13. maja 2024 je Evropska komisija kot vratarja imenovala še podjetje Booking, ki upravlja s spletno platformo Booking.com.¹⁸ Ta omogoča rezervacije nastanitev in drugih potovalnih storitev. Poleg tega ponuja rezervacije letov, najem avtomobilov, prevoze z letališč in turistične dejavnosti. Zadevna platforma deluje kot posrednik med ponudbo (na primer ponudniki hotelskih nastanitev) in povpraševanjem (na primer turisti, ki iščejo nastanitev). Klavzule največjih ugodnosti, ki jih je zadevno podjetje vsiljevalo podjetjem, ki so želela svoje storitve oglaševati na platformi Booking.com, so sicer leta 2015 že bile tarča koordiniranih postopkov francoske, italijanske in švedske agencije za varstvo konkurence,¹⁹ torej še preden je veljal Akt o digitalnih trgih, ki je prepoved tovrstnega ravnanja tudi kodificiral. Na tem mestu je pomembno poudariti še, da se podjetje, ki izpolnjuje kvantitativne pogoje imenovanja za vratarja, temu še vedno lahko izogne, če uspe dokazati, da ne izpolnjuje tudi kvalitativnih pogojev. Tako je Evropska komisija na primer zaključila, da upravljalci platformnih storitev Outlook, Gmail in Samsung Internet Browser, namreč podjetja Microsoft, Alphabet in

¹⁶ Pomembno je razlikovati med spletnimi iskalniki in spletnimi brskalniki. Spletni brskalnik je programska oprema, ki omogoča prikazovanje spletnih strani in vsebin, podpira različne spletne tehnologije in standarde ter omogoča shranjevanje zaznamkov, zgodovine brskanja in drugih podatkov. Med spletne brskalnike spadajo na primer Google Chrome, Mozilla Firefox, Microsoft Edge in Safari. Nasprotno pa je spletni iskalnik spletna storitev, ki omogoča iskanje informacij s pomočjo ključnih besed ali fraz, prikazovanje rezultatov glede na ustreznost in priljubljenost ter pogosto vključuje dodatne funkcionalnosti, kot so zemljevidi, novice in slike. Med znane spletne iskalnike spadajo Google, Bing, Yahoo in DuckDuckGo. Skratka, medtem ko brskalnik omogoča dostop in interakcijo z določenimi spletnimi stranmi, iskalnik pomaga uporabnikom najti specifične informacije na spletu.

¹⁷ Dacar, 2023, strani 16 in 17.

¹⁸ Evropska komisija je nadalje pričela tudi s preiskavo trga glede potencialnega položaja jedrne platformne storitve družabnega omrežja X (prej Twitter).

¹⁹ In sicer odločba *Autorité de la concurrence* pod opr. št. 15-D-06; odločba *Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato* pod opr. št. 1779 B; odločba *Konkurrensverket* pod opr. št. 596/2013.

Samsung, v zvezi z njimi nimajo statusa vratarjev, saj kljub izpolnjevanju kvantitativnih pogojev ne izpolnjujejo kvalitativnih pogojev.²⁰

4 Izjemen pomen, ki sega na več trgov po 19.a členu GWB

4.1 Pojem izjemnega pomena, ki sega na več trgov

Določba 19.a člena je v GWB vključila institut podjetja z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov. Po prvem odstavku 19.a člena se pri presoji, ali ima neko podjetje izjemen pomen, ki sega na več trgov, upošteva predvsem ali:

- ima na enem ali več trgih prevladujoči položaj;
- je finančno močno ali ima dober dostop do finančnih sredstev;
- je vertikalno integrirano;
- ima dostop do konkurenčno relevantnih podatkov;
- je pomemben posrednik med ponudbo in povpraševanjem in kot takšen pomembno vpliva na poslovanje tretjih podjetij.

Iz zakonske diktacije, da se pri presoji obstoja izjemnega pomena, ki sega na več trgov, upoštevajo »predvsem« določene okoliščine, izhajajo, da seznam ni taksativen, pač pa eksemplifikativen. Pri zadevnih presojah se posledično lahko upoštevajo tudi drugi faktorji oziroma značilnosti podjetja. Izjemnega pomena, ki sega na več trgov, tudi ne gre enačiti s prevladujočim položajem, ki je od njega neodvisen koncept. To pomeni, da v zvezi z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, tudi ne pride v poštev sodna praksa s področja zlorabe prevladujočega položaja, nadalje pa v postopkih ne bo potrebe po opredelitvi upoštevanih trgov.²¹ Pri imenovanju podjetja za podjetje, ki ima izjemen pomen, ki sega na več trgov, bo nujno, da bo slednje prisotno vsaj na dveh trgih (obstoj še tako močnega prevladujočega položaja zgolj na enem trgu torej ne zadošča). Skupen vpliv delovanja na več trgih pa mora biti posebna tržna moč podjetja in iz nje izhajajoča možnost, da pomembno vpliva na njihov razvoj. Poudariti gre, da lahko imajo izjemen pomen, ki sega na več trgov, tudi podjetja, ki delujejo na »nedigitalnih« trgih, čeprav je to manj verjetno.²² Dejansko je namreč bil

²⁰ Dacar, 2023, strani 16 in 17.

