

Povprečni izogibni stroški kot izhodišče za analizo roparskih cen v konkurenčnem pravu EU

MARTINA REPAS

Povzetek

Prispevek obravnava roparske (predatorske) cene kot cenovno strategijo, pri kateri podjetje oblikuje izjemno nizke cene (pod stroški) s ciljem izključitve konkurentov s trga, ki predstavlja eno izmed oblik zlorabe prevladujočega položaja po členu 102 PDEU. Avtorica analizira različne poglede na to tematiko, smiselnost oblikovanja tovrstnih cen in sodno prakso v EU. Prav tako analizira njeno ureditev v Navodilih Komisije glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj, ki je za izhodišče ugotovitve obstoja nezakonitih roparskih cen postavilo povprečne izogibne stroške in dolgoročne povprečne mejne stroške. Avtorica opozori tudi na razlike med ureditvijo v ZDA in EU. Analiza tovrstnih ravnanj v EU namreč kaže na odmik od ureditve oz. prakse v ZDA, med drugim zato, ker kot predpostavko za obstoj roparskih cen in s tem za zlorabo prevladujočega položaja ne zahteva tudi možnosti pokritja izgube, ki jo je podjetje imelo z oblikovanjem roparskih cen, v prihodnosti.

Ključne besede: • roparske cene • povprečni izogibni stroški • povprečni skupni stroški • povprečni variabilni stroški • dolgoročni povprečni mejni stroški • Areeda-Turner test • zloraba prevladujočega položaja

KONTAKTNI NASLOV: Dr. Martina Repas, izredna profesorica, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: martina.repas@uni-mb.si

ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2012 LeXonomica (Maribor)

UDK: 339.137:061.1EU

JEL: A12, K21, L13

Na svetovnem spletu dostopno na <http://www.lexonomica.com>

Average Avoidable Costs as the Starting-point of the Predatory Pricing Analysis in EU Competition Law

MARTINA REPAS

Abstract

Article deals with predatory pricing as a price strategy, under which an undertaking charges extremely low prices (below costs) with the intent to exclude competitors from the market. Therefore, predatory pricing can lead to abuse of dominant position which is prohibited under Article 102 TFEU. Authoress analyses different views on the subject matter, reasonableness of such pricing strategy and EU case law. She also analyses the regulation of predatory pricing in the Commission's Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertaking, which sets the average avoidable costs and long-run incremental costs as the starting-point of the illegal predatory pricing. She also points to the differences between USA and EU regulation. The analysis of predatory pricing in the EU reveals deviation from the regulation and practice recognised in the USA, especially considering that under EU regulation the requirement of recoupment of losses is not a condition of finding the abuse of dominant position.

Keywords: • predatory pricing • average avoidable costs • average total costs • average variable costs • long-run average incremental costs • Areeda-Turner test • abuse of dominant position

CORRESPONDENCE ADDRESS: Dr. Martina Repas, associate professor, Faculty of Law, University of Maribor, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenia, e-mail: martina.repas@uni-mb.si

ISSN 1855-7147 Print / 1855-7155 On-line © 2012 LeXonomica (Maribor)

UDC: 339.137:061.1EU

JEL: A12, K21, L13

Available on-line at <http://www.lexonomica.com>

1. Uvod

Podjetja se v praksi poslužujejo različnih cenovnih praks, od oblikovanja oz. zaračunavanja diskriminatornih cen, pretirano visokih cen, roparskih (predatorskih) cen ali pa se z drugimi podjetji celo dogovarjajo o cenah, ki jih bodo zaračunavala v prihodnosti. Slednje je prepovedano že v okviru člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije¹ (v nad.: PDEU), saj gre v takih primerih za t. i. cenovne kartele. V okviru člena 102 PDEU pa so prepovedane tudi druge cenovne prakse s protikonkurenčnim učinkom, ki jih izvaja podjetje s prevladujočim položajem (npr. diskriminatorne cene, pretirano visoke cene itd.).

Predmet tega prispevka ni analiza navedenih cenovnih praks po členu 101 PDEU, ampak zgolj analiza roparskih ali predatorskih cen v luči člena 102 PDEU, torej določbe, ki prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja podjetja. Roparske ali predatorske cene pomenijo začasno zaračunavanje posebno nizkih cen z namenom pridobivanja dobička na dolgi rok z izključitvijo konkurentov, preprečitvijo vstopa potencialnih konkurentov ali discipliniranjem tekmecev s sprejemanjem manjšega tržnega deleža (Rousseva, 2010: 133; gl. tudi Faull, Nikpay, 2007: 373; Mestmäcker, Schweitzer, 2004: 435). To torej pomeni, da podjetje ne oblikuje visokih, pač pa izjemno nizke cene, s katerimi želi izriniti konkurente s trga. Seveda pa po dosegu tega namena nato občutno zviša cene, da s tem nadomesti oz. pokrije izgubo iz obdobja začasnega zaračunavanja nizkih cen.

Velik problem pri oceni zakonitosti teh izjemno nizkih cen je povezan s težavnostjo razlikovanja med znižanjem cen zaradi učinkovitega delovanja podjetja in znižanjem cen kot rezultata roparskih cen, katerih namen je omejitev konkurentov in nato izkoriščanje potrošnikov (Rousseva, 2010: 133). Podjetje namreč lahko ima (tudi občutno) nižje cene od konkurentov zaradi učinkovitosti (ekonomija obsega, ekonomija povezanosti itd.). Nizke cene, ki jih podjetje lahko oblikuje zaradi obstoja učinkovitosti, seveda ne morejo pomeniti zlorabe prevladujočega položaja. To pa ne velja za nizke cene, katerih namen je izključitev konkurentov in izkoriščanje potrošnikov. Nizke cene s tem namenom se smatrajo za nevarne konkurenci. Že dalj časa sta zakonodajata in sodna praksa v Združenih državah Amerike (v nad.: ZDA) obsojali začasna znižanja cen, zlasti v primerih, ko so take cene oblikovala podjetja z znatnim tržnim deležem. Ekonomska analiza teh praks pa se je pričela leta 1970 z objavo dela dveh pripadnikov harvardske šole *Areeda P.* in *Turner D.*, ki sta predlagala na stroških osnovan test za oceno predatorstva, pri tem pa sta za osnovo postavila mejne stroške podjetja oz. povprečne

¹ UL C 83, 30.3.2010, str. 47.

variabilne stroške kot njihov najboljši nadomestek. To delo je imelo izjemen vpliv na ameriško sodno prakso (predvsem nižjih sodišč) in akademsko razmišljanje o tem vprašanju. V zvezi z oceno roparskih cen je bila pomembna tudi čikaška šola, ki pa je zavzela stališče, da so roparske cene iracionalna strategija, ki jo podjetja redko uporabljajo. V EU se je to vprašanje v praksi Sodišča prvič pojavilo leta 1991 v zadevi *AKZO proti Komisiji*.² Do leta 1991 so bili v ZDA že predmet diskusije mnogi testi in modeli, Vrhovno sodišče ZDA pa je v zadevi *Matsushita Electric Industrial CO v Zenith Radio Corp.*³ že dalo prednost čikaškemu modelu. Glede na to ni bilo nobene potrebe po inventivnosti in izvirnosti s strani Sodišča, je pa res, da je bila potrebna izbira testa, ki bi najbolje ustrezal evropski konkurenčni kulturi in politiki konkurence (Rousseva, 2010: 134).

Namen prispevka je predstaviti problematiko roparskih cen kot ene od zlorab prevladujočega položaja, ki je v konkurenčnem pravu prepovedana. Roparske cene se sicer v praksi pretirano pogosto ne pojavljajo, na kar kaže že sama ekonomska logika, pa tudi praksa. Se pa pri oblikovanju teh cen pojavljajo zanimiva vprašanja, prav tako pa so zanimivi tudi različni pristopi glede obravnavanja te tematike v ZDA in EU. Prispevek najprej kratko predstavi pojem roparskih cen in njihovo problematiko v luči člena 102 PDEU, nato pa navaja in analizira vrsto stroškov, ki so pomembni za ugotovitev, kdaj oz. v katerih primerih lahko zaračunavanje roparskih cen pomeni zlorabo prevladujočega položaja. V tem okviru se postavljajo številna vprašanja, kot so: kako ugotoviti, kdaj so cene roparske in kdaj so še določene v skladu s pravili konkurenčnega prava, kateri test je najbolj ustrezen za oceno opredelitve cen kot roparskih, ali se pri oceni tega mora upoštevati tudi izključevalna namera podjetja s prevladujočim položajem in ali se za ugotovitev obstoja zlorabe prevladujočega položaja v primeru zaračunavanja roparskih cen kot predpostavka zahteva tudi možnost kasnejšega pokritja izgube, ki jo je podjetje s prevladujočim položajem imelo v času zaračunavanja roparskih cen. V nadaljevanju prispevka so predstavljeni različni pristopi dojemanja roparskih cen skozi čas, na koncu pa še prikaz in analiza njihovega obravnavanja v praksi Sodišča in Navodilih glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj⁴ (v nad.: Navodila), ki jih je sprejela Komisija EU in ki so pravni akt z nezavezujočim učinkom, kar pa še zdaleč ne pomeni, da niso pomembna ali relevantna.

² Zadeva C-62/86, *AKZO proti Komisiji*, ZOdl. 1991, str. I-3359.

³ Primer 475 US 574, 106 S Ct 1348.

⁴ UL C 45, 24.2.2009, str. 7–20.

2. Roparske cene v luči člena 102 PDEU

Člen 102 PDEU prepoveduje kot neskladno z notranjim trgom vsako zlorabo prevladujočega položaja enega ali več podjetij⁵ na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu, ki ima učinek na trgovino med državami članicami EU.⁶ Pri tem člen 102 PDEU ne definira pojma zlorabe. Sodišče je zadevi *Hoffmann La Roche proti Komisiji*⁷ navedlo, da je zloraba objektivni pojem, ki se nanaša na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ki je tak, da vpliva na strukturo trga, na katerem je, zaradi prisotnosti prevladujočega podjetja, stopnja konkurence že oslABLJENA. Člen 102 PDEU namesto definicije pojma zlorabe zgolj primeroma navaja posamezne primere zlorab prevladujočega položaja.

Tako se za zlorabo štejejo zlasti: neposredno ali posredno določanje nepoštenih prodajnih ali nakupnih cen ali drugi nepošteni pogoji trgovanja, omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega razvoja, ki je v škodo potrošnikom, uporaba neenakih pogojev na enake transakcije z drugimi pogodbenimi strankami, kar jih postavlja v konkurenčno slabši položaj, in sklepanje pogodb pod pogojem, da druga pogodbeni stranka sprejme dodatno obveznost, ki po svoji naravi ali gospodarski uporabi nima nobene povezave s predmetom te pogodbe. Da so primeri zlorab, ki jih člen 102 PDEU navaja, navedeni zgolj primeroma, izhaja že iz besede »zlasti«. Da je temu dejansko tako, pa kaže tudi praksa Komisije in Sodišča, ki je kot primere zlorab štela tudi ravnanja, ki niso izrecno navedena v tem členu. Tudi roparskih cen člen 102 PDEU izrecno ne našteva med primeri zlorab, našteva pa določanje nepoštenih cen, s čimer naj bi bile predvsem mišljene izkoriščevalske, pretirano visoke cene, ne pa tudi cene z izključevalnim učinkom, kot so denimo roparske cene (gl. Glöckner, Bruttel, 2010: 424). Čeprav bi – po drugi strani – lahko rekli, da so tudi te cene lahko nepoštene. Vprašanje njihove vključenosti med nepoštene cene v členu 102 PDEU pa je v bistvu brezpredmetno glede na že zgoraj omenjeno primeroma navajanje zlorab prevladujočega položaja.

⁵ Glede na to razlikujemo med posamičnim in skupnim oz. kolektivnim prevladujočim položajem. V slednjem primeru ima več ekonomsko neodvisnih podjetij skupaj prevladujoč položaj, pri čemer pa med njimi obstajajo vezi ali pogoji na trgu, zaradi katerih lahko ravnajo kot kolektivna enota (gl. npr. združene zadeve T-68/89, 77/89 in 78/89, *Società Italiano Vetro proti Komisiji*, ZOdl. 1992, str. II-1403, zadevo C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports proti Komisiji*, ZOdl. 2000, str. I-1365, zadevo T-102/96, *Gencor proti Komisiji*, ZOdl. 1999, str. II-753, in zadevo T-324/99 *Airtours proti Komisiji*, ZOdl. 2002, str. II-2585).

⁶ Glede učinka na trgovino med državami članicami EU gl. Obvestilo o vplivu na trgovino med državami članicami EU, ki ga je izdala Komisija EU (UL C 101, 27.4.2004, str. 81–96).

⁷ Zadeva 85/76, *Hoffmann La Roche & Co AG proti Komisiji*, ZOdl. 1979, str. 461, tč. 91.

Iz člena 102 PDEU izhaja, da imajo določena podjetja – to so podjetja s prevladujočim položajem – posebno odgovornost pri nastopanju na trgu. Tako npr. ne smejo ravnati na način, ki je sicer dopusten za podjetja na trgu, ki takega položaja ne uživajo. Razlog je v tem, da je na trgu, kjer ima podjetje prevladujoč položaj, konkurenca zaradi prisotnosti takega podjetja že tako oslABLJENA. Naj dodamo tudi, da prevladujoč položaj (enako velja tudi za monopolni položaj) ni prepovedan. Tisto, kar konkurenčno pravo prepoveduje, je zloraba takega položaja. Za ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja je seveda izjemno pomembna temeljna predpostavka zlorabe, tj. podjetje mora imeti prevladujoč položaj. PDEU ne vsebuje definicije tega pojma, se je pa ta razvila v praksi. Tako je Sodišče navedlo, da je prevladujoč položaj takšna ekonomska moč podjetja, ki mu omogoča, da omejuje učinkovito konkurenco na upoštevem trgu s tem, da lahko v znatni meri ravna neodvisno od svojih konkurentov, strank in končnih potrošnikov.⁸ Prevladujoč položaj torej kaže na stopnjo tržne moči, ki je znatno večja od tiste, ki jo imajo druga podjetja na trgu in ki se lahko uporabi tako, da škoduje gospodarski svobodi drugih tržnih udeležencev z izključitvijo s trga (Monti, 2007; 127–128).

Prevladujoči položaj nastane zaradi različnih dejavnikov, ki ločeno sami po sebi nujno niti niso odločilnega pomena. Ti dejavniki so naslednji: tržni deleži podjetij, pri čemer se upoštevata tudi dinamika trga in stopnja diferenciranosti proizvodov,⁹ širitev in vstop na trg (pravne in ekonomske vstopne ovire) in izravnalna kupna moč. V slednjem primeru gre za to, da konkurenčni pritisk na podjetje z domnevno prevladujočim položajem vršijo tudi stranke.¹⁰ Namen prepovedi zlorabe prevladujočega položaja je zagotoviti, da podjetja s prevladujočim položajem ne škodijo učinkoviti konkurenci s tem, ko protikonkurenčno omejujejo dostop na trg svojim konkurentom in škodljivo vplivajo na blaginjo potrošnikov. Pri oceni protikonkurenčnega omejevanja dostopa na trg so na splošno pomembni naslednji dejavniki: položaj prevladujočega podjetja na trgu, pogoji na upoštevem trgu, položaj konkurentov prevladujočega podjetja, položaj strank ali dobaviteljev virov, obseg domnevnih zlorab, dokazi dejanskega omejevanja dostopa na trg in neposredni dokazi vseh izključevalnih strategij. Seveda pa se ob teh

⁸ Gl. zadevo 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV proti Komisiji*, ZOdl. 1983, str. 3461, tč. 30, zadevo 27/76, *United Brands Company in United Brands Continental proti Komisiji*, ZOdl. 1978, str. 207, tč. 65, in zadevo 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. proti Komisiji*, ZOdl. 1979, str. 461, tč. 38.

⁹ Po izkušnjah Komisije EU ni verjetno, da bi imelo podjetje s tržnim deležem na upoštevem trgu, ki je manjši od 40%, prevladujoč položaj (tč. 14 Navodil).

¹⁰ Gl. tč. 12–18 Navodil.

dejavnikov upoštevajo tudi bolj specifični dejavniki za posamezno vrsto omejevalnega ravnanja.¹¹

Kot je bilo že omenjeno, so lahko ena od oblik zlorab prevladujočega položaja tudi roparske cene, ki jih zaračunava podjetje z znatno tržno močjo, torej podjetje s prevladujočim položajem na trgu. Roparske cene sodijo med t. i. izključevalne zlorabe,¹² za katere je značilno, da neposredno vplivajo na konkurente, ki jih podjetje s prevladujočim položajem želi izriniti s trga, posredno pa vplivajo tudi na blaginjo potrošnika. Pri teh cenah gre za začasno zaračunavanje posebno nizkih cen z namenom pridobivanja dobička na dolgi rok z izključitvijo konkurentov, preprečitvijo vstopa potencialnih konkurentov ali discipliniranjem tekmecev¹³ s sprejemanjem manjšega tržnega deleža. Iz tega izhaja, da je pri roparskih cenah treba razlikovati dve stopnji. Prva stopnja je zaračunavanje izjemno nizkih cen, s čimer želi podjetje doseči izključitev konkurentov s trga. V drugi stopnji pa podjetje zviša cene, da doseže monopolni dobiček, s čimer tako pokrije izgubo, ki jo je ustvarilo v prvi fazi z zaračunavanjem izjemo nizkih cen. Za razliko od ostalih zlorab prevladujočega položaja pri tej obliki zlorabe niso zaznavni takojšnji negativni učinki na potrošnike kot posledica izključitve konkurentov, ampak ima kratkoročno gledano ravno nasprotni učinek. Negativni učinek ima šele na dolgi rok, torej v drugi fazi, tj. v fazi zvišanja cen (Motta, 2004: 412). Iz tega izhaja, da zaračunavanje roparskih cen sodi v obseg člena 102 PDEU, če podjetje s prevladujočim položajem namenoma ustvari kratkoročno izgubo z začasnim zaračunavanjem nerazumno nizkih cen z namenom omejevanja konkurentov, discipliniranja konkurentov ali onemogočanja vstopa na trg zaradi ohranitve ali prihodnjega povečanja tržnega deleža na dolgi rok (Faull, Nikpay, 2007: 373). Povsem logično je, da roparske cene, ki bi jih oblikovalo podjetje, ki nima znatne tržne moči, niso smiselne. V odsotnosti znatne tržne moči morebitna izključitev posameznih konkurentov s trga namreč ne oslabi konkurence (gl. Bishop, Walker, 2010: 291).

Glede na navedeno se postavlja vprašanje, ali so roparske cene kot cenovna strategija sploh realne oz. racionalne. Mnenja o tem so različna. Vsekakor pa

¹¹ Gl. tč. 20–21 Navodil.

¹² Druga vrsta zlorab so izkoriščevalske zlorabe, ki neposredno vplivajo na zmanjšanje blaginje potrošnika (npr. pretirano visoke cene, diskriminatorne cene idr.).

¹³ Namen roparskih cen torej ni nujno le izključitev konkurentov s trga, ampak tudi discipliniranje konkurentov. Podjetje s prevladujočim položajem lahko z izključitvijo konkurenta s trga tvega prodajo njegovega premoženja po nizki ceni in posledično obstoj novega nizkocenovnega vstopnika. Čeprav je podjetje s prevladujočim položajem v najboljšem položaju, da tako premoženje prevzame, je zanj lahko boljša strategija discipliniranje konkurenta, ne pa izključitev, s preprečitvijo konkuriranja in sledenjem cen, ki jih oblikuje podjetje s prevladujočim položajem.

je mogoče zaključiti, da je ta cenovna strategija racionalna, če za to obstajajo ugodni pogoji, kot so npr. visoke vstopne ovire. To so dejavniki, ki otežujejo ali celo onemogočajo vstop konkurentov na trg.¹⁴ Treba se je namreč zavedati, da bo zvišanje cen v drugi fazi pripeljalo do vstopa novih konkurentov na trg. Seveda pa se bo to zgodilo pod predpostavko nizkih vstopnih ovir, kar pomeni, da obstoj visokih vstopnih ovir ugodno deluje na cenovno strategijo roparskih cen. Prav tako se roparske cene zdijo smiselne, če podjetje deluje na več trgih. Če deluje zgolj na enem trgu, je morda bolj smiselno, da prevzame konkurente, kot pa da utrpi izgube z oblikovanjem nizkih (roparskih) cen. Upoštevati je namreč treba, da podjetje izgube utrpi danes, medtem ko se dobiček pojavi šele v prihodnosti, pri čemer pa njegov pojav ni gotov, ker je odvisen od uspešnosti delovanje cenovne strategije (gl. Jones, Sufirin, 2008: 444).

Roparske cene niso prepovedane zgolj takrat, kadar dejansko povzročijo izključevalni učinek (torej omejevanje konkurence), ampak tudi v primeru, ko je verjetno, da bodo povzročile takšen učinek.¹⁵ Ker podjetje s prevladujočim položajem običajno zaračunava cene pod stroški le za minimalno količino proizvodov, kolikor je pač potrebno za doseg izključevalnega namena, roparske cene pogosto vključujejo tudi cenovno diskriminacijo (Faull, Nikpay, 2007: 374).

3. Analiza vrste stroškov, pomembnih za analizo obstoja roparskih cen

Oblikovanje roparskih cen je mogoče pričakovati v praksi, težje pa je roparske cene tudi identificirati. Ker ugotovitev obstoja roparskih cen praviloma temelji na analizi posameznih stroškov, v tem poglavju navajamo in definiramo posamezne vrste stroškov zaradi lažjega razumevanja različnih testov ugotavljanja obstoja roparskih cen, ki so se pojavile v praksi.

Skupni stroški so vsi stroški proizvodnje, tj. fiksni oz. stalni in variabilni oz. spremenljivi stroški. Pri tem so fiksni stroški tisti stroški, ki se ne spreminjajo ob spremembi proizvedene količine. Kot primere teh stroškov lahko navedemo najemnino za pisarne, plačila za opremo, obresti za dolgove, plače zaposlenih itd. Variabilni pa so tisti stroški, ki se spreminjajo s spremembo proizvedene količine. Primeri teh stroškov so npr. materiali, ki so potrebni za

¹⁴ Kot primere teh lahko navedemo obstoj kakšne izključne pravice (npr. patent), pridobitev upravnih dovoljenj, nepovratni stroški (stroški, ki se ne morejo povrniti pri izstopu podjetja s trga), stroški, ki jih imajo kupci z zamenjavo dobavitelja itd. (Bishop, Walker, 2010: 70 in nad.).

¹⁵ Zadeva C-333/94P, Tetra Pak International SA proti Komisiji, ZOdl. 1996, str. I-5951, tč. 44.

proizvodnjo, kot so surovine, električna ipd. Za analizo roparskih cen so med drugim pomembni povprečni skupni stroški (v nad.: PSS) in povprečni variabilni stroški (v nad.: PVS), na katere je opozorilo Sodišče v zadevi *AKZO proti Komisiji*. PSS so skupni stroški proizvodnje ene enote, torej stroški, deljeni s številom proizvedenih enot. PVS pa so variabilni stroški pri proizvodnji ene enote.

Mejni stroški so stroški proizvodnje dodatne enote proizvedene količine oz. zadnje enote proizvedene količine. Ponazorimo jih lahko na naslednji način: če potrebujemo 100 evrov za proizvodnjo desetih enot, 107 evrov pa za proizvodnjo enajste enote, je mejni strošek 7 evrov za zadnjo enoto. Dolgoročni povprečni mejni stroški (v nad.: DPMS) pa so povprečje vseh fiksnih in variabilnih stroškov, ki nastanejo pri proizvodnji določenega proizvoda.¹⁶

Navodilo Komisije EU omenja tudi povprečne izogibne stroške (v nad.: PIS) kot podlago za izračun roparskih cen. Izogibni stroški so stroški, ki bi se jim podjetje lahko izognilo, če ne bi proizvedlo določene količine (dodatnih) proizvodov. Če ima npr. neko podjetje en evro variabilnih stroškov za proizvodnjo vsake posamezne proizvodne enote, potem so PIS prav tako en evro za vsako posamezno proizvodno enoto. Gre torej za stroške, ki bi se jim podjetje lahko izognilo, če bi se odločilo, da sploh ne bo proizvajalo (gl. Ridyard, 2009: 230). Če se torej podjetju očitajo roparske cene v določenem časovnem obdobju, je pomembno vprašanje, kakšnim stroškom bi se podjetje lahko izognilo, če ne bi proizvedlo proizvodov, ki so bili predmet zlorabe. V večini primerov bodo PVS in PIS enaki, ker se je pogosto mogoče izogniti le variabilnim stroškom.¹⁷

4. Pristopi dojemanja roparskih cen

4.1. Harvardska šola in Areeda-Turner test

Leta 1970 sta dva predstavnika harvardske šole *Areeda P.* in *Turner D.* test za obstoj roparskih cen kot protikonkurenčne prakse osnovala na stroškovnem testu. Izhodišče tega testa so bili mejni stroški proizvodnje podjetja, ki je bila stranka v postopku zaradi domnevne zlorabe prevladujočega položaja. Mejni stroški so bili vzeti za izhodišče zato, ker je oblikovanje cen po teh stroških pogoj za pridobivanje dobička na konkurenčnih trgih, medtem ko oblikovanje cen pod temi stroški pomeni izgubo. Zaradi težav pri oceni teh stroškov, ker

¹⁶ Gl. v op. 18 Navodil.

¹⁷ Gl. v op. 18 Navodil.

ni razpoložljivih podatkov, sta namesto mejnih stroškov upoštevala PVS kot njihov najboljši nadomestek.

V skladu s tem t. i. Areeda-Turner testom so cene, ki jih podjetje zaračunava nad PVS, zakonite, medtem ko so cene, ki jih podjetje zaračunava pod PVS, nezakonite in torej predstavljajo nedopustne roparske cene (Faull, Nikpay, 2007: 374). V teoriji so se pojavile številne kritike tega testa. Prva kritika je, da je test prestrog, saj bi se kot pogoj za obstoj roparskih cen morala upoštevati tudi možnost pokritja izgube v prihodnosti. Druga kritika je ravno nasprotna prvi, saj meni, da je Areeda-Turner test premalo strog. Po mnenju teh kritikov so lahko cene nad PVS prav tako roparske, če ima podjetje namen izključiti konkurenta s trga. Tako namero je v praksi težko dokazati, zato ima dokaz o nameri smisel le, če ima utemeljitev v ekonomiji, kot npr. določeno ravnanje podjetja, s katerim se ta odmika od cilja maksimiranja dobička, je lahko smiselno le, če ima za cilj omejevanje konkurence. Tretja kritika Areeda-Turner testa pa je, da upošteva zgolj stroške, ne pa tudi strateških ravnanj skozi čas. Zato se predlaga alternativni test, ki naj ne temelji na stroških ali pa se v Areeda-Turner test vključijo tudi elementi strateških ravnanj¹⁸ (Whish, 2009: 731, o problemih tega testa gl. tudi Jones/Sufrin, 2008: 446–447).

Ne glede na številne kritike in probleme, katerim je bil izpostavljen, je Areeda-Turner test imel velik vpliv na nadaljnji razvoj analize roparskih cen v ZDA, prav tako pa njegov vpliv tudi v Evropi ni bil zanemarljiv. Vpliv tega testa v ZDA na nižja sodišča je bil velik, vendar pa je kasneje postalo jasno, da je preveč kompleksen za porotnike, poleg tega pa je bil zelo koristen za podjetja s prevladujočim položajem. Zato so sodišča uporabila dodatne elemente, s katerimi so dopolnila ta test, kot so stroškovne domneve, da je cena pod PVS nezakonita in da je cena nad PSS zakonita. Cene med tema pragoma so bile načeloma zakonite, vendar se je to lahko izpodbilo z dokazom o nameri omejevanja konkurentov ali z argumenti, ki so temeljili na strukturi trga. Večina odločitev o roparskih cenah Vrhovnega sodišča ZDA sloni na čikaškem stališču, tj. na skepticizmu, ali so roparske cene sploh lahko dobičkonosna strategija ob upoštevanju zahteve po pokritju izgube v prihodnosti (Rousseva, 2010: 137 in 145–146).

¹⁸ Poleg alternativnega testa, ki bi upošteval strateška ravnanja, so bili predlagani tudi drugi testi. Problem teh alternativnih testov, ki upoštevajo različne dejavnike, pa je, da je analiza kompleksna in draga (več o tem gl. pri Rousseva, 2010: 137–139).

4.2. Čikaška šola

Nekateri predstavniki čikaške šole so nasprotovali stališčem harvardske šole glede obstoja oz. dopustnosti zaračunavanja roparskih cen. Predvsem so bili mnenja, da roparske cene niso racionalna strategija. Zatrjevali so, da če podjetje ne more v drugi fazi pokriti izgube, potem zaračunavanje izjemno nizkih cen v prvi fazi ne more škodovati potrošnikom. Pokritje izgube pa je seveda težavno, ker privablja nove konkurente, zlasti v primeru nizkih vstopnih ovir, kar je bilo omenjeno že zgoraj. Zaključek teh predstavnikov čikaške šole je zato bil, da se s temi cenami v konkurenčnem pravu ni treba ukvarjati (Rousseva, 2010: 139–140).

4.3. Post-čikaška šola

Predstavniki post-čikaške šole so nasprotovali idejam čikaške šole glede roparskih cen in so menili, da so v dinamičnem svetu, v katerem vladajo nepopolne in nesimetrične informacije, roparske cene lahko tudi dobičkonosne in da je pokritje izgube kasneje, v drugi fazi, prav tako verjetno. Bistvo te teorije je bilo, da lahko potencialno podjetje, ki želi zaračunavati roparske cene, izkoristi informacije, ki jih ima v izključni lasti in z njimi vpliva na tržne odločitve konkurentov ali na odločitve upnikov konkurentov z odvrnitvijo po konkuriranju ali investiranju v zadevni trg. Post-čikaški pristop v praksi ZDA ni bil sprejet.

5. Roparske cene v praksi Sodišča EU

5.1. Zadeva AKZO proti Komisiji

V zadevi *ECS/AKZO*¹⁹ je Komisija EU podjetju AKZO naložila plačilo globe zaradi zaračunavanja roparskih cen.²⁰ Komisija EU pri ugotovitvi, ali je podjetje AKZO zlorabilo prevladujoč položaj z zaračunavanjem roparskih cen, ni uporabila Areeda-Turner testa v celoti. Je pa sprejela stališče, po katerem odločanje o obstoju roparskih cen temelji na analizi stroškov in cene, dodatno pa je bila mnenja, da je prav tako relevantno tudi, ali je prevladujoče podjetje sprejelo strategijo omejevanja konkurence, kakšni bi bili učinki ravnanja in kakšen bi bil odziv konkurentov na tako ravnanje podjetja s prevladujočim položajem (Whish, 2009: 732). V tej zadevi je bil sprejet dvojni test za ugotovitev obstoja roparskih cen, ki je temeljil na stroškovni analizi in

¹⁹ UL L 374, 31.12.1985, str. 1.

²⁰ Več o tej zadevi gl. pri Philips, Moras, 1993: 315 in nad.

na strategiji predatorja, tj. podjetja, ki zaračunava roparske cene. Omeniti je treba, da v zvezi s tem ne gre za izvirna testa, saj je prvi test reprodukcija Areeda-Turner testa, drugi pa je osnovan na modificiranih stroškovno osnovanih testih, ki so se pojavili v literaturi in pri katerih se je poudarjala tudi strategija ravnanja (Rousseva, 148–149).

Odločitev Komisije EU je potrdilo Sodišče.²¹ Pri tem je odločilo, da se cene pod PVS domnevajo kot roparske, ker vsaka prodaja povzroča izgubo za podjetje s prevladujočim položajem. Nekateri avtorji menijo, da je posledica tega ta, da prodaja po cenah pod PVS pomeni *per se* prepovedano ravnanje v smislu, da se ne zahteva nobeno konkretno tveganje za omejevanje konkurentov, niti načrt takega omejevanja (Glöckner, Bruttel, 2010: 424; Rousseva, 2010: 150). To je predmet kritik, ker ni v skladu z osrednjim ciljem konkurenčnega prava; tj. varstvo potrošnikov. Treba je upoštevati, da imajo potrošniki kratkoročno korist od oblikovanja in zaračunavanja roparskih cen. Posledično je prepoved roparskih cen lahko upravičena le z dolgoročnim učinkom, vključno s pokritjem izgube podjetja s prevladujočim položajem v prihodnosti, ki lahko edino škoduje interesom potrošnika. To torej pomeni, kot ugotavljata *Glöckner* in *Bruttel*, da je utemeljitev take prepovedi odvisna od možnosti pokritja izgube v prihodnosti. To pa seveda ne drži, če upoštevamo tudi prizadetost strukture trga. Nobenega dvoma ni, da oblikovanje roparskih cen deluje škodljivo na konkurente. V tem okviru pa to pomeni, da pokritje izgube seveda ni nujni element škodljivih učinkov na konkurenco (gl. *Glöckner*, *Bruttel*, 2010: 427). Poleg tega je treba upoštevati še, da v določenih okoliščinah obstajajo tudi drugi razlogi za prodajo proizvodov pod PVS, ki nimajo značilnosti predatorstva. Podjetje želi denimo prodreti na trg z novo linijo proizvodov ali se želi znebiti zalog ipd. (Jones, Sufrin, 2008: 450).

Na drugi strani, kot drugi del testa (imenovan tudi kot siva cona) iz zadeve *AKZO proti Komisiji*, cene nad PVS, vendar pod PSS, pomenijo zlorabo prevladujočega položaja, če je tako zaračunavanje cen del načrta, katerega namen je omejiti konkurente. Oblikovanje takih cen lahko namreč izrine s trga tudi konkurente, ki so enako učinkoviti kot podjetje s prevladujočim položajem, ki pa zaradi nezadostnih finančnih sredstev ne morejo več konkurirati oz. prenesti take konkurence.²² Slednje pomeni, da se je Sodišče že leta 1991 sklicevalo na test enako učinkovitega konkurenta, ki ga je Komisija EU kasneje, leta 2007, v Navodilih postavila za merilo. Naj pri tem omenimo, da s tem pojmom ni mišljen katerikoli konkurent, ampak zgolj tisti

²¹ Zadeva C-62/86, *AKZO proti Komisiji*, ZOdl. 1991, str. I-3359.

²² Zadeva C-62/86, *AKZO proti Komisiji*, ZOdl. 1991, str. I-3359, tč. 71–72.

konkurent, ki je (hipotetično) enako učinkovit kot podjetje s prevladujočim položajem.

Pravila, ki izhajajo iz zadeve *AKZO proti Komisiji*, so torej naslednja:²³

- če podjetje s prevladujočim položajem prodaja proizvode po ceni nad PVS, ne gre za oblikovanje roparskih cen;
- če podjetje s prevladujočim položajem prodaja proizvode po ceni pod PSS, vendar nad PVS, gre za roparske cene, vendar le, če je tako zaračunavanje cen del načrta po izključitvi konkurentov – strga – prisotna mora torej biti strategija ravnanja podjetja po omejevanju konkurence;
- če podjetje s prevladujočim položajem prodaja pod PVS, velja domneva, da so cene roparske, kar posledično pomeni zlorabo prevladujočega položaja.²⁴

5.2. Zadeva Tetra Pak proti Komisiji

V zadevi *Tetra Pak (II)*²⁵ je Komisija EU oglobila podjetje Tetra Pak zaradi zaračunavanja roparskih cen na enem trgu proizvoda, pri čemer se je izguba na tem trgu pokrivala s prodajo na drugem trgu, kjer podjetje Tetra Pak skorajda ni imelo konkurence. Ugotovila je, da so bili ti proizvodi prodani z izgubo v sedmih državah članicah EU, osredotočila pa se je na italijanski trg, kjer so se proizvodi prodajali po ceni pod PVS. Pri sprejemu odločitve o zlorabi prevladujočega položaja se ni oprla le na pravilo iz zadeve *AKZO proti Komisiji*, ampak tudi na očitne in nedvoumne podatke, ki so kazali, da so bile cene – vsaj v Italiji – posledica namerno oblikovane politike po omejevanju konkurence. Komisija EU je kljub temu upoštevala tudi objektivno opravičljive razloge podjetja Tetra Pak za tako ravnanje, saj je težko verjeti, da bi taka multinacionalka delovala v nasprotju z ekonomsko logiko (ki je ustvarjanje dobička) zaradi kakšne napake managementa. Zato se postavlja vprašanja, ali je niso k prodaji z izgubo morebiti prisilile kakšne izjemne okoliščine, ki so obstajale neodvisno od svobodne volje podjetja. Ugotovila je, da take izjemne okoliščine niso obstajale in da je bil to del načrtovane politike podjetja.

²³ O problemih in kritikah testa v zadevi *AKZO proti Komisiji* gl. pri Jones, Sufrin, 2008: 450–453.

²⁴ To domnevo pa je seveda mogoče ovreči, če obstajajo objektivno opravičljivi razlogi za prodajo pod PVS.

²⁵ UL L 72, 18.3.1992, str. 1.

Tudi to odločitev Komisije EU je potrdilo Sodišče v zadevi *Tetra Pak proti Komisiji*.²⁶ Potrdilo je obstoj dveh testov iz zadeve *AKZO proti Komisiji*, ki pa ju je dodatno pojasnilo. Prvič, zaračunavanje cen pod PVS se mora vedno obravnavati kot zloraba, ker v takem primeru ni drugega prepričljivega ekonomskega namena kot izključitev konkurentov. Drugič, zaračunavanje cen pod PSS, vendar nad PVS, se šteje kot zloraba le, če se dokaže namera po izključitvi konkurentov. Medtem ko se namera v prvem testu domneva, jo je v drugem testu treba dokazati. To torej pomeni, da je skupni element obeh testov ta, da sta oba osnovana na stroškovnem pragu in na domnevi ali zahtevi po dokazu o nameri (Rousseva, 2010: 150). Namen tega elementa testa po nameri je razlikovati med zakonitim in nezakonitim zaračunavanjem cen pod PSS. Določitev cen nad PVS in pod PSS ni najbolj tipična cenovna strategija, lahko pa obstaja logična razlaga za to. Dokaz o nameri je potreben, da prikaže škodovanje konkurenci. Sodišče je navedlo, da lahko ravnanje podjetja s prevladujočim položajem izrine s trga podjetja, ki so enako učinkovita kot podjetje s prevladujočim položajem, kar namiguje na to, da element po nameri uvaja pravno fikcijo verjetnosti, da cene pod PSS in nad PVS lahko izključijo enako učinkovitega konkurenta (ker bi ta moral nujno določiti cene pod lastnimi PSS, da izenači ponudbo podjetja s prevladujočim položajem) in s tem škodijo konkurenci. V zadevi *France Télécom proti Komisiji*,²⁷ kot bomo videli v nadaljevanju, pa je Splošno sodišče jasno navedlo, da je namera substitut za ugotovitev izključevalnega učinka, zaradi česar ni potrebe po dokazovanju protikonkurenčnih učinkov. To pomeni, da testa v zadevi *AKZO proti Komisiji* temeljita na protikonkurenčnem cilju. Ta sugestija, da izpolnitev testov v zadevi *AKZO proti Komisiji* odkriva protikonkurenčni cilj, je pomembna iz dveh razlogov. Prvič, ravnanja ni mogoče opravičiti s sklicevanjem na to, da negativnih učinkov ni, in drugič, standard dokazovanja po izključevalni nameri postane izjemno pomemben, ker je obstoj namere ključni dejavnik, ki določa, ali cene pod PSS, vendar nad PVS, pomenijo zlorabo (Rousseva, 2010: 151).

Kot pomembno se seveda postavlja vprašanje, kako dokazati namero po omejevanju konkurence, kar je v praksi lahko zelo problematično. V zadevi *AKZO proti Komisiji* je Sodišče v ta namen izpostavilo naslednje dejavnike: vzdrževanje cen pod PSS v daljšem časovnem obdobju, oblikovanje cen pod PSS, ne da bi podjetje za to imelo opravičljiv razlog, selektivno zniževanje cen z možnostjo nadomestila izgube, vabljenje novih kupcev (kupcev konkurentov) s cenami pod PSS in pridobitev informacij o cenovnih ponudbah konkurentov. V zadevi *Tetra Pak proti Komisiji* pa je Splošno sodišče navedlo, da je dokaze o nameri po izključitvi konkurentov podjetja Tetra Pak

²⁶ Zadeva C-333/94 P, *Tetra Pak proti Komisiji*, ZOdl. 1996, str. I-5951.

²⁷ Zadeva T-340/03, *France Télécom SA proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-107.

mogoče pridobiti na podlagi številnih pomembnih dejavnikov, in sicer: iz računovodskih podatkov, iz katerih je izhajalo, da Tetra Pak proizvode uvaža in prodaja v Italiji po ceni, ki je bila za 10 do 30% nižja od nabavne cene, cene za proizvode so bile za 20 do 50% nižje od cen v drugih državah članicah, iz poročila odbora direktorjev podjetja Tetra Pak je izhajala potreba po velikih finančnih žrtvah na področju cenovnih in dobavnih pogojev, iz dejstva, da podjetje Tetra Pak ni sledilo cenam konkurenta Elopak, ampak je namesto tega še povečalo razliko v ceni z nadaljnjim znižanjem cene in iz povečane prodaje proizvodov ter posledičnega zmanjšanja prodaj konkurenta Elopak.

V zvezi z namero po omejitvi konkurentov *Rousseva* ugotavlja nesoglasje med Komisijo EU in Sodiščem, ki se je pokazalo v zadevi *France Télécom* (Rousseva, 2010: 156). V tej zadevi se je Komisija EU opirala na interne dokumente podjetja s prevladujočim položajem, iz katerih je izhajal načrt po pridobitvi trga. Ta izkazan načrt je skupaj s tem, da se je domnevna zloraba dogajala na mladem trgu, ki se je šele razvijal, zadoščala za obstoj namere po omejevanju konkurentov. Ob tem pa je želela tudi izkazati, da je načrt po pridobitvi trga izražen in potrjen z neovrgljivimi ekonomskimi dejavniki (namerna izbira cene in obseg prodaje, ki je konkurenti ne bi mogli doseči, zavedanje po strukturnih prednostih, vedenje, da se konkurenti ne morejo zanesti na zunanje financiranje in obseg prodaje pod stroški) in s prenosom namere v komercialno politiko (torej v samo ravnanje na trgu). Medtem ko se je torej Komisija EU v tej zadevi trudila dokazati prenos namere v dejansko ravnanje podjetja, se je Splošno sodišče osredotočilo zgolj na dokumentirane dokaze. S tem je potrdilo pristop v zadevi *AKZO proti Komisiji*, na podlagi katerega za obstoj namere zadoščajo že dokumenti, ki tako namero izkazujejo. To pa je potrdilo tudi Sodišče v zadevi *France Télécom SA proti Komisiji*,²⁸ ki je notranjim dokumentom podjetja nadelo status objektivnih dejavnikov.

Iz zadev *AKZO proti Komisiji* in *Tetra Pak proti Komisiji* lahko izpeljemo tri pogoje za obstoj zlorabe prevladujočega položaja z zaračunavanjem roparskih cen. To so: obstoj prevladujočega položaja na upoštevem trgu, uporaba cenovnega testa, ki se opira na PVS in PSS ter namera o izključitvi konkurentov. Ob vsem tem pa se postavlja vprašanje, ali se za obstoj zlorabe prevladujočega položaja zahteva tudi verjetnost, da bo podjetje s prevladujočim položajem v prihodnosti pokrilo izgubo, ki jo je imelo z zaračunavanjem roparskih cen. Kot izhaja že iz zgoraj navedenega, je to vprašanje v bistvu osrednjega pomena pri dokazovanju racionalne strategije zaračunavanja roparskih cen. V zvezi s tem se v teoriji navajajo tudi

²⁸ Zadeva C-202/07 P, *France Télécom SA proti Komisiji*, ZOdl. 2009, str. I-2369.

argumenti proti njegovi vključitvi med pogoje za obstoj te zlorabe prevladujočega položaja. Ti so, da je težko dokazati, ali bo podjetje s to strategijo v prihodnosti uspelo, pri čemer se kot posebno vprašanje postavlja breme dokazovanja, da je predvidevanje obstoja pokritja izgube težavno in da lahko pokritje izgube podjetjem prepreči vstop na druge trge, kar je prav tako težko izmerljivo (Jones, Sufrin, 2008: 459 in 462). Drugi argument pa je ta, da so roparske cene lahko protikonkurenčne tudi v primeru, ko izgube v prihodnosti ne bo možno pokriti. Najbolj učinkovita roparska (predatorska) strategija je namreč ta, da podjetje s prevladujočim položajem prepreči vstop na trg s signaliziranjem, da bo dobiček nizek, dokler bo prevladujoče podjetje tisto, ki bo vodilo cene. V takem primeru ima prevladujoče podjetje sloves predatorskega podjetja.

Pokritje izgube se v ZDA upošteva kot pogoj za ugotovitev obstoja zlorabe v teh primerih, kar pa ne velja v konkurenčnem pravu EU. V zadevi *Tetra Pak proti Komisiji* Sodišče ni navedlo, da se pokritje izgube nikoli ne zahteva kot pogoj za obstoj zlorabe prevladujočega položaja pri zaračunavanju roparskih cen. Navedlo je zgolj, da v okoliščinah primera ta zahteva pač ni bila primerna. Zadoščati namreč mora, da se predatorstvo prepreči in kaznuje vedno, kadar obstaja tveganje za omejevanje konkurentov.²⁹ Upoštevati pa je treba, da je bil to dokaj jasen primer zlorabe z namenom omejevanja konkurentov. Poleg tega je podjetje Tetra Pak imelo t. i. nadprevladujoč položaj. Glede na navedeno se zato upravičeno postavi vprašanje, ali bi bilo mogoče enako trditi tudi v drugačnih okoliščinah. Kakorkoli že, Splošno sodišče in Sodišče sta se do te problematike opredelila v zadevi *France Télécom proti Komisiji*.

5.3. Zadeva France Télécom proti Komisiji

V zadevi *Wanado*³⁰ je Komisija EU uporabila pravilo, postavljeno v zadevi *AKZO proti Komisiji*, in oglobila družbo hčero France Télécom, ker je spletne storitve ponujala pod cenami, ki so bile do avgusta 2001 znatno pod PVS, naknadno pa skoraj enake variabilnim stroškom, vendar znatno pod PSS. Odločitev Komisije EU je potrdilo Splošno sodišče. Podjetje se je pritožilo na napačno kalkulacijo stroškov in na to, da je Komisija EU za ugotovitev obstoja roparskih cen uporabila napačen test. Kar zadeva prvi pritožbeni razlog, je Splošno sodišče navedlo, da analiza stroškov vključuje kompleksno ekonomsko oceno in da mora zato pri oceni tega Komisija EU imeti široko diskrecijo, zaradi česar je ta pritožbeni razlog zavrnilo. Splošno sodišče je

²⁹ Zadeva C-333/94 P, Tetra Pak proti Komisiji, ZOdl. 1996, str. I-5951, tč. 44.

³⁰ Zadeva COMP/38.233, 16.7.2003.

zavrnilo tudi drugi pritožbeni razlog, ki se je nanašal na uporabljeni test za ugotovitev obstoja roparskih cen. Podjetje je navajalo, da je imelo pravico postaviti cene kot konkurenti, da ni imelo nobenega načrta predatorstva ali omejevanja konkurentov in da bi morala Komisija EU dokazati, da bo podjetje sposobno nadomestiti izgubo prihodka zaradi nizkih cen v prihodnosti. Glede prvega je Splošno sodišče odločilo, da podjetje ni imelo pravice prilagoditi se cenam konkurentom, če je to pomenilo prodajo po ceni pod stroški. Poleg tega pa mora podjetje s prevladujočim položajem upoštevati, da ne sme vedno ravnati na način, ki je sicer dopusten za podjetja, ki nimajo takega položaja (Whish, 2009: 734).

Glede pokritja izgube, ki ga ima podjetje s prevladujočim položajem v času zaračunavanja roparskih cen, v prihodnosti z zaračunavanjem višjih cen, pa je bila odločitev Splošnega sodišča ta, da se pokritje izgube ne upošteva kot pogoj za obstoj zlorabe prevladujočega položaja s tem ravnanjem. To je potrdilo tudi Sodišče v tej isti zadevi z odločbo leta 2009.³¹ Gre torej za odločitev, ki je nasprotna stališču, ki so ga zavzele ZDA. Obenem pa je Sodišče poudarilo še, da odsotnost te zahteve ne prepoveduje Komisiji EU, da tega dejavnika ne upošteva kot relevantnega pri odločitvi o zlorabi prevladujočega položaja. Tako lahko ta dejavnik, zlasti pri cenah, ki so nižje od PVS, pripomore pri izključitvi objektivno opravičljivih razlogov. V primeru zaračunavanja cen nad PVS, vendar pod PSS, pa lahko pripomore pri dokazovanju obstoja načrta za omejevanje konkurence. Iz navedenega sledi, da se možnost pokritja izgube v prihodnosti upošteva kot upoštevni dejavnik pri celotni presoji obstoja zlorabe prevladujočega položaja, ki se izvrši z zaračunavanjem roparskih cen.

Ta odločitev Sodišča pomeni odmik od ureditve in prakse roparskih cen v ZDA, kjer se pokritje izgube zahteva kot pogoj za obstoj nezakonitih roparskih cen. *Rousseva* ugotavlja, da je bila odločitev Sodišča pravilna in smiselna v luči zasledovanja blaginje potrošnika v konkurenčnem pravu EU in ne zasledovanja skupne blaginje (Rousseva, 2010: 170).

5.4. Drugi uporabljivi standardi oz. testi za dokaz obstoja roparskih cen v EU

Iz zgoraj predstavljenih in analiziranih zadev, ki sta jih obravnavali v praksi Splošno sodišče in Sodišče, izhaja uporaba PVS in PSS kot standardov za oceno obstoja roparskih cen. Postavlja pa se vprašanje, ali sta ta testa resnično

³¹ Zadeva C-202/07 P, France Télécom SA proti Komisiji, ZOdl. 2009, str. I-2369, tč. 110–111.

tudi primerna v vseh primerih. Obstajajo namreč gospodarski sektorji, kjer so lahko fiksni stroški visoki, variabilni pa nizki. Tipični primer tega je trg telekomunikacij, kjer je vzpostavitev infrastrukture izjemno draga, podobno velja tudi za polaganje oljnih in plinskih vodov. V takih sektorjih so PVS telefonskih pogovorov ali prenos olja in plina tako nizki, da skoraj nikoli ne bi bilo mogoče govoriti o roparskih cenah. Zato bi test PVS zahteval dokaz o obstoju namere po omejevanju konkurence, skupaj z vsemi težavami, ki jih dokazovanje take namere povzroča (Whish, 2009: 736; gl. tudi Jones, Sufrin, 2008: 456–459).

Navedeno nujno vodi do tega, da je v določenih okoliščinah potrebno in primerno poiskati in določiti alternativni standard oz. test za oceno obstoja roparskih cen. Na to je opozorila Komisija EU v Obvestilu o uporabi pravil konkurence pri sporazumih o dostopu v telekomunikacijskem sektorju³² (v nad.: Navodila o dostopu). Na trgu telekomunikacij bi npr. roparske cene lahko nastale v okviru konkurence med omrežji telekomunikacijske infrastrukture, kjer bi operater s prevladujočim položajem oblikoval nepošteno nizke cene za dostop do omrežja, zato da bi izločil konkurencu drugih ponudnikov infrastrukture.³³ Komisija EU je v Navodilih o dostopu ugotovila, da standard ugotovitve roparskih cen, postavljen v zadevi *AKZO proti Komisiji*, ni primeren za trg telekomunikacij. Pri zagotavljanju telekomunikacijskih storitev je namreč lahko cena, ki je izenačena z variabilnimi stroški storitve, znatno nižja od cene, ki jo operater potrebuje, da pokrije stroške zagotavljanja te storitve. Namesto tega je predlagala alternativni test, ki temelji na dolgoročnih mejnih (dodatnih) stroških (long-run incremental costs),³⁴ kar pomeni, da morajo cene zajemati mejne stroške zagotavljanja storitve v celoti v daljšem časovnem obdobju.

Komisija EU je test dolgoročnih mejnih stroškov prvič uporabila v zadevi *Deutsche Post*.³⁵ Podjetje UPS se je pritožilo na Komisijo EU, da podjetje Deutsche Post uporablja prihodke iz dobičkonosnega monopola na področju pisemskih poštnih pošilk s financiranjem strategije prodaje pod stroški na komercialnem trgu paketnih pošilk, kjer je obstajala konkurenca. Komisija EU je ugotovila obstoj roparskih cen, ker je imelo podjetje Deutsche Post prihodek iz te dejavnosti, ki ni zadoščal za pokritje mejnih stroškov proizvodnje.

³² UL C 265, 22.8.1998, str. 2–28.

³³ Tč. 110 Navodil o dostopu.

³⁴ Tč. 114–115 Navodil o dostopu.

³⁵ UL L 125, 20.3.2001, str. 27.

6. Roparske cene v Navodilih Komisije EU

Komisija EU se v Navodilih opredeljuje do roparskih cen v tč. 63–74. Uvodoma je treba izpostaviti, da Navodila vključujejo ekonomsko oceno vseh izključevalnih ravnanj. S tem nezavezujočim pravnim aktom EU se je pojavila želja po vključitvi ekonomskih načel tudi na področje zlorab prevladujočega položaja (več o tem gl. Wurmnest, 2008: 1–20; Lovdahl Gormsen, 2010: 45–51), kot to sicer že velja za omejevanje konkurence s sporazumi, sklepi podjetniških združenj in usklajenimi ravnanji v členu 101 PDEU ter za omejevalna združevanja oz. koncentracije v Uredbi Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij.³⁶

Ker roparske cene sodijo med t. i. cenovna izključevalna ravnanja (kamor npr. sodijo tudi rabati), se tudi zanje uporablja enotni test, tj. test enako učinkovitega konkurenta.³⁷ Ta test je razvil R. Posner, ki je menil, da je izključevalna praksa lahko tista, pri kateri obstaja verjetnost izključitve s trga enakega ali celo bolj učinkovitega konkurenta. Upoštevati je namreč treba, da je konkurenca neusmiljen proces, zaradi česar so neučinkoviti konkurenti slej ali prej prisiljeni zapustiti trg. Konkurenčno pravo pa takih neučinkovitih konkurentov ne bi smelo varovati (Wurmnest, 2008: 17). Na test enako učinkovitega konkurenta je sicer opozorilo že Sodišče v zadevi *AKZO proti Komisiji*. Ta test se torej nanaša na ceno, ki jo zaračunava podjetje s prevladujočim položajem in lahko privede do omejevanja dostopa do trga enako učinkovitemu konkurentu.

Tč. 63 Navodil navaja ukrepanje Komisije EU v primeru, da podjetje s prevladujočim položajem oblikuje roparske cene, pri tem pa kratkoročno namerno beleži izgube ali se odreka dobičku, da bi enemu ali več svojim dejanskim ali potencialnim konkurentom omejilo dostop do trga ali bi bilo verjetno, da bi se to zgodilo z namenom okrepitve ali ohranitve tržne moči, pri čemer potrošnikom povzroča škodo. Iz tega izhaja, da morata biti za obstoj roparskih cen izpolnjena dva pogoja: namerna izguba in protikonkurenčni učinek. Če to primerjamo z dvojnimi testom, ki ga je postavilo Sodišče v zadevi *AKZO proti Komisiji* – prodaja po ceni pod stroški in namen po izključitvi konkurentov s trga, lahko ugotovimo, da se elementi testov ne ujemajo popolnoma. Komisija EU je opustila pojem namere v drugem delu testa in dejavnike, ki kažejo na namero, razlaga kot dejavnike verjetnega zaprtja trga (Rousseva, 2010: 405–407).

³⁶ UL L 24, 29.1.2004, str. 1–22.

³⁷ Test enako učinkovitega konkurenta je potrdilo Splošno sodišče v zadevi 7-271/03, *Deutsche Telekom AG proti Komisiji*, ZOdl. 2008, str. II-477.

Pri oceni protikonkurenčnega omejevanja dostopa do trga Komisija EU upošteva kvalitativne in kvantitativne dejavnike (položaj podjetja s prevladujočim položajem, vstopne ovire, položaj konkurentov, položaj kupcev...). Da bi obstajala verjetnost izključitve s trga hipotetičnega konkurenta, ki bi bil tako učinkovit kot podjetje s prevladujočim položajem, se zahteva proučitev podatkov v zvezi s cenami stroškov in prodaje ter zlasti, ali podjetje s prevladujočim položajem oblikuje cene, nižje od stroškov.³⁸ Komisija EU pri tem kot merilo uporablja dve vrsti stroškov: PIS in DPMS.

Navedeno pomeni, da se je Komisija EU odmaknila od PVS in PSS kot izhodiščnih točk testa za obstoj nezakonitih roparskih cen iz zadeve *AKZO proti Komisiji*. Pri tem je treba omeniti, da so se PIS pojavili kot boljša alternativa zaradi težav v zvezi s kvalifikacijo variabilnih in fiksnih stroškov ter alokacije skupnih fiksnih in variabilnih stroškov dveh ali več proizvodov. Drugače povedano, test, ki temelji na PIS oceni, ali bi podjetje privarčevalo več z izstopom s trga, kot pridobi z delovanjem na trgu pod obstoječimi cenami. PIS tako vključuje vse variabilne stroške obstanka podjetja na trgu kot tudi fiksne stroške, ki niso nepovratni stroški, torej stroške, ki se jim podjetje izogne, če zapusti trg. Prednost tega testa je, da ne zahteva ločitve fiksnih in variabilnih stroškov (O'Donoghue, Padilla, 2006: 240–241). Če namreč podjetje s prevladujočim položajem ne more pokriti PIS, potem se kratkoročno odreka dobičku, kar pomeni, da strankam ne more zagotavljati storitev brez izgube, kot to lahko napravi učinkoviti konkurent. Glede na to, da se Komisija EU v Navodilih sklicuje na PIS, odločbe Sodišča s področja roparskih cen pa omenjajo PVS, se seveda postavlja vprašanje razmerja med omenjenima vrstama stroškov. Komisija EU v op. 40 Navodil pojasnjuje, da bodo PVS in PIS v večini primerov enaki. Razlog je v tem, da se je pogosto mogoče izogniti zgolj variabilnim stroškom. Obstajajo pa tudi situacije, kjer se PIS in PVS razlikujejo. V takih primerih so PIS boljši pokazatelj morebitne izgube, kar Komisija EU pojasnjuje s primerom, v katerem mora npr. podjetje s prevladujočim položajem razširiti svoje zmogljivosti zato, da lahko oblikuje roparske cene. Za preučitev izgube v takem primeru je treba upoštevati tudi nepovratne stroške te dodatne zmogljivosti, ki so razvidni iz PIS, ne pa tudi iz PSS.

Navodila prav tako ne vključujejo PSS iz testa v zadevi *AKZO proti Komisiji*, ampak omenjajo DPMS. Komisija EU v op. 18 Navodil pojasnjuje, da so DPMS in PSS dobri kazalci drug za drugega in so enaki pri podjetjih, ki proizvajajo samo en proizvod. Drugače pa je v primeru podjetij, ki proizvajajo več proizvodov. V taki situaciji bi v primeru ekonomije povezanosti DPMS vsakega posameznega proizvoda bili pod PSS, ker se pri

³⁸ Tč. 25 Navodil.

DPMS dejanski skupni stroški ne upoštevajo. DPMS so običajno višji od PIS, ker ne vključujejo samo stalnih stroškov, ki so nastali v obdobju, ki se preučuje, ampak tudi stalne stroške proizvoda, ki so nastali pred obdobjem domnevne zlorabe prevladujočega položaja. Če podjetje ne more pokriti DPMS, potem ne krije vseh stalnih stroškov proizvodnje določenega blaga, zaradi česar se lahko enako učinkovitemu konkurentu omeji vstop na trg (tč. 26 Navodil). Iz navedenega sledi, da v primeru, ko lahko enako učinkovit konkurent učinkovito konkurira cenam, ki jih je oblikovalo podjetje s prevladujočim položajem, ravnanje tega podjetja ne bo imelo škodljivega učinka na konkurenco in potrošnike (tč. 27 Navodil). Enako učinkovitim konkurentom se lahko običajno dostop na trg omeji le z oblikovanjem cen pod DPMS (tč. 67 Navodil). Komisija EU sicer kot pomemben test navaja test enako učinkovitega konkurenta, vendar se v literaturi že poudarja, da mu obenem tudi odvzema določeno mero relevantnosti, ko v tč. 24 Navodil priznava, da lahko tudi manj učinkoviti konkurent v določenih okoliščinah izvaja pritisk, ki bi ga bilo treba upoštevati pri tem, ali neka cenovna praksa vodi v protikonkurenčno ravnanje (Glöckner, Bruttel, 2010: 426; Ridyard, 2009: 233). Predvsem je v zvezi s tem pomembno, ali bi manj učinkovit konkurent v odsotnosti zlorab lahko imel določene prednosti v zvezi s povpraševanjem (mrežni učinki ipd.), kar lahko poveča njegovo učinkovitost.

Če se cene oblikujejo pod PIS, je to jasen znak izgube. Kljub temu pa Komisija EU v tč. 65 Navodil posebej izpostavlja, da pojem izguba ne zajema le oblikovanja cen pod PIS. Komisija EU lahko tudi preuči, ali so zaradi zaračunavanja roparskih cen neto prihodki kratkoročno nižji, kot bi bilo pričakovati, če bi šlo za razumno alternativno ravnanje. Pri tem se bodo upoštevale samo ekonomsko racionalne in praktične alternative, za katere se lahko realistično pričakuje, da bi bile bolj dobičkonosne. Za oceno tega se bo Komisija EU sklicevala na dokumente podjetja s prevladujočim položajem, iz katerih je jasno razvidna strategija oblikovanja roparskih cen, in na dokaze o konkretnih grožnjah po oblikovanju tovrstnih cen (tč. 66 Navodil). Iz tega je mogoče izpeljati zaključek, da prodaja po ceni pod PIS pomeni namerno izgubo, s čimer se protikonkurenčni učinek domneva. V takem primeru se lahko podjetje s prevladujočim položajem razbremeni odgovornosti samo z dokazom o obstoju objektivno opravičljivih razlogov za oblikovanje cen pod temi stroški. Oblikovanje cen nad PIS, vendar pod DPMS, pa nakazuje na to, da podjetje s prevladujočim položajem ne pokriva vseh fiksnih stroškov, kar lahko povzroči izhod enako učinkovitega konkurenta s trga. Vendarle to samo po sebi ne zadošča za obstoj oz. ugotovitev zlorabe prevladujočega položaja, ampak mora Komisija EU oceniti še druge relevantne dejavnike (položaj podjetja s prevladujočim položajem, konkurente in kupce, specifične tržne pogoje, obseg ravnanja, asimetrijo informacij itd.) (Rousseva, 2010: 406).

7. Objektivno opravičljivi razlogi in roparske cene

Ob že navedenih in analiziranih pogojih za obstoj zlorabe prevladujočega položaja z oblikovanjem roparskih cen, pa je vendarle treba upoštevati še t. i. objektivno opravičljive razloge za prodajo proizvodov z izgubo.

Člen 102 PDEU sicer izrecno ne določa nobene izjeme od zlorabe prevladujočega položaja, kot to določa člen 101(3) PDEU za sporazume in usklajena ravnanja, ki omejujejo konkurenco. Ne glede na to pa je v teoriji in praksi uveljavljeno pravilo, da objektivno opravičljivi razlogi vodijo v dopustnost ravnanja, ki bi se sicer obravnavalo kot zloraba prevladujočega položaja. Tako pravilo je popolnoma razumljivo, saj bi bilo od podjetja s prevladujočim položajem nerazumno in tudi neekonomsko pričakovati, da še naprej dobavlja kupcem, ki so npr. slabi plačniki. *O'Donoghue in Padilla* navajata tri skupine objektivno opravičljivih razlogov, ki kažejo na odsotnost zlorabe prevladujočega položaja. Prva skupina razlogov se nanaša na objektivno nujnost. Tako je npr. zavrnitev dobave, ki sicer lahko pomeni zlorabo prevladujočega položaja, opravičljiva zaradi omejitev v proizvodnji, tveganju glede kakovosti, varnosti ipd. Druga skupina razlogov so tisti razlogi, zaradi katerih podjetje zaščiti svoje komercialne interese, tretja skupina pa je učinkovitost. Pri slednji skupini razlogov se prevladujoče podjetje sklicuje na zakonitost ravnanja zaradi povečanja učinkovitosti. Npr. kratkoročne promocijske ponudbe so potrebne zaradi seznanitve potrošnikov z novimi proizvodi (*O'Donoghue, Padilla, 2006: 228–230*).

Gre torej za kriterij, ki se upošteva pri vseh vrstah domnevnih zlorab prevladujočega položaja, na pomen katerega opozarja tudi Komisija EU v Navodilih (tč. 28–31). Komisija EU v tč. 28 Navodil navaja, da lahko prevladujoče podjetje dokaže, da je bilo njegovo ravnanje objektivno potrebno ali da je posledica njegovega ravnanja bistveno večja učinkovitost, ki pretehta kakršnekoli protikonkurenčne učinke na potrošnike. Pri oceni dopustnosti tega Komisija EU oceni nujnost ravnanja in njegovo sorazmernost s ciljem, ki ga prevladujoče podjetje skuša doseči. Na objektivno potrebno in sorazmerno ravnanje kažejo zunanji dejavniki, kot so zdravstveni in varnostni razlogi, ki so povezani z značilnostmi proizvoda. Kar zadeva opravičljiv razlog za ravnanje, ki temelji na večji učinkovitosti, pa mora podjetje izkazati kumulativno izpolnitev naslednjih dejavnikov (tč. 30 Navodil):

- doseganje večje učinkovitosti z zadevnim ravnanjem;
- ravnanje je nujno za doseganje te večje učinkovitosti;
- učinkovitost odtehta vse morebitne negativne učinke na konkurenco in blaginjo potrošnikov na prizadetih trgih;

- ravnanje ne sme izključiti učinkovite konkurence z odpravo vseh ali večine obstoječih virov dejanske ali potencialne konkurence.³⁹

Kot je bilo omenjeno že v uvodu, je na področju roparskih cen izjemno težavno ločevanje med zakonitimi in nezakonitimi ravnanji. Oblikovanje cen pod stroški je namreč lahko skladno s številnimi razlagami, kot so potreba po odpravi zalog, sploh npr. kvarljivega blaga ipd. Zato nekateri avtorji opozarjajo na verjetnost, da je domneva prvega testa v zadevi *AKZO proti Komisiji* ovrgljiva (Faull, Nikpay, 2007: 379). *O'Donoghue* in *Padilla* v zvezi s takimi opravičljivimi razlogi navajata tudi trge, na katerih se lahko čez čas dosežejo dinamične učinkovitosti. Taki trgi namreč zahtevajo velike in vnaprej tvegane investicije ter vključujejo začetno izgubo podjetja z namenom povečanja potrošniškega dojemanja, s čimer pridobijo obseg, izkušnje ali druge učinkovitosti, ki so potrebne za zmanjšanje stroškov (*O'Donoghue, Padilla*, 2006: 244).

8. Zaključek

Oblikovanje roparskih cen je odvisno od učinkovitosti tovrstnega ravnanja, na kar lahko vplivajo številni dejavniki. Vsekakor je tak dejavnik v prvi vrsti obstoj prevladujočega položaja podjetja, saj se strategija oblikovanja roparskih cen izkaže za dobičkonosno le, če podjetje na upoštevem trgu uživa znatno tržno moč, zaradi katere lahko ravna neodvisno od drugih udeležencev na trgu. Je pa oblikovanje roparskih cen tvegana strategija, saj obstaja možnost, da podjetje s prevladujočim položajem izgub, ki jih je imelo v času zaračunavanja roparskih cen, ne bo moglo pokriti v prihodnosti. Ne glede na to se možnost pokritja izgube v prihodnosti v konkurenčnem pravu EU ne obravnava kot predpostavka oz. pogoj za obstoj nezakonitosti tega ravnanja v okviru člena 102 PDEU, ampak se upošteva zgolj kot eden od dejavnikov obstoja nezakonitosti.

Navodila Komisija EU sicer upoštevajo prakso roparskih cen, kot jo je oblikovalo Sodišče, obenem pa se od nje tudi pomembno odmikajo. Zato bo zanimivo videti, kako bo ukrepalo oz. odločilo Sodišče v morebitnih prihodnjih primerih oblikovanja roparskih cen: ali bo sledilo testu, postavljenemu v zadevi *AKZO proti Komisiji* s PVS in PSS kot izhodiščnimi stroški ter namero po izključitvi konkurentov s trga, ali pa bo sledilo Navodilom Komisije EU in svoje odločitve utemeljilo na PIS in DPMS, čeprav – kot je bilo ugotovljeno – med njimi praviloma ne obstaja bistvena razlika, ter na analizi protikonkurenčnega zaprtja trga.

³⁹ Dokazno breme tega nosi podjetje s prevladujočim položajem (tč. 31 Navodil).

Literatura / References

Bishop, S., Walker, M. (2010) *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (London: Sweet & Maxwell).

Faull, J., Nikpay, A. (2007) *The EC Law of Competition* (Oxford: Oxford University Press).

Glöckner, J., Bruttel, L.V. (2010) Predatory pricing and recoupment under EU competition law –Per se rules, underlying assumptions and the reality: Results of an experimental study, *European Competition Law Review*, 31(11), str. 423–431.

Jones, A., Sufrin, B. (2008) *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford: Oxford University Press).

Lovdahl Gormsen, L. (2010) What European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC should be Withdrawn, 31(2), str. 45–51.

Mestäcker, E.-J., Schweitzer, H (2004) *Europäisches Wettbewerbsrecht* (München: Verlag C. H. Beck).

Monti, G. (2007) *EC Competition Law* (Cambridge: Cambridge University Press).

Motta, M. (2004) *Competition Policy: Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press).

O'Donoghue, R., Padilla J. A (2006) *The Law and Economics of Article 82 EC* (Oxford: Hart Publishing).

Philips, L, Moras, I. M. (1993) The AKZO Decision: A Case of Predatory Pricing?, *The Journal of Industrial Economics*, XLI(3), str. 315–321.

Ridyard, D. (2009) The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues, *European Competition Law Review*, 30(5), str. 230–236.

Rousseva, E. (2010) *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law* (Oxford: Hart Publishing).

Whish, R. (2009) *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press).

Wurmnest, W. (2008) in Drexl, J. et al. (ed.) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* (Berlin, Heidelberg: Springer Verlag).