

# Ekonomski vidiki ekscesne cene

ALEŠ FERČIČ

## **Povzetek**

V prispevku avtor obravnava temeljne ekonomske vidike ekscesne cene v kontekstu člena 102 PDEU, pri čemer upošteva prakso Evropske komisije, Sodišča Evropske unije in angleškega varuha konkurence. Poudarek je na metodologiji za presojo ekonomske vrednosti opazovanega produkta in njena praktična realizacija. Avtor v tej zvezi ovrednoti prevladujočo (okvirno) formulo, kakor je bila določena v zadevi United Brands, ter ponudi izhodišča za njeno ustrezno uporabo v posamičnih primerih. Pri tem opozori na tipične napake, do katerih lahko pride zaradi posploševanja ali neupoštevanja vsakokratnih relevantnih okoliščin primera, prav tako pa se opredeli do t. i. pristopa »stroški+« in »vrednost za kupca«.

**Ključne besede:** • ekscesna cena • zloraba prevladujočega položaja • člen 102 PDEU • zadeva United Brands • ekonomska vrednost

---

KONTAKTNI NASLOV: Dr. Aleš Ferčič, docent, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: ales.fercic@um.si

ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2013 LeXonomica (Maribor)

UDK: 330.1:338.5

JEL: D40

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

## Economic aspects of excessive price

ALEŠ FERČIČ

### Abstract

In this article the author deals with fundamental economic aspects of an excessive price or excessive pricing within the context of article 102 TFEU. In this regard he considers relevant practice of the European Commission, of the Court of Justice of the European Union and of the Office of fair trading. The main emphasis is on the methodology used in order to assess the economic value of a product in question, and its practical application. In this regard the author values the main stream (frame) doctrine as defined by the Court in the United Brands case. In addition, he offers guidance for its application in individual cases. By doing so, he also identifies typical errors which can be made in case of generalization or ignorance of relevant circumstances of each particular case. Last but not least, the author also values a real meaning of the “cost+” approach and the “value for a buyer”.

**Keywords:** • excessive price • abuse of a dominant position • Article 102 TFEU • case United Brands • economic value

---

CORRESPONDENCE ADDRESS: Dr. Aleš Ferčič, assistant professor, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenia, e-mail: ales.fercic@um.si

ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2013 LeXonomica (Maribor)

UDC: 330.1:338.5

JEL: D40

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

## 1. Uvod

V tem prispevku je ekscesna cena<sup>1</sup> obravnavana kot ena izmed pojavnih oblik zlorabe prevladujočega položaja,<sup>2</sup> pri čemer je poudarek na ekonomskih vidikih.

Uvodoma naj opozorimo, da pravo Evropske unije absolutno prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja.<sup>3</sup> Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU)<sup>4</sup> namreč v členu 102 določa:

»Kot nezdržljiva z notranjim trgom 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 sopogodbenikom narekujejo sprejetje dodatnih obveznosti, ki po svoji naravi ali glede na trgovinske običaje nimajo nikakršne zveze s predmetom takšnih pogodb.«<sup>5</sup>

Iz tega lahko razberemo, da orientacijski katalog tipičnih zlorab prevladujočega položaja v členu 102 PDEU med drugim eksplicitno navaja tudi t. i. nepoštene cene, ki so sporne z vidika njihove neustrezne višine. Cena produkta je namreč lahko bodisi prenizka<sup>6</sup> bodisi previsoka glede na konkretne okoliščine primera, kot je predstavljeno v nadaljevanju.

<sup>1</sup> Kot sinonim se uporabljajo še naslednji termini: previsoka-, izkoriščevalska-, pretirana- ali oderuška cena.

<sup>2</sup> Ta obravnava se primarno vrši v kontekstu (konkurenčnega) prava Evropske unije.