²¹ Botta, 2021, stran 502.

²² Nasprotno pa Akt o digitalnih trgih velja zgolj za tista podjetja, ki izvajajo vsaj eno od taksativno naštetih jedrnih platformnih storitev.

19.a člen v GWB vključen z namenom zagotovitve dodatnega instrumenta pri spopadanju s tržno močjo t. i. digitalnih oziroma tehnoloških velikanov – zanje se pogosto uporablja akronim MAAAN, sestavljen iz začetnic podjetij Meta, Apple, Amazon, Netflix in Google oziroma Alphabet.²³ Iz značilnosti digitalnih trgov namreč izhaja, da se izjemen pomen po 19.a členu GWB najpogosteje pojavlja prav v povezavi z njimi. Nadalje o tem priča tudi dosedanja praksa nemške Agencije za varstvo konkurence, ki je za podjetja z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, imenovala na primer podjetja Amazon, Apple, in Alphabet.²⁴

4.2 Posledice imenovanja za podjetje z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov

Ko nemška Agencija za varstvo konkurence določeno podjetje imenuje za podjetje z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, mu na tej podlagi lahko prepove določena ravnanja, na primer dajanje prednosti lastnim ponudbam pri prikazu zadetkov (samopreferiranje); preprečevanje oziroma oteževanje oglaševanja drugim podjetjem; povezovanje uporabe ene ponudbe podjetja z avtomatsko uporabo druge ponudbe podjetja, ki ni potrebna za prvo, brez da bi uporabnikom zagotovili zadostne možnosti izbire glede okoliščin in načina uporabe druge ponudbe; pogojevanje uporabe ene ponudbe podjetja z uporabo druge ponudbe podjetja; zavračanje ali oteževanje interoperabilnosti izdelkov ali storitev ali prenosljivosti podatkov; zahtevanje raznih ugodnosti za obravnavo ponudb drugega podjetja, ki niso v ustreznem sorazmerju z razlogom za zahtevo; procesiranje konkurenčno relevantnih podatkov, pridobljenih od drugih podjetij, za druge namene, kot so potrebni za zagotavljanje lastnih storitev tem podjetjem, brez da bi tem podjetjem zagotovili zadostne možnosti izbire glede okoliščin, namena in načina procesiranja, in drugo.²⁵

Pomembno je izpostaviti, da nemška Agencija za varstvo konkurence zadevnih ukrepov ni dolžna izreči, pač pa ima zgolj to možnost. To pomeni, da lahko v primeru, ko je podjetje bilo imenovano za podjetje z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, izreče le tiste ukrepe, ki so najbolj nujni oziroma najbolj relevantni, ne pa tudi drugih. Podjetje se bo posledično dolžno ravnati zgolj po izrečenih ukrepih.

²³ V tej zvezi glej tudi: Bauermeister, 2022, strani 75–102.

²⁴ Podrobnejši seznam poda Jungermann, 2022, strani 133 in 134.

²⁵ Za več omejitev glej GWB, drugi odstavek 19.a. člena.

Drugače je v primeru Akta o digitalnih trgih, kjer mora podjetje, ki je bilo imenovano za vratarja, avtomatično slediti vsem pozitivnim in negativnim obveznostim iz 5. in 6. člena. Skratka, imenovanje za podjetje z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, je po 19.a členu GWB zgolj predpostavka za to, da se določeni ukrepi lahko izrečejo, ni pa nujno da se tudi bodo. Nasprotno pa imenovanje za vratarja po Aktu o digitalnih trgih za podjetje avtomatično pomeni tudi obveznost slediti vsem zahtevam Akta o digitalnem trgu. Nadalje je izjemnega pomena tudi dejstvo, da za imenovanje za podjetje z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, nemški Agenciji za varstvo konkurence ni potrebno dokazati, da je podjetje kršilo določbe GWB (ali kakšnega drugega zakona). Po 19.a členu GWB je podjetje za vratarja torej mogoče imenovati zgolj na podlagi kvalificirane nevarnosti, ki jo podjetje zaradi svojega tržnega položaja na več trgih predstavlja za pošteno tržno konkurenco na relevantnih trgih. Imenovanje podjetja za vratarja po Aktu o digitalnih trgih oziroma za podjetje z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, torej predstavlja preventivni ukrep, ki meri v to, da do določenih konkurenčno-pravno neželenih ravnanj v prvi vrsti sploh ne bo prišlo.

5 Vprašanje kolizije med določili 19.a člena GWB in Akta o digitalnih trgih

Akt o digitalnih trgih in 19.a člen GWB naslavljata podobna ravnanja podobnih podjetij, namreč različne načine omejevanja konkurence preko zlorabe položaja upravljalca spletnih posredniških storitev. Leta 2021, ko je bil sprejet 19.a člen GWB, možnosti za kolizijo med obema aktoma še ni bilo. Akt o digitalnih trgih namreč še ni bil sprejet, zaradi kompleksnih interakcij različnih interesov v okviru evropskega zakonodajnega postopka pa je bilo tudi vprašljivo ali sploh bo, in če da, v kakšni obliki. Danes je položaj nekoliko drugačen. Akt o digitalnih trgih je pričel veljati, kar lahko vodi do kolizije med njim in 19.a členom GWB. Očitno se torej postavi vprašanje, kako ravnati v položaju, kjer bi isto podjetje kršilo tako določila Akta o digitalnih trgih kot tudi določila 19.a člena GWB. Akt o digitalnih trgih v petem odstavku 1. člena določa, da »države članice ne smejo nalagati nadaljnjih obveznosti na podlagi zakonov, uredb ali upravnih ukrepov, katerih namen je zagotoviti tekmovalne in pravične trge,« v šestem odstavku 1. člena pa, da Akt o digitalnih trgih »ne posega v uporabo 101. in 102. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije²⁶

²⁶ UL C 326, 26. 10. 2012, strani 47–390.

(PDEU).²⁷« Potrebno je torej razločevati med dvema vrstama položajev, namreč med položaji, v katerih ima nek nacionalni ukrep obliko *ex-ante* regulacije (dikcija akta je zakoni, uredbe ali upravni ukrepi), in položaji, v katerih ima obliko *ex-post* regulacije (Akt o digitalnih trgih navaja 101. in 102. člen PDEU). Če ima nek nacionalni ukrep naravo *ex-post* regulacije, ga je možno uporabiti hkrati z določili Akta o digitalnih trgih. Tako bi lahko bilo isto ravnanje istega podjetja hkrati obravnavano kot kršitev obveznosti po Aktu o digitalnih trgih pred Evropsko komisijo in kot na primer zloraba prevladujočega položaja pred nacionalno agencijo za varstvo konkurence. Če gre za nacionalno urejanje v okviru *ex-ante* regulacije, njegova sočasna uporaba s pravili Akta o digitalnih trgih ni mogoča. V takšnem primeru bo po načelu primarnosti in skladno s petim odstavkom 1. člena Akta o digitalnih trgih imela prednost uporaba njegovih določil. Vse to nas pripelje do bistvenega vprašanja, namreč, ali predstavlja 19.a člen GWB določilo *ex-ante* ali *ex-post* regulacijo. Pretežni del teorije²⁸ meni, da je zadevni člen instrument *ex-ante* regulacije, čeprav ni sektorsko specifičen. Uporaba določil 19.a člena GWB sočasno z določili Akta o digitalnih trgih torej ni mogoča.

6 Zaključek

Prispevek obravnava nekatere temeljne značilnosti položaja vratarja po Aktu o digitalnih trgih in podjetja z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, po 19.a členu GWB. Oba tozadevna akta predstavljata primer asimetrične regulacije, torej oblike regulacije, ki regulatorne obveznosti diferencira glede na tržno moč regulirancev (ali kakšen drug kriterij), in se v tem pomembno razlikuje od simetrične regulacije, ki za vse regulirance uvaja enotna pravila. Asimetrična regulacija je posebno primerno orodje za urejanje tržnih razmer na trgih, kjer so prisotne močne asimetrije, ki jih ni mogoče odpraviti zgolj s formalno izenačitvijo položaja vseh tržnih akterjev (na primer visoke vstopne ovire, monopolistična ozka grla in podobno).

Akt o digitalnih trgih vsebuje številne pozitivne in negativne obveznosti, ki jim morajo slediti podjetja, ki jih Evropska komisija imenuje za vratarje, v primeru kršitev teh obveznosti pa je mogoč izrek visokih glob in tudi kakršnihkoli strukturnih ukrepov. Za podjetja, ki so vratarji, je značilno, da zaradi svojega obvladovanja

²⁷ Določba 101. člena PDEU prepoveduje dogovore med podjetji, ki omejujejo konkurenco, na primer kartele, 102. člen pa prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja.

²⁸ Na primer Nagel in Hilmer, 2021, strani 327–332; Zimmer in Göghsl, 2021, strani 29–61.

jedrnih platformnih storitev predstavljajo vezni člen med ponudbo in povpraševanjem. Izključna oblast nad jedrnimi platformnimi storitvami pa jim omogoča izključitev podjetij iz trgov na način, da jim onemogočijo dostop do potrošnikov. Podjetja, ki jedrne platformne storitve obvladujejo, imajo pogosto izrazit ekonomski interes za takšno ravnanje, saj preko jedrnih platformnih storitev potrošnikom ponujajo tudi lastne storitve. Akt o digitalnih trgih vsebuje natančno določene kvantitativne in kvalitativne kriterije, ki se uporabljajo pri imenovanju podjetij za vratarja. Če pa podjetje izpolnjuje zgolj kvantitativne kriterije, se razglasitvi za vratarja lahko izogne, če uspe dokazati, da hkrati ne izpolnjuje tudi kvalitativnih kriterijev. Do sedaj so za vratarje bila razglašena nekatera izmed največjih svetovnih podjetij, ki delujejo na digitalnih trgih, na primer Apple, Microsoft, Meta in druga.

Ravnanja tehnoloških velikanov z institutom podjetja, ki ima izjemen pomen, ki sega na več trgov, zamejuje tudi 19.a člen GWB, ki je bil v zadevni zakon vključen z 10. amandmajem leta 2021. Čeprav so teoretično na njegovi podlagi za podjetja z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, lahko imenovana tudi podjetja, ki delujejo na nedigitalnih trgih, pa to v praksi ni slučaj. Tako so za podjetja z izjemnim pomenom, med drugim, bila razglašena podjetja Amazon, Apple in Alphabet. Instituta podjetja z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, ne gre enačiti s prevladujočim položajem, posledično pa relevantnost izgubi tudi sodna praksa s tega področja. Izjemen pomen podjetja po 19.a členu GWB se presoja na podlagi pomensko odprtih kriterijev (zakon sam niti ne ponuja taksativnega, pač pa le eksemplifikativen seznam). Takšna podjetja pa morajo biti prisotna na več trgih (vsaj na dveh), skupen vpliv močnih in stabilnih tržnih položajev (čeprav ne nujno prevladujočih) pa jim daje poseben vpliv, ki ga lahko izkoristijo za enostransko določanje tržnih pogojev na relevantnih trgih.

Da je podjetje imenovano za vratarja po Aktu o digitalnih trgih ali za podjetje z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov po 19.a členu GWB, ni potrebno, da je zagrešilo kršitev pravil konkurenčnega prava (ali kakšne druge pravne panoge). Zadošča že njegova moč, iz katere izhaja posebno kvalificirana nevarnost za učinkovito tržno konkurenco. Medtem ko z razglasitvijo za vratarja podjetje avtomatično začnejo zavezovati vsa določila Akta o digitalnih trgih, pa je imenovanje za podjetje z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov, zgolj procesna predpostavka,

da lahko nemška Agencija za varstvo konkurence po prosti presoji izreče eno ali več omejitev, ki jih predvideva 19.a člen GWB.

Ker Akt o digitalnih trgih in tudi 19.a člen GWB načeloma regulirata ista ravnanja istih podjetij, lahko med obema aktoma pride do kolizije. Akt o digitalnih trgih sam vsebuje določila, ki takšen položaj naslavlja. Po slednjih je mogoče Akt o digitalnih trgih uporabljati vzporedno z nacionalnimi ukrepi *ex-post* regulacije, ne pa tudi *ex-ante* regulacije. V takem primeru je potrebno prednost dati določilom Akta o digitalnih trgih. Ker določila 19.a člena GWB predstavljajo instrument *ex-ante* regulacije, jih ni mogoče uporabljati hkrati z določili Akta o digitalnih trgih, pač pa je potrebno prednost dati slednjim. To pa seveda le v položaju, ko gre za isto ravnanje istega podjetja.

Literatura

- Botta, M. (2021) Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: uno, nessuno e centomila. *Journal of European Competition Law and Practice*, 12(7), strani 500–512.
- Dacar, R., (2023) Imenovanje podjetij »vratarjev« po Aktu o digitalnih trgih. *Pravna praksa*, 42(40/41), strani 16–17.
- Dacar, R., Meje konkurenčnega prava in ciljano oglaševanje v praksi nemške Agencije za varstvo konkurence. V: Repas, M. (2023a) Dileme sodobnega oglaševanja: Izbrane teme (Maribor: Univerzitetna založba Univerze v Mariboru).
- Botta, M. (2021) Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: uno, nessuno e centomila. *Journal of European Competition Law and Practice*, 12(7), strani 500–512.
- Bauermeister, T. (2022) Section 19a GWB as the German 'Lex GAFA' - Lighthouse Project or Superfluous National Solo Run? *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 15(26), strani 75–102.
- Jungermann, S. (2022) The Digital Markets Act and the Applicability of National Competition Law: § 19a of the German Competition Act. *Competition Law and Policy Debate*, 7(3), strani 130–136.
- Merlino, P. in Faella, G. (2013) Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance Under EU Competition Rules. *World Competition*, 36(4), strani 513–539.
- Montero, J. J. (2019) Asymmetric Regulation for Competition in European Railways. *Competition and Regulation in Network Industries*, 20(2), strani 184–201.
- Nagel, S. M. in Hilmer, K. (2021) Die 10. GWB-Novelle - Update für die Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft. *Der Betrieb*, 74(7), strani 327–332.
- Zimmer, D. in Göhls, J. F. (2021) Vom New Competition Tool zum Digital Markets Act: Die geplante EURegulierung für digitale Gatekeeper. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 19(1), strani 29–61.

Summary

The article analyses the ex-ante regulatory framework introduced by the EU Digital Markets Act (DMA) and Article 19a of the German Competition Act (GWB), both of which target large digital market players with significant market power. The DMA imposes strict obligations on gatekeepers.

These are defined as companies with a significant impact on the internal market that provide central platform services as critical gateways for business customers to reach end customers and that have an established and sustainable market position or are likely to achieve such a position in the near future. The DMA imposes both positive (e.g. the provision of information) and negative (e.g. the prohibition of preferential treatment of own services) obligations on gatekeepers, which are exclusively enforced by the European Commission, which can impose fines of up to 20% of annual turnover for systematic infringements. Article 19a of the GWB, which was introduced in 2021, enables the Federal Cartel Office to prohibit certain types of behaviour by companies that are of paramount importance in several markets without having to prove a violation of competition law. The criteria for classification under Article 19a include market dominance, financial strength, vertical integration, access to competition-relevant data and an intermediary role that has a significant influence on third-party companies. In contrast to the DMA, Article 19a of the GWB does not automatically impose all obligations but allows the Federal Cartel Office to adjust the prohibitions as required. Both sets of rules represent asymmetric regulation, in which stricter rules apply to more powerful market participants, in contrast to symmetric regulation, which imposes uniform rules on all market participants regardless of their market power. Asymmetric regulation, which has its origins in the breakup of AT&T in the 1980s and was prominently used in the EU during the liberalization of the telecommunications sector, differentiates regulatory obligations according to market power and thus levels the playing field for smaller competitors. The article also discusses the qualitative and quantitative criteria for the designation of gatekeepers under the DMA, such as an annual turnover of at least €7.5 billion in the EU or a market capitalization of at least €75 billion, as well as the requirement to offer core platform services in at least three EU member states and to serve at least 45 million monthly active end users and 10,000 annually active business customers. These criteria ensure that only the largest and most influential digital platforms are classified as gatekeepers. In contrast, Article 19a of the GWB adopts a broader, non-exhaustive set of criteria focusing on the overall impact of a company across multiple markets, without the strict financial thresholds of the DMA. In addition, the article addresses potential conflicts between the DMA and Article 19a of the GWB, noting that the DMA prevents Member States from imposing additional obligations aimed at ensuring competitive and fair markets unless such national measures constitute ex-post regulation. As Article 19a of the GWB is largely regarded as an ex-ante regulatory instrument, its simultaneous application with the DMA is likely to be excluded, so that the provisions of the DMA take precedence.

O avtorju

Dr. Rok Dacar je asistent na PF Univerze v Mariboru. Diplomiral in magistriral je na PF Univerze v Ljubljani ter na College of Europe, doktoriral pa na PF Univerze v Mariboru. Je avtor številnih znanstvenih in strokovnih prispevkov, ki so bili objavljeni v domačih in tujih revijah. Opravil je pravniški državni izpit

Dr. Rok Dacar is an assistant at the Faculty of Law, University of Maribor. He obtained his bachelor's and master's degrees from the Faculty of Law, University of Ljubljana, and the College of Europe, and earned his doctorate at the Faculty of Law, University of Maribor. He is the author of numerous scientific and professional articles that have been published in domestic and international journals. He has passed the bar exam.