

Cenovno predatorstvo v Sloveniji: pravno razlogovanje v perspektivi naziranj Komisije in Sodišča EU

TIL ROZMAN

Povzetek

Prispevek analizira kronološko zadnjo in doslej najpomembnejšo odločbo Urada RS za varstvo konkurence, ki obravnava cenovno predatorstvo, in sicer v perspektivi normativnega okvira v Republiki Sloveniji in Evropski uniji ter praksi Komisije in Sodišča EU. Avtor ugotavlja, da odločba sledi novejšim konceptom in naziranjem o cenovnem predatorstvu v EU, vendar še vedno poudarja ugotavljanje izključitvenega namena namesto protikonkurenčnih učinkov. Avtor ugotavlja tudi precejšna terminološka razhajanja v teoriji in neskladja s slovenskimi prevodi relevantnih dokumentov in sodne prakse.

Ključne besede: • cenovno predatorstvo • Urad RS za varstvo konkurence • sodna praksa • Komisija • stroški • nadomestitev izgub zaradi predatorskih cen • izključitveni namen

KONTAKTNI NASLOV: Til Rozman, univ. dipl. prav., mladi raziskovalec, Fakulteta za družbene vede, Univerza v Ljubljani, Kardeljeva ploščad 5, SI-1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: til.rozman@fdv.uni-lj.si

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

UDK: 347.733:061.1EU+338.53

JEL: D40, K21

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

Predatory Pricing in Slovenia: A Legal Reasoning with regard to the EU Commission's and Court's Notions

TIL ROZMAN

Abstract

The paper analyzes chronologically the last and most important decision of the Slovenian Competition Protection Office, that deals with predatory pricing, especially in the perspective of the regulatory frameworks of both the EU and the Republic of Slovenia and in the practice of the EU Commission and the Court. It is found that the analyzed decision is consistent with the latest concepts and reasoning about predatory pricing in the EU, although still emphasizes predatory intent instead of anti-competitive effects. As a conclusion it is argued that there are substantial differences and discrepancy in the terminology within the Slovene jurisprudence, translated relevant documents and case law.

Keywords: • predatory pricing • Competition Protection Office of the Republic of Slovenia • case law • EU Commission • costs • recoupment • predatory intent

CORRESPONDENCE ADDRESS: Til Rozman, LLB researcher, Faculty of Social Sciences, University of Ljubljana, Kardeljeva ploščad 5, SI-1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: til.rozman@fdv.uni-lj.si

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

UDC: 347.733:061.1EU+338.53

JEL: D40, K21

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

1. Uvod

Temeljna ideja v predmetnem prispevku analizirane cenovne strategije je enostavna – podjetje s prevladujočim položajem ponuja proizvode ali storitve po tako nizkih cenah (s prodajo ustvarja kratkoročno izgubo), da konkurente izključi s trga oz. jih odvrča od vstopa na trg, in sicer zato, da lahko v naslednji fazi, tj. po izključitvi konkurentov oz. preprečitvi njihovega vstopa, ustvarja monopolni dobiček, s katerim več kot pokrije pretekle izgube (Bolton, Brodley, Riordan, 2000: 3–4; OECD, 1989: 2 in 6–11; Grilc, 2009: 84–85; Rouseva, 2010: 133).¹ Razumevanje in presoja cenovnega predatorstva se v Evropski uniji (v nad.: EU) in Združenih državah Amerike (v nad.: ZDA) pomembno ter doktrinarno razlikujeta predvsem glede vprašanja *recoupmenta*, tj. nadomestitve izgub zaradi predatorskih cen (Repas, 2012: 16–17). V ZDA je nadomestitev izgub zaradi predatorskih cen (od sodbe v zadevi Brooke)² nujni pogoj cenovnega predatorstva (Bolton, Brodley, Riordan, 2000: 20–25), v EU pa ne.³

Prispevek se osredotoča na analizo kronološko zadnje odločbe Urada Republike Slovenije za varstvo konkurence (v nad.: UVK), ki se nanaša na cenovno predatorstvo, in sicer predvsem z vidika njene skladnosti s prakso Sodišča EU (v nad.: Sodišče) in Komisije EU (v nad. Komisija) ter z vidika Razpravljalnega dokumenta Generalnega direktorata za konkurenco o uporabi člena 82 glede izključevalnih zlorab (v nad.: Razpravljalni dokument)⁴ in Navodil glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe za izključevalna ravnanja⁵ (v nad.: Navodila).⁶ Ker po vedenju avtorja analiza slovenske presoje cenovnega predatorstva še ni bila opravljena, analizirana odločba št. 306-14/2009- 239 z dne 13.02.2012 (v nad.: Odločba),⁷ izdana v postopku, uvedenem zoper Mobitel d.d. oz. danes Telekom Slovenije d.d. (v nad.: Podjetje), pa je bila tudi medijsko relativno odmevna

¹ Gl. tudi OECD, *Predatory Pricing*, 1989, str. 2

[<http://www.google.si/url?sa=t&rc=tj&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CE8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fdataoecd%2F7%2F54%2F2375661.pdf&ei=75ArULT5LuXa4QTG6YH4AQ&usq=AFQjCNHI5BUKfghAI0ZiR5INtkEwKvUbmA&sig2=Wm4xr-ry1yk4JvkiI6iXZrQ&cad=rja>] (obiskano: 16.10.2012).

² *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993).

³ Glej npr. zadevo C-333/94 P, *Tetra Pak proti Komisiji*, Z.Odl. 1996, str. I-5951; gl. tudi Razpravljalni dokument Generalnega direktorata za konkurenco o uporabi člena 82 glede izključevalnih zlorab, tč. 121–123.

⁴ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

⁵ UL C 45, 24.2.2009, str. 7.

⁶ Communication from the Commission: Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings.

⁷ Avtor je Odločbo prejel na podlagi zahteve za dostop do informacij javnega značaja, saj je na spletni strani UVK javno objavljen le njen izrek.

odločitev UVK (glej npr. Gole in Ropret, 2012; Modic, 2012) in je obenem vsebinsko ter z vidika pravne argumentacije bogata (glede na siceršnjo skromno upravno ter sodno prakso presoje cenovnega predatorstva v Republiki Sloveniji), avtor v nadaljevanju kratko predstavlja in analizira nekatere njene dele.

2. Pravna podlaga

Poleg člena 102 Pogodbe o delovanju Evropske Unije⁸ (v nad.: PDEU) oz. prejšnjega člena 82 Pogodbe o ustanovitvi Evropske Skupnosti,⁹ ki ga je smiselno¹⁰ razlagati v perspektivi Navodil in Razpravljalnega dokumenta, predstavlja pravno podlago prepovedi cenovnega predatorstva v Republiki Sloveniji Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (v nad.: ZPOmK-1),¹¹ ki v 9. členu prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja. Tako v prvi alineji četrtega odstavka določa, da zloraba prevladujočega položaja pomeni (med drugim tudi):

»/.../ posredno ali neposredno določanje nepoštenih prodajnih ali nakupnih cen ali drugih nepoštenih poslovnih pogojev«.

Vsebinsko sta 9. člen ZPOmK-1 in člen 102 PDEU podobna. Najpomembnejša razlika je v delu, kjer se za uporabo člena 102 PDEU zahteva, da gre za ravnanje enega ali več podjetij na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu, ki bi lahko prizadelo trgovino med državami članicami EU, česar ZPOmK-1 ne zahteva,¹² kar je tudi popolnoma razumljivo, glede na to, da je vpliv na trgovino med državami članicami

⁸ UL C 83, 30.3.2012, str. 47.

⁹ »Kot nezdržljiva z notranjim trgovom je prepovedana vsaka zloraba prevladujočega položaja enega ali več podjetij na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu, kolikor bi lahko prizadela trgovino med državami članicami. Takšna zloraba je zlasti:

(a) neposredno ali posredno določanje *nepoštenih nakupnih ali prodajnih cen* ali drugih nepoštenih pogojev poslovanja;

(b) omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega razvoja na škodo potrošnikov;

(c) uporaba neenakih pogojev za primerljive posle z drugimi trgovinskimi partnerji, ki slednje postavlja v podrejen konkurenčni položaj;

(d) sklepanje pogodb, ki s pogodbenikom narekujejo sprejetje dodatnih obveznosti, ki po svoji naravi ali glede na trgovinske običaje nimajo nikakršne zveze s predmetom takšnih pogodb.« (Poudaril T. R.).

¹⁰ Smiselno zato, ker gre za naziranje Komisije oz. Generalnega direktorata; zgolj smiselno (in ne nujno) pa zato, ker dokumenta sama izrecno določata, da nimata neposrednih pravnih učinkov.

¹¹ Uradni list RS, št. 36/2008, 40/2009 (ZPOmK-1A), 26/2011 (ZPOmK-1B), 87/2011 (ZPOmK-1C) in 57/2012 (ZPOmK-1D).

¹² Prim. člen 102(1) PDEU z 9. členom ZPOmK-1.

kriterij oz. predpostavka za uporabo člena 102 PDEU in s tem za uporabo pravil konkurenčnega prava EU.

3. Kontekstualizacija zadeve »Itak Džabest«

UVK je v Odločbi presojal, ali pomeni cenovna politika Podjetja glede naročniškega paketa »Itak Džabest« (v nad.: Paket) zlorabo prevladujočega položaja v smislu 9. člena ZPOMK-1 oz. člena 102 PDEU. V postopku je bilo ugotovljeno, da je imelo Podjetje ob uvedbi Paketa skoraj 60-odstotni tržni delež¹³ na upoštevem storitvenem trgu, tj. na trgu maloprodaje mobilnih telekomunikacijskih storitev,¹⁴ in na upoštevem geografskem trgu, tj. na celotnem območju Republike Slovenije,¹⁵ in posledično torej prevladujoč položaj.¹⁶ Določba petega odstavka 9. člena ZPOMK-1 namreč postavlja domnevo, da ima podjetje, katerega tržni delež na trgu RS presega 40 %, prevladujoč položaj.

V postopku je UVK ugotovil, da je Podjetje oblikovalo ceno Paketa tako nizko, da je ustvarjalo izgube (saj prihodki niso pokrivali prirastnih stroškov¹⁷) in da je bila takšna cenovna strategija oblikovana z namenom izrinjanja konkurentov s trga.¹⁸ Glede na navedeno je UVK izdal odločbo, katere izrek v 1. točki določa:

*»Podjetje Telekom Slovenije d.d., Cigaletova 15, Ljubljana (prej podjetje Mobitel d.d., Vilharjeva 23, Ljubljana), je kršilo 9. člen Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (Ur.l. RS, št. 36/08, 40/09, 26/2011 in 87/2011) in 102. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (Ur.l. C 115, z dne 9. maja 2008, prej 82. člen Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (Ur.l. RS, št. 7/04)), s tem, da je od novembra 2008 do julija 2010 z namenom okrepitve ali ohranitve svoje tržne moči na pomembnem delu maloprodajnega trga mobilnih telekomunikacijskih storitev ponujalo maloprodajni paket Itak Džabest po nepoštenih prodajnih cenah, saj so bili **prirastni prihodki tega paketa nižji od prirastnih stroškov**, ki jih je imelo podjetje Telekom Slovenije d.d. s povprečnim naročnikom oziroma ki bi jih imel enako učinkovit konkurent, zaradi česar je obstajala **verjetnost izrinjanja konkurentov s trga**, s*

¹³ Odločba, tč. 203, tabela 5.

¹⁴ Prav tam, tč. 195.

¹⁵ Prav tam, tč. 202.

¹⁶ Prav tam, tč. 203.

¹⁷ Prirastni stroški predstavljajo spremembo celotnih stroškov zaradi spremembe proizvodnje storitev za prirast storitev, matematično pa predstavljajo razliko med celotnimi stroški ob predpostavki, da se določen prirast storitev proizvaja, in celotnimi stroški ob predpostavki, da se ta prirast ne proizvaja (Jošt, 2009: 23).

¹⁸ Prav tam, tč. 217.

čimer je zlorabilo prevladujoč položaj na maloprodajnem trgu mobilnih telekomunikacijskih storitev.» (poudaril T. R.)

Ker so v Odločbi, kot je bila posredovana avtorju, zaradi varstva osebnih podatkov in poslovnih skrivnosti, počrtnjeni številni podatki, na temelju katerih je UVK ugotavljal (in ugotovil) dejansko stanje, predmetni prispevek ne analizira tozadevnih ugotovitev (predvsem vprašanj glede izvedbe dokaznega postopka in presoje dokazov). Glede na navedeno se avtor osredotoča le na izbrane dele Odločbe, in sicer v perspektivi vprašanj (1) stroškovne analize, (2) nadomestitve izgub zaradi predatorskih cen in (3) izključitvenega namena. Avtor se torej osredotoča predvsem na tiste dele Odločbe, kjer UVK pojasnjuje subsumpcijo ugotovljenih dejstev pod 9. člen ZPOmK-1 oz. člen 102 PDEU, ne pa na postopek ugotavljanja teh dejstev.

4. Odločba v perspektivi stroškovne analize cenovnega predatorstva – kateri stroški naj se uporabijo kot referenčno merilo

4.1. Uporaba prirastnih stroškov kot odmik od praske Sodišča in naziranja Komisije

V postopku je Podjetje zatrjevalo in z lastnimi izračuni ter ekspertizo svetovalne družbe dokazovalo, da je cena Paketa prinašala pozitivno maržo (tako oblikovana cena pa naj ne bi mogla biti predatorska).¹⁹ UVK je pojasnil, da je izračun napačen, saj je Podjetje kot prihodke tekočega meseca prikazalo naročnine, plačane v tekočem (namesto preteklem) mesecu. Naročnina Paketa se namreč plačuje vnaprej, tj. za prihodnji mesec, zato je tako zbrana sredstva potrebno primerjati s stroški prihodnjega (in ne tekočega) meseca.²⁰ Tako popravljen izračun pa je po mnenju UVK pokazal, da je bila marža Podjetja negativna.²¹

Obrazložitev UVK glede izbora stroškovne metode (tj. zakaj je kot referenčno merilo uporabil prirastne stroške) je relativno skromna, saj je pojasnjena na naslednji način:

»/.../je treba poudariti, da je Urad sledil merilom, ki jih je uporabila svetovalna družba Analysys Mason. Pri tem je treba poudariti, da merilo povprečnih izogibnih stroškov (AAC) ne more biti upoštevno pri telekomunikacijah, kajti sicer bi lahko prevladujoči mobilni operater (če šteje stroške svojega omrežja za fiksne) ponujal paket še bistveno

¹⁹ Prav tam, tč. 224.

²⁰ Prav tam, tč. 226.

²¹ Prav tam, tč. 225.

ceneje. Zato je nujno v izračun vključiti prirastne stroške omrežja, tudi če podjetje ni samó zaradi uvedbe tega paketa povečalo kapacitet. Poleg tega pa je zaradi selektivnosti izkazan tudi namen izrinjanja konkurentov s trga.»²²

Utemeljevanje Odločbe na zatrjevanju, da nepoštene prodajne cene izhajajo iz dejstva, da so bili prirastni prihodki Paketa nižji od prirastnih stroškov Paketa,²³ nakazuje na odmik UVK od dela sodne prakse Sodišča, na katero se UVK v Odločbi sicer sklicuje.²⁴ Tako je npr. Sodišče v zadevi *AKZO proti Komisiji*,²⁵ ki se pogosto navaja kot vodilni sodni primer presoje cenovnega predatorstva v EU (Fox, 1997: 351–352), pojasnilo, da je cena predatorska tedaj, ko je nižja bodisi od povprečnih mejnih stroškov²⁶ bodisi od povprečnih skupnih stroškov (v slednjem primeru se zahteva tudi dokaz, da je tako postavljena cena del izključitvenega načrta).²⁷ Takšno naziranje je Sodišče pozneje ponovilo tudi v zadevi *Tetra Pak proti Komisiji*²⁸ (Tetra Pak II) in *France Télécom proti Komisiji*.²⁹ Predstavljena sodna praksa je torej postavila referenčno merilo glede na povprečne mejne in povprečne skupne stroške, pri čemer se pri ceni, nižji od povprečnih mejnih stroškov, domneva izključitveni namen. Pri ceni, ki je višja od povprečnih mejnih stroškov, a nižja od povprečnih skupnih stroškov, pa je za ugotovitev cenovnega predatorstva potrebno presoditi, ali je tako oblikovana cena del načrta, katerega namen je izključiti konkurenta.

Odločba nakazuje tudi na odmik od naziranja Komisije, saj Navodila, na katere se UVK v Odločbi prav tako večkrat sklicuje,³⁰ kot merilo načeloma postavljajo povprečne izogibne stroške (PIS):³¹

»Komisija meni, da izguba nastane, če ima ali je imelo prevladujoče podjetje izgubo, ki bi se ji lahko izognilo in je nastala zaradi zaračunavanja nižjih cen za vse ali poseben del njegove proizvodnje v ustreznem obdobju ali zaradi razširitve proizvodnje v ustreznem obdobju. Komisija bo pri oceni, če prevladujoče podjetje ima oziroma je imelo izgubo, ki bi se ji lahko izognilo, kot izhodišče uporabila PIS.»³²

²² Prav tam, tč. 240.

²³ Prav tam, gl. npr. tč. 212, 236, I. tč. izreka.

²⁴ Prav tam, gl. npr. tč. 235.

²⁵ Zadeva C-62/86, *AKZO proti Komisiji*, ZOdl. 1991, str. I-3359.

²⁶ Prav tam, tč. 71.

²⁷ Prav tam, tč. 72.

²⁸ Zadeva C-333/94 P, *Tetra Pak proti Komisiji*, ZOdl. 1996, str. I-5951, tč. 41.

²⁹ Zadeva T-340/03, *France Télécom proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-107, tč. 109.

³⁰ Odločba, gl. npr. tč. 220–222, 229, 236.

³¹ Povprečni izogibni stroški predstavljajo povprečje stroškov, ki bi se jim podjetje lahko izognilo, če ne bi proizvedlo določene količine (dodatnih) proizvodov (Navodila, op. 18).

³² Navodila, tč. 64.

4.2. Skladnost izbora stroškovne metode z naziranjem Komisije

Avtor meni, da bi v Odločbi morale biti pojasnjene, da je metoda dolgoročnih prirastnih stroškov (angl. »long run incremental cost« oz. LRIC) prevladujoča metoda za oblikovanje in presojo stroškovno naravnanih in učinkovitih cen na medoperaterskem trgu elektronskih komunikacij, ki jo je že leta 1997 prvi uvedel britanski regulator *Oftel* (Jošt, 2009: 49). Komisija pa jo je leta 1997 v okviru Direktive Evropskega parlamenta in Sveta (EC) št. 97/33 z dne 30. junija 1997 o medomrežnem povezovanju v telekomunikacijah glede zagotavljanja univerzalne storitve in medobratovalnosti z uporabo načel zagotavljanja odprtosti omrežij³³ predlagala kot osnovo za izračun stroškovno naravnanih cen univerzalnih storitev in medomrežnega povezovanja (Jošt, 2009: 50), pri čemer je kot priporočeno stroškovno metodologijo izbrala ravno pristop dolgoročnih povprečnih prirastnih stroškov (angl. »long run average incremental cost« oz. LRAIC), ki vključuje tudi fiksne stroške, neposredno povezane z določeno storitvijo (Intven, Oliver, Sepulveda, 2000). Bistvo uporabljene metode je merjenje razlike v stroških, ki nastanejo s proizvodnjo določene storitve, in stroški, če se storitev ne proizvaja (Jošt, 2009: 53).

Avtor ugotavlja, da je UVK z utemeljevanjem cenovnega predatorstva (na maloprodajnem trgu mobilnih telekomunikacijskih storitev) na temelju prirastnih stroškov, ravnal povsem skladno z Navodili, ki izrecno določajo, da bo Komisija kot referenčno merilo uporabila povprečne izogibne stroške in dolgoročne povprečne prirastne stroške,³⁴ pri čemer se enako učinkovitemu konkurentu lahko omeji dostop do trga praviloma le z oblikovanjem cen, ki so nižje od slednjih.³⁵ Na temelju izvedenega testa enako učinkovitega konkurenta, je UVK ugotovil, da konkurenčni podjetji (tudi če sta enako učinkoviti kot Podjetje) ne moreta konkurirati na tem segmentu trga, ne da bi ustvarjali izgubo.³⁶ Zato je bila z vidika Navodil in siceršnjega naziranja Komisije uporaba merila LRAIC vsekakor pravilna.

Glede na navedeno ter upošteva dejstvo, da je bila metoda, utemeljena na prirastnih stroških, že uporabljena s strani Komisije v zadevi *Deutsche Post*,³⁷ avtor ugotavlja, da odločitev UVK, da ne upošteva povprečnih mejnih oz. povprečnih skupnih oz. povprečnih izogibnih stroškov, predstavlja zgolj navidezen odmik od Navodil.

³³ UL L 199, 26.7.1997, str. 32.

³⁴ Prav tam, tč. 26; slovenska verzija dokumenta prevaja »long-run average incremental cost« kot »dolgoročne povprečne mejne stroške«.

³⁵ Prav tam, tč. 67.

³⁶ Odločba, tč. 236.

³⁷ OJ L 125, 5.5.2001, str. 27.

4.3. Skladnost izbora stroškovne metode s prakso Sodišča

Če izhajamo iz zgornje ugotovitve, da Odločba sledi Navodilom, je odgovor na vprašanje, ali Odločba pomeni odmik od dosedanje prakse Sodišča, enak odgovoru na vprašanje, ali Sodišče sledi Navodilom Komisije. Takšno vprašanje si je slovenska teorija (nedavno) že zastavila, in sicer:

»Navodila Komisije 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.« (Repas, 2012: 23).

Če je slovenska teorija navedeno vprašanje že zastavila, pa nanj še ni odgovarjala. V tej zvezi avtor izpostavlja novejšo sodbo Sodišča, izdano v postopku predhodnega odločanja, in sicer v zadevi *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*.³⁸ Pred danskim Vrhovnim sodiščem se je zastavilo (predhodno) vprašanje razlage člena 102 PDEU, saj je podjetje Post Danmark selektivno ponujalo razpošiljanje nenaslovljene pošte po cenah, nižjih od povprečnih skupnih stroškov, a višjih od povprečnih prirastnih³⁹ stroškov. Sodišče je odločilo:

*»Člen 82 ES je treba razlagati tako, da politike nizkih cen, ki jih uporablja podjetje s prevladujočim položajem za nekatere nekdanje stranke konkurenta, ni mogoče šteti za prakso zlorabe v obliki izrinjenja zgolj zato, ker to podjetje za eno od teh strank uporablja ceno, ki je nižja od povprečnih celotnih stroškov, pripisanih zadevni dejavnosti, vendar višja od **povprečnih dodatnih stroškov**, ki se nanašajo na to dejavnost, kot so bili ocenjeni v postopku, ki je bil povod za postopek v glavni stvari. Za presojo, ali v okoliščinah, kakršne so v navedeni zadevi, obstajajo protikonkurenčni učinki, je treba preučiti, ali je rezultat te cenovne politike, če ni objektivno utemeljena, dejansko ali verjetno izrinjenje tega konkurenta v škodo konkurence in tako interesov potrošnikov.«^{40, 41}*

Glede na predstavljeno naziranje, kjer je Sodišče kot relevantne ugotavljalo prirastne stroške (in obenem postavilo zahtevo po dodatnem dokazu, tj.

³⁸ Zadeva C-209/10, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, OJ C 151, 26.5.2012, str. 4 (še neobjavljena v ZOdI).

³⁹ Slovenski prevod sodbe tolmači »*incremental average costs*« kot povprečne dodatne stroške in ne kot povprečne prirastne stroške.

⁴⁰ OJ C 151, 26.5.2012, str. 4.

⁴¹ Poudaril T. R.

dejansko ali verjetno izrinjenje konkurenta v škodo konkurence), avtor sklepa, da je oz. bo Sodišče naziranje Komisije sprejelo najmanj v delu, ki se nanaša na prirastne stroške. Seveda pa bo na (ustaljeno) prakso Sodišča in dokončni odgovor na zgoraj zastavljeno vprašanje treba še počakati.

5. Odločba v perspektivi izključitvenega namena

5.1. Razlogovanje UVK

UVK je Odločbo utemeljeval na namenu Podjetja po izključitvi konkurentov oz. omejitvi vstopa potencialnim novim konkurentom. Avtor pojasnjuje, da se – ker mu (zaradi varstva poslovne skrivnosti in posledične počrtnitve nekaterih delov Odločbe) niso znana dejstva, ki jih UVK v Odločbi označuje kot »razloge Podjetja za sprejem odločitve o uvedbi Paketa« in se nanje sklicuje ter utemeljuje, da je iz njih razviden namen (1) okrepitev ali ohranitve tržne moči (ne pa namen izključitve) in (2) ustvariti si sloves agresivnega konkurenta (vstopna ovira *per se*), zaradi česar naj bi se zmanjšala možnost vstopa novih konkurentov ter povečala verjetnost izključitve obstoječih konkurentov⁴² – osredotoča na drugo, tj. njemu dostopno (in obenem prevladujočo) argumentacijo Odločbe, ki utemeljuje izključitveni namen.

UVK v Odločbi ugotavlja, da je bila uvedba Paketa s strani Podjetja:

»/.../ ravnanje, ki predstavlja zlorabo prevladujočega položaja, saj je z namenom izrinjanja konkurentov s trga določilo ceno paketa, ki je bila tako nizka, da to podjetje s prihodki, ki jih je imelo iz tega naslova, ni pokrivalo prirastnih stroškov, ki so mu z zagotavljanjem storitev v tem paketu nastajali, tako da enako učinkovit operater ni mogel cenovno konkurirati navedenemu paketu, ne da bi pri tem utrpel izgube.«^{43, 44}

Izključitveni namen Podjetja naj bi izhajal iz dveh dejstev, in sicer:

1) Podjetje pred uvedbo Paketa ni opravilo predhodne stroškovne analize.

UVK je poudaril, da so pri izračunu marže relevantni le tisti stroški in prihodki, ki jih je Podjetje ob oblikovanju svoje ponudbe lahko vnaprej načrtovalo.⁴⁵ Podjetje v postopku ni dokazalo, da bi poleg analize povpraševanja in analize konkurenčnih ponudb izvedlo kakršnokoli stroškovno kalkulacijo. Edini motiv pri uvedbi Paketa naj bi bilo oblikovati vodilno ponudbo, tako da je bil Paket »/.../vedoma uveden kot

⁴² Odločba, tč. 237.

⁴³ Prav tam, tč. 217.

⁴⁴ Poudaril T. R.

⁴⁵ Prav tam, tč. 226.

*neprekosljiv za druge operaterje tudi za ceno kratkoročnih izgub.*⁴⁶ Glede na navedeno naj ne bi bilo mogoče šteti, da je bila predhodna odločitev (uvedba Paketa) sprejeta v dobri veri, da bo dobičkonosna.⁴⁷

- 2) Paket je usmerjen v segment mladih, tj. segment, ki za najbližjega konkurenta predstavlja pomemben del naročnikov.⁴⁸ Sklicujoč se na naziranje Komisije, da je za podjetje s prevladujočim položajem cenovno predatorstvo lažje in cenejše, če nizke cene oblikuje selektivno za posamezne stranke,⁴⁹ UVK pojasnjuje, da je selektivno znižanje cen učinkovito zlasti na segmentu, ki je za konkurenta pomemben,⁵⁰ tj. segment mladih.

Četudi ni prišlo do dejanske izključitve konkurentov, to samo po sebi seveda ne kaže na odsotnost zlorabe prevladujočega položaja, saj izključitev konkurentov ne predstavlja *conditio sine qua non* cenovnega predatorstva. Podjetje s prevladujočim položajem ima lahko interes »zgolj« disciplinirati konkurenta, s čimer prepreči morebitno prodajo njegovega premoženja drugemu subjektu po nizki ceni – v tem primeru bi namreč (namesto izključenega konkurenta) vstopil nov konkurent, tako da premoženje izključenega konkurenta ne bi bilo izključeno s trga.⁵¹

5.2. Skladnost naziranja UVK z Navodili Komisije

Avtor ugotavlja, da Navodila ne pomenijo »le« premika Komisije od povprečnih variabilnih stroškov in povprečnih skupnih stroškov k povprečnim izogibnim stroškom in dolgoročnim povprečnim prirastnim stroškom, temveč kažejo tudi na odmik od drugega elementa testa, vzpostavljenega z zadevo AKZO – tj. namena izključitve. Dejstvo je, da Navodila ne omenjajo (predatorskega) namena po izključitvi konkurenta (»predatory intent«), temveč protikonkurenčno omejevanje dostopa,⁵² ki se ugotavlja s pomočjo že omenjenega testa enako učinkovitega konkurenta in naslednjih dejavnikov:

⁴⁶ Prav tam, tč. 228.

⁴⁷ Prav tam, tč. 229–230.

⁴⁸ Prav tam, tč. 238 in 240.

⁴⁹ Navodila, tč. 72.

⁵⁰ Odločba, tč. 232.

⁵¹ »Komisija meni, da ni potrebno pokazati, da so konkurenti zapustili trg, da bi dokazali, da je šlo za protikonkurenčno omejevanje dostopa. Ne moremo izključiti možnosti, da je lahko prevladujočemu podjetju ljubše, da prepreči živabno konkuriranje konkurenta in ga prisili, da sledi njegovemu oblikovanju cen, kot pa da bi ga iz trga popolnoma izključil. Takšno discipliniranje prepreči tveganja, povezana z izključitvijo konkurenta, zlasti tveganje, da bi se premoženje konkurenta prodalo po nizki ceni in ostalo na trgu, s tem pa bi se ustvarilo novega nizke cenovnega udeleženca na trgu.« (Navodila, tč. 69).

⁵² Prav tam, tč. 63 in 67–73.

- položaja prevladujočega podjetja – izrazitejši kot je prevladujoči položaj, večja je verjetnost, da bo ravnanje, ki ščiti ta položaj, povzročilo protikonkurenčno omejevanje dostopa;⁵³
- pogojev na upoštevem trgu – mišljeni so pogoji vstopa na trg in širitve, na katere vplivajo ekonomija obsega in/ali razpona ter mrežni učinki;⁵⁴
- položaja konkurentov prevladujočega podjetja – gre za dejavnik pomembnosti konkurentov pri ohranjanju učinkovite konkurence; četudi ima konkurent majhen tržni delež, ima lahko pomembno konkurenčno vlogo npr. zaradi svoje inovativnosti;⁵⁵
- položaja strank ali dobaviteljev vložkov – gre za vprašanje selektivnosti ravnanja, tj. ali je ravnanje usmerjeno le na tiste stranke (ali dobavitelje vložkov), ki so za konkurenta še posebej pomembni;⁵⁶
- obsega domnevnih zlorab – obseg domnevne zlorabe je praviloma odvisen od (1) deleža skupne prodaje na relevantnem trgu, (2) trajanja ravnanja in (3) pogostosti ravnanja;⁵⁷
- dokazov dejanskega omejevanja dostopa – uspešnost prevladujočega podjetja in njegovih konkurentov se lahko uporabi kot neposredni dokaz protikonkurenčnega omejevanja dostopa (če je takšno ravnanje trajalo dovolj dolgo);⁵⁸
- neposrednih dokazov vseh izključevalnih strategij – gre predvsem za dokumente, iz katerih je razvidna strategija izključevanja konkurentov, in dokaze konkretnih groženj izključevalskih dejavnosti;⁵⁹
- splošne ocene Komisije, ali in kako ravnanje zmanjšuje verjetnost konkurence med udeleženci.⁶⁰

Glede na predstavljeno naziranje Komisije ter upošteva, da namen izključitve sam po sebi nima niti dejanskih niti verjetnih protikonkurenčnih učinkov in torej ne škodi potrošnikom – blaginja slednjih se zaradi (pre)nizkih cen celo poveča (primerjaj z Grilc, 2009: 97) – obenem pa ga je po avtorjevem prepričanju tudi težje dokazati (kot pa dejanski ali verjetni protikonkurenčni učinek na temelju zgoraj predstavljenih dejavnikov), avtor zaključuje, da bi se Odločba morala jasneje (ter tudi terminološko) osredotočiti na protikonkurenčne učinke in opustiti iskanje namena. V tej zvezi avtor izpostavlja, da je Sodišče že leta 1968 v zadevi *Komisija proti Italiji*⁶¹

⁵³ Prav tam, tč. 20, 1. alineja.

⁵⁴ Prav tam, tč. 20, 2. alineja.

⁵⁵ Prav tam, tč. 20, 3. alineja.

⁵⁶ Prav tam, tč. 20, 4. alineja.

⁵⁷ Prav tam, tč. 20, 5. alineja.

⁵⁸ Prav tam, tč. 20, 6. alineja.

⁵⁹ Prav tam, tč. 20, 7. alineja.

⁶⁰ Prav tam, tč. 68.

⁶¹ Zadeva 7/68, Komisija proti Italiji, ZOdl. 1968, str. 423.

(»Italian Art«) v okviru varstva prostega pretoka blaga ugotavljalo učinek in ne namena (»measures having equivalent effect«), v ZDA pa ugotavljanje predatorskega namena ni relevantno že vse od uveljavitve t. i. Areeda – Turner testa⁶² v sodni praksi, tj. praktično že od leta 1975, ko je izšel članek teh avtorjev z naslovom *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Glede na navedeno zahteva po dokazovanju namena pomeni odmik od doktrine učinka v sfero spekulacij, presoja cenovnega predatorstva pa se po nepotrebnem zapleta.

6. Odločba v perspektivi nadomestitve izgub zaradi predatorskih cen

Kot je bilo pojasnjeno že uvodoma, se bistvena razlika med presojo cenovnega predatorstva v EU in ZDA pokaže glede vprašanja nadomestitve izgub, ki jih je podjetje utrpelo zaradi prodaje po cenah, nižjih od stroškov. Sodišče je tako v zadevi *Tetra pak II* pojasnilo, da (glede na specifične okoliščine zadeve) obstoj možnosti nadomestitve izgub zaradi predatorskih cen ni nujni pogoj pri ugotavljanju cenovnega predatorstva,⁶³ kar je pozneje potrdilo v zadevi *France Télécom*.

Tudi Navodila v točki 71 jasno določajo, da se za ukrepanje Komisije ne zahteva verjetnost, da bo prišlo do nadomestitve izgub zaradi predatorskih cen, temveč zadošča že verjetnost, da bi ravnanje bodisi preprečilo bodisi odložilo znižanje cen, do katerega bi sicer prišlo. Izhajajoč iz naziranja bivše komisarke za področje konkurence *Neelie Kroes*, da je predmet varstva člena 102 PDEU konkurenca, in sicer zaradi zagotavljanja blaginje potrošnikov in učinkovite alokacije virov,⁶⁴ ter njene izjave, da je najpomembnejše varovati konkurenco (ne pa konkurente), cilj pa je izogniti se temu, da bi bili potrošniki oškodovani,⁶⁵ avtor izpostavlja naziranje Komisije, iz katerega je očitno, da ni mogoče enačiti oškodovanja potrošnikov in nadomestitve izgub zaradi predatorskih cen:

⁶² Test pokaže, da gre za cenovno predatorstvo, ko ima podjetje prevladujoč položaj in je cena pod razumno pričakovanimi povprečnimi variabilnimi stroški (Areeda, Turner, 1975: 733).

⁶³ »Furthermore, it would not be appropriate, in the circumstances of the present case, to require in addition proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses. It must be possible to penalize predatory pricing whenever there is a risk that competitors will be eliminated.« (iz zadeve *Tetra Pak II*, tč. 44).

⁶⁴ Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82 (govor na Fordham Corporate Law Institute, 23, September 2005 [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/] (obiskano 15.10.2012)).

⁶⁵ Prav tam.

»Ugotavljanje škode, povzročene potrošnikom, ni mehaničen izračun dobičkov in izgub, pa tudi dokaz skupnega dobička ni potreben. Morebitna škoda potrošnikov se lahko ugotovi z oceno verjetnega učinka omejevanja dostopa, ki nastane zaradi ravnanja, in s preučitvijo drugih dejavnikov, kot so vstopne ovire. Pri tem bo Komisija preučila tudi možnosti ponovnega vstopa na trg.«⁶⁶

Nenazadnje je tudi iz opredelitve cenovnega predatorstva v Razpravljalnem dokumentu očitno, da nadomestitev izgub zaradi predatorskih cen ni relevantna pri presoji cenovne strategije z vidika vprašanja, ali je strategijo možno subsumirati pod cenovno predatorstvo. Razpravljalni dokument namreč opredeljuje cenovno predatorstvo kot prakso podjetja s prevladujočim položajem, s katero preko zniževanja cen na kratek rok namenoma ustvarja izgubo oz. se odreka dobičku, in sicer zato, da izloči ali disciplinira enega ali več konkurentov oz. prepreči vstop enemu ali več potencialnim novim konkurentom, s čimer namenoma ovira obstoječo ali potencialno konkurenco.⁶⁷

Glede na navedeno je razumljivo, da se UVK v Odločbi glede vprašanja nadomestitve izgub zaradi predatorskih cen opira na enotno in ustaljeno prakso Sodišča in Komisije⁶⁸ ter poudarja, da za ugotovitev cenovnega predatorstva ni potreben dokaz nadomestitve izgub – UVK mora ukrepati že, če obstaja verjetnost izkrivljanja konkurence.⁶⁹ Možnost nadomestitve izgub z dvigom cen na nadkonkurenčno raven je le eden (četudi najbolj očiten) izmed motivov za oblikovanje predatorskih cen, obstajajo pa tudi številni drugi motivi, še posebej pri podjetjih v državni lasti (kot v predmetni zadevi) – npr. pridobivanje in ohranjanje ekonomije obsega.⁷⁰ Pa tudi sicer lahko podjetje izgube izravna na vrsto drugih načinov (in ne le z zvišanjem cen).⁷¹

⁶⁶ Navodila, tč. 71.

⁶⁷ *»/.../ as the practice where a dominant company lowers its price and thereby deliberately incurs losses or foregoes profits in the short run so as to enable it to eliminate or discipline one or more rivals or to prevent entry by one or more potential rivals thereby hindering the maintenance or the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.«* (Razpravljalni dokument, paragraf 93).

⁶⁸ Gl. npr. sodbo v zadevi Tetra Pak II, tč. 44; gl. tudi zadeve C-52/09, Konkurrensverket proti TeliaSonera, Z.Odl. 2011, str. I-00527, tč. 103, France Télécom, tč. 110–112, odločbo Komisije EU v zadevi COMP/34.141 - Deutsche Post AG, 5.5.2001, str. 27, in v zadevi COMP/38.233 - Wanadoo Interactive, 16.7.2003, tč. 335.

⁶⁹ Odločba, tč. 242.

⁷⁰ Prav tam.

⁷¹ Prav tam, tč. 243.

7. Sklepna razmišljanja

Določba 9. člena ZPOMK-1 je usklajena s členom 102 PDEU, praksa UVK (na katero avtor induktivno sklepa iz Odločbe) pa je tudi bolj ali manj usklajena s prakso Sodišča in z Navodili, ki jim bo po mnenju avtorja (glede na zadevo *Post Danmark*) verjetno sledilo tudi Sodišče. Avtor meni, da bi UVK skladno z Navodili lahko prešel od iskanja namena izključitve k ugotavljanju protikonkurenčnih učinkov. Avtor tudi meni, da bi bila smiselna terminološka uskladitev slovenske teorije in prakse (ali predatorske cene ali oderuške cene ali roparske cene; ali dolgoročni povprečni prirastni stroški ali dolgoročni povprečni mejni stroški ali dolgoročni povprečni dodatni stroški), saj obstoječe stanje po nepotrebnem vnaša nekaj terminološke (in siceršnje) zmede ter sili k branju dokumentov in sodb v tujih jezikih z ustaljeno terminologijo (zaradi različnega poimenovanja istih institutov slovenski prevodi žal niso zadostni). Ker naziranja glede v predmetnem prispevku obravnavane cenovne strategije izvirajo iz ZDA, kjer se strategija imenuje *predatory pricing*, njen nujni element pa je oblikovanje izjemno nizkih cen (cene so nižje od stroškov), avtor predlaga, da se v slovenski pravni terminologiji uporablja izraz *predatorske cene*, ne pa npr. *roparske* ali *oderuške*, saj tako nizke cene nikogar ne ropajo ali »odirajo«.

Literatura / References

- Areeda, P., Turner, D. F. (1975) *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, Harvard Law Review, Vol. 88, No. 4, str. 697–733.
- Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan M. H. (2000) *Predatory pricing: strategic theory and legal policy*, Boston University School of Law, Working Paper Series, Law & Economics, Working Paper No. 99-5, str. 1–141.
- Fox, E. M. (1997) *US and EU Competition Law: A Comparison*, Global Competition Policy, str. 351–352.
- Gole, N., Ropret, M. (2012) *Telekom zlorabil prevladujoči položaj*, časnik Delo z dne 15.2.2012 [<http://www.delo.si/gospodarstvo/podjetja/telekom-zlorabil-prevladujoci-polozej.html>] (obiskano: 16.10.2012).
- Grilc, P. (2009) *Cenovne zlorabe in razvoj doktrine pri predatorstvu*, Zbornih znanstvenih razprav, Letnik LXIX, str. 83–109.
- Hall, R. E. (2008) *Potential Competition, Limit Pricing, and Price Elevation from Exclusionary Conduct: 1 Issues In Competition Law and Policy 433 (ABA Section of Antitrust Law)*, str. 434 [<http://www.stanford.edu/~rehall/PotentialCompetition.pdf>] (obiskano: 16.10.2012).
- Intven, H., Oliver J., Sepulveda E. (2000) *Telecommunications Regulation Handbook* [<http://www.infodev.org/en/Publication.22.html>] (obiskano: 16.10.2012).

Jošt, S. (2009) Stroškovno oblikovanje cen telekomunikacijskih storitev, magistrsko delo, Ljubljana, UL Ekonomska fakulteta.

Modic, T. (2012) Telekom bo do zadnjega izpodbijal odločbo UVK o paketu Itak Džabest, časnik Dnevnik z dne 17.2.2012
[http://www.dnevnik.si/novice/aktualne_zgodbe/1042510320] (obiskano: 16.10.2012).

Repas, M. (2012) Povprečni izogibni stroški kot izhodišče za analizo roparskih cen v konkurenčnem pravu EU, *LeXonomica*, Let. IV, št. 1, str. 1–24.

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

Salinger, M. A. (2007) The Legacy of Matsushita: The Role of Economics in Antitrust Litigation, *Loyola University Chicago Law Journal* (USPS 303-950), Vol. 38, 2007, No. 3, str. 475–490.

Shelanski, H. (1992) Robinson-Patman Act Regulation of Intraenterprise Pricing, 80 *Cal. L. Rev.* 247, str. 247–287.