<sup>3</sup> Ta določba ne prepoveduje prevladujočega položaja kot takšnega, torej ne samega po sebi, temveč šele njegovo zlorabo. Pri tem pa vendarle opozorimo, da prevladujoči položaj s seboj prinaša posebno odgovornost, ki se v praksi kaže tako, da neko tržno ravnanje, ki na splošno ni prepovedano, je prepovedano, če ga stori podjetje s prevladujočim položajem.

<sup>4</sup> UL C 83, 30. 3. 2010, str. 47.

<sup>5</sup> Zelo podobno formulacijo vsebuje 9. člen Zakona o preprečevanju konkurence (ZPOmK-1), Uradni list RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12 in 39/13.

<sup>6</sup> Če podjetje s prevladujočim položajem zaračunava prenizko ceno glede na relevantne stroške, lahko govorimo o roparski oz. predatorski ceni. Gl. Jones, Sufrin, 2011: 392–413; Whish, 2009: 729–743; Thompson, O'Flaherty, v: Roth, Rose, 2008: 955–963; Repas, 2010: 268–270; Grilc, v: Grilc, 2009: 153–155.

Neposredno pred obravnavo problematike ekscesne cene naj zaradi preglednosti še enkrat ponovimo, da je poudarek na ekonomskih vidikih ekscesne cene v kontekstu konkurenčnega prava Evropske unije.<sup>7</sup> Gre za problematiko, ki doslej v primerjavi z nekaterimi drugimi oblikami zlorab prevladujočega položaja v teoriji in praksi še ni bila deležna posebej velike pozornosti,<sup>8</sup> kar lahko ugotovimo tudi glede vprašanja, ki ga obravnavamo v tem prispevku, tj. metoda oz. metodologija za presojo ekonomske vrednosti opazovanega produkta in njena praktična realizacija.

## 2. Ekscesna cena v praksi Evropske komisije in Sodišča Evropske unije

Zloraba prevladujočega položaja v pojavni obliki ekscesne cene je v pravu Evropske unije sicer prepovedana,<sup>9</sup> vendar se v praksi redko preiskuje in sankcionira.<sup>10</sup>

Po večinskem stališču<sup>11</sup> v praksi Evropske unije za presojo ekscesnih cen še naprej ostaja referenčna zadeva *United Brands proti Komisiji*,<sup>12</sup> v kateri je Sodišče Evropske unije med drugim izpostavilo:

»The imposition by an undertaking in a dominant position directly or indirectly of unfair purchase or selling prices is an abuse to which exception can be taken under article 86 of the Treaty [zdaj člen 102 PDEU].

It is advisable therefore to ascertain *whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way*

<sup>7</sup> Ekscesna cena se lahko zaračunava na primarnem ali/in sekundarnem trgu.

<sup>8</sup> Zlasti ne v domači teoriji in praksi.

<sup>9</sup> Naj tukaj opozorimo, da takšna cenovna praksa podjetij v Združenih državah Amerike načeloma ni prepovedana. Kaže, da je prevladalo prepričanje, prvič, da (pre)visoke cene na trg privabljajo nova podjetja in krepijo konkurenco; drugič, da na račun alokacijske učinkovitosti ne smeta trpeti proizvodna ali/in dinamična/inovacijska učinkovitost, če v tej zvezi upoštevamo t. i. *trade-off*; in tretjič, da je v praksi učinkovit nadzor ekscesnih cen relativno težaven. Zaradi tega na trgih, ki niso konkurenčni in na katerih ni realnih možnosti, da bi (pre)visoke cene privabile nova podjetja, večinoma posegajo po t. i. *ex ante* regulaciji cen.

<sup>10</sup> Evropska komisija se v zadnjem času bolj kot izkoriščevalskim zlorabam prevladujočega položaja posveča izključevalnim. V tem smislu je mogoče razumeti tudi uvodno pojasnilo št. 7 k Sporočilu Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorabljajo svoj položaj, Uradni list EU, št. C 45, 24. 2. 2009, str. 7.

<sup>11</sup> Gl. npr. Niels, Jenkins, Kavanagh, 2011; Jones, Sufrin, 2011; Bishop, Walker, 2010; Whish, 2009; Motta, Streel, 2008; Van der Woude, 2008; Roth, Rose, 2008; Akman, 2008; Evan, Padilla, 2004.

<sup>12</sup> Zadeva 27/76 z dne 1. februarja 1978, *United Brands Company & United Brands Continentaal BV proti Komisiji* (banane Chiquita), ZOdl. 1978, str. 207.

*as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition.*

In this case charging a price which is excessive *because it has no reasonable relation to the economic value* of the product supplied would be such an abuse.

This excess could, inter alia, be determined objectively *if it were possible for it to be calculated by making a comparison between the selling price of the product in question and its cost of production, which would disclose the amount of the profit margin [...].*

The questions therefore to be determined are whether the *difference* between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, *and*, if the answer to this question is in the affirmative, whether a *price* has been imposed which is either *unfair in itself or when compared to competing products.*

*Other ways may be devised* – and economic theorists have not failed to think up several – of selecting the rules for determining whether the price of a product is unfair.«

Analiza pravkar navedenega sledi v nadaljevanju, zaradi jasnosti pa naj že na tem mestu izpostavim, da je Sodišče Evropske unije zavrnilo poenostavljen pristop »stroški+«, tj. pristop, pri katerem se sklep o (pre)visoki ceni opazovanega produkta opravi zgolj na podlagi razlike med dejansko zaračunano ceno in stroški oz. na podlagi pribitka k stroškom. Občuten razkorak med ceno in stroški je po mnenju Sodišča Evropske unije sicer predpogoj za ekscesno ceno, vendar ne hkrati t. i. kronski dokaz. Avtomatizem v tem pogledu načeloma ni primeren. Kot je prikazano v nadaljevanju, je namreč za končen sklep o primernosti cene načeloma treba preveriti še druge relevantne okoliščine, ki lahko pokažejo, ali je (visoka) cena oz. pribitek na stroške nepošten sam po sebi ali v primerjavi s konkurenčnimi produkti.

Čeprav je prej navedena formula na prvi pogled morda videti enostavna in neproblematična, vsekakor ni tako. Tako npr. obstajajo različni pogledi glede vprašanja, kaj je ekonomska vrednost<sup>13</sup> in kako naj se ugotavlja, saj je v obravnavani zadevi že Sodišče Evropske unije nakazalo, da je možnih več načinov. Poznejša praksa glede tega ni ponudila jasnih in enoznačnih

---

<sup>13</sup> Ta koncept je Sodišče Evropske unije pravzaprav uporabilo že prej, namreč v zadevi 26/75 z dne 13. novembra 1975, General Motors Continental NV proti Komisiji, ZOdl. 1975, str. 1367, vendar ga niti v tem niti v drugih zadevah ni podrobno ekonomsko razčlenilo, najbrž ker je (bilo) mnenja, da je ekonomska analiza in z njo povezana argumentacija naloga Evropske komisije. Pravzaprav je to skladno s splošno prevladujočim pristopom Sodišča Evropske unije, ki se ga drži na različnih področjih, namreč da Evropski komisiji glede ekonomskih vprašanj pušča široko polje presoje, samo pa se v tej zvezi omejuje na kontrolo očitnih napak (ter v kontekstu kontrole zakonitosti na klasična materialno- in procesnopravna vprašanja).

odgovorov. Analiza te prakse prej pokaže, kaj niso ekscesne cene, kot kaj so. Vendar je tudi to podlaga, na kateri je mogoče graditi, pri čemer naj ponovno izpostavim, kar je pravzaprav 'leitmotiv' tega prispevka, namreč, da občuten razkorak med dejansko zaračunano ceno in stroški opazovanega produkta sam po sebi načeloma ne nudi zanesljive podlage za presojo konkretne cenovne prakse.

Skratka, menim, da je pri ugotavljanju ekscesne cene načeloma ustrezno izhajati iz t. i. formule v zadevi *United Brands*, a je pri tem vendarle primerno upoštevati, da je bila ta formula oblikovana za neki natančno določen primer, kar je treba upoštevati pri razlagi in po potrebi opraviti nekatere prilagoditve, vendar v vsakem primeru zgolj, če in kolikor je nujno potrebno. Vsekakor je treba ustrezno povezati ceno opazovanega produkta in njegovo ekonomsko vrednost, pri tem pa se izogibati prehitremu posploševanju, saj štejejo podrobnosti. Načeloma tako velja, da je cena produkta nepoštena, če se preveč razlikuje od njegove ekonomske vrednosti. V modelu tržnega gospodarstva je dobiček primaren podjetniški cilj in sam po sebi načeloma ni prepovedan,<sup>14</sup> naj bi pa bil razumno visok, upošteva je konkretne okoliščine primera, pri čemer je primerno upoštevati tudi, da ni niti mogoče niti primerno kar v naprej in za vse primere določiti sprejemljivega oz. razumnega dobička. Ta se po navadi razlikuje od sektorja do sektorja, saj je npr. odvisen od obsega<sup>15</sup> in posebnosti povpraševanja,<sup>16</sup> ekonomske reverzibilnosti tržnih odločitev in kapitalskih vložkov, stopnje dejanske in potencialne konkurence, potrebnih vlaganj v raziskave in razvoj v kontekstu inovacijske konkurence in nasploh od ekonomskega tveganja, ki spremlja opazovano gospodarsko dejavnost.

V okviru obravnavane formule je primerno ekonomsko vrednost produkta primarno oceniti z vidika prodajalca, tj. opazovanega podjetja, in šele dopolnilno z vidika kupca oz. kupcev.<sup>17</sup> Izenačevanje ekonomske vrednosti in vrednosti za kupca se mi ne zdi primerno.<sup>18</sup> Namreč, (pre)široka razlaga ekonomske vrednosti v smislu kupčeve volje plačati za opazovani produkt, kakor bi lahko izhajalo iz splošno veljavnega ekonomskega nauka, bi pravzaprav razvrednotila koncept ekscesne cene.<sup>19</sup> Z navedenim pa pri presoji

---

<sup>14</sup> Ob tem pa niti ekonomska teorija za vsa podjetja, ki so na trgu, ne predvideva, da naj bi njihove cene gravitirale k stroškom oz. njihovi dobički k ničli; slednje naj bi veljalo zgolj za t. i. mejna podjetja, ne pa tudi za ekonomsko učinkovitejša podjetja. Prim. Bishop, Walker, 2010: 237–238.

<sup>15</sup> Npr. v povezavi z ekonomijo obsega.

<sup>16</sup> Npr. v povezavi s cikličnim povpraševanjem.

<sup>17</sup> Načeloma naj bi bila torej *vrednost za kupca* uporabljena kot *korektiv*.

<sup>18</sup> Po tej logiki bi vsak nakup dokazoval, da je cena produkta sorazmerna z njegovo ekonomsko vrednostjo.

<sup>19</sup> Prim. Niels, Jenkins, Kavanagh, 2011: 278.

ekonomske vrednosti ne želim odrekati vsaj nekega pomena indikatorju »vrednost za kupca«, vendar šele v okviru drugega koraka, kot je predstavljeno v nadaljevanju.

Če namreč izhajamo iz formule *United Brands*, naj se najprej ugotavljajo dejansko nastali stroški, pri čemer se takoj srečamo z vprašanjem, prvič, kateri stroški so pravzaprav sploh merodajni,<sup>20</sup> in drugič, kako jih izračunamo, pri tem pa izpostavljam zlasti problem izračunavanja t. i. skupnih stroškov.<sup>21</sup> Pri presoji stopnje dobička oz. razlike med dejansko ceno in dejanskimi stroški je zaželeno paziti, da se ne naredi prehitre zaključke o tem, ali imamo res opraviti z ekscesnim položajem. Ponovno naj opozorim na omejeno vrednost pristopa »stroški+«.

V praksi so npr. znani primeri, ko se je pri presoji cene upoštevalo prekratko časovno obdobje, tj. le obdobje, ko je produkt že prinašal visoke dobičke, ne pa tudi ustrezno obdobje pred tem, ko je (še) generalizirano izgube.<sup>22</sup> Prav tako je treba ustrezno upoštevati posebnosti trga, skratka, kot prej rečeno, relevantna ekonomska tveganja, ki so v nekaterih sektorjih posebej visoka.<sup>23</sup> Že po splošni ekonomski logiki naj bi bilo namreč višje tveganje nagrajeno z višjim donosom oz. dobičkom.

Šele če ob upoštevanju navedenega ugotovimo (potencialno) ekscesni položaj, naredimo naslednji korak, kakor to predvideva obravnavana dvofazna formula, saj je bilo že rečeno, da stopnja dobička sama zase ni dovolj, da bi lahko opravili končen sklep o (ne)poštenosti opazovane cene.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Gl. npr. zadevo COMP/A.36.568/D3, *Scandlines/PortHelsingborg*; OECD, 2011: 317 in nasl.

<sup>21</sup> Kadar imamo opravka z njimi, moramo najbrž že na samem začetku računati z neko računsko napako. Načeloma je namreč vsaka od alokacijskih metod vsaj deloma arbitrarna, njihova izbira pa prav tako.

<sup>22</sup> V tovrstnih primerih naj bi bila načeloma bolj kot t. i. donos na angažirani kapital (*return on capital employed*, ROCE) primerna notranja stopnja donosa (*internal rate of return*, IRR). Gl. npr. Niels, Jenkins, Kavanagh, 2011: 274-275. Vzporedno s tem opozarjam na primerno upoštevanje gospodarskih ciklov (konjunktura, recesija).

<sup>23</sup> Strošek kapitala pogosto ne zadošča za celotno sliko.

<sup>24</sup> S tem se lahko strinjam, vendar hkrati dodajam, da obravnavana formula govori le o položaju, ko je stopnja dobička oz. razlika med dejansko ceno in stroški ekscesna, kar bi ob strogo gramatikalnem pristopu lahko izključilo primere, v katerih je ta razlika neeksesna, čeprav je cena visoka, kar pa vzbuja dvom. Na tej točki bi tako želel posebej opozoriti na (kasnejšo) zadevo 395/87 z dne 13. julija 1989, *Ministère public proti Jean-Luis Tournier*, ZOdl. 1989, str. 2521, v kateri je Sodišče Evropske unije med drugim izpostavilo, da se nesorazmerno visoki stroški na strani opazovanega podjetja, ki naj bi zaračunavalo ekscesne cene, ne upoštevajo pri presoji (ne)poštenosti cene. Povedano drugače, če ima podjetje visoke stroške zaradi izrazite stroškovne neučinkovitosti, to še ne opravičuje ekscesnih cen. Vprašanje je torej, ali lahko navedeno zadevo razumemo tudi tako, da bi lahko govorili o ekscesni ceni ob

Za razliko od prvega koraka se v drugem koraku ukvarjamo tudi z različnimi parametri zunaj sfere podjetja,<sup>25</sup> ki je predmet opazovanja, vendar so v neki primerni zvezi z njim. V tej zvezi bo tako treba ugotoviti predvsem, ali so (nenavadno) visoki dobički opazovanega podjetja preprosto zgolj rezultat izrabljanja njegove tržne moči, ali pa so morda rezultat njegove stroškovne učinkovitosti ali/in inovativnosti,<sup>26</sup> tj. njegove tržne superiornosti, ki ima poštene temelje. Pri iskanju odgovora na to vprašanje lahko v praksi uporabljamo razne primerjave,<sup>27</sup> pač kolikor so v konkretnem primeru smiselne in mogoče. Tako lahko npr. primerjamo cene:

- ki jih opazovano podjetje za isti produkt na istem trgu zaračunava skozi čas, seveda pa moramo paziti, da ustrezno upoštevamo vse dejavnike, ki lahko vplivajo na stroške, povpraševanje, ponudbo in nasploh tržno konkurenco; če se ti dejavniki ne spremenijo, spremeni pa se cena, po možnosti sorazmerno s krepitevijo tržne moči, je to lahko že svojevrsten indikator;
- ki jih opazovano podjetje za isti produkt zaračunava na drugih trgih,<sup>28</sup> pri čemer je posebej indikativno, če gre za (bolj) konkurenčne trge, kot je opazovani;<sup>29</sup> smiselno enako velja tudi za tiste produkte, ki sicer niso identični, a so dovolj podobni, pod predpostavko, da se opravijo ustrezne prilagoditve, zlasti glede kakovosti in stroškov;
- ki jih opazovano podjetje zaračunava na enem ali več trgih, s cenami drugih podjetij na istih ali drugih trgih,<sup>30</sup> če gre za podobne oz. zamenljive produkte;<sup>31</sup> tudi v tem primer velja, da je takšna primerjava še posebej indikativna, če so ti drugi trgi bolj konkurenčni od opazovanega trga, je pa treba tudi tukaj računati z omejitvami pri prilagoditvah, zlasti v smislu kakovosti, stroškov, dobrega imena in ne nazadnje tudi profila kupcev.

---

relativno majhni razliki med sicer nenavadno visoko ceno in prav tako nenavadno visokimi stroški zaradi stroškovne neučinkovitosti.

<sup>25</sup> Gre za razne eksogene dejavnike.

<sup>26</sup> Gl. npr. zadevo 24/67 z dne 29. februarja 1989, Parke, Davis in ostali proti Probel, Reese, Beintema-Interpharm in Centrafarm, ZOdl. 1968, str. 55.

<sup>27</sup> Gl. npr. OECD, 2011: 319 in nasl.

<sup>28</sup> Gl. npr. zadevo COMP/C-1/36.915 (Deutsche Post).

<sup>29</sup> O težavah, zlasti glede alokacije morebitnih skupnih stroškov, gl. Bishop, Walker, 2010: 240.

<sup>30</sup> Gl. npr. zadevo 395/87 z dne 13. julija 1989, Ministère public proti Jean-Luis Tournier, ZOdl. 1989, str. 2521; zadevo 30/87 z dne 4. maja 1988, Corinne Bodson proti SA Pompes funèbres des régions libérées, ZOdl. 1988, str. 2479; zadevo 226/84 z dne 11. novembra 1986, British Leyland Public Limited Company proti Komisiji, ZOdl. 1986, str. 3263.

<sup>31</sup> Seveda so tudi v tem primeru potrebne ustrezne prilagoditve.



Kadar primerjamo produkte na različnih trgih, moramo med drugim ustrezno upoštevati vse razlike, do katerih lahko prihaja zaradi različnih računovodskih standardov.<sup>32</sup>

Kot že rečeno, je v okviru drugega koraka pri presoji ekscesne cene načeloma zaželeno zajeti še vidik kupca,<sup>33</sup> hkrati pa naj še enkrat opozorim, da naj bi se po mojem mnenju ta vidik upošteval kot dopolnilo, ne temelj. (Subjektivna) vrednost produkta za kupca je zlasti pomembna, ko ga lahko naprej še sam gospodarsko izkorišča,<sup>34</sup> namreč tako, da z njim ustvarja visok dobiček in je zanj zato tudi pripravljen plačati relativno veliko, medtem ko so dejanski stroški produkta (prvotnega) prodajalca glede na zaračunano ceno relativno nizki. V takšnem primeru torej precejšen razkorak med ceno in stroški ni nujno znak ekscesa.<sup>35</sup>

### 3. Ekscesna cena v praksi angleškega varuha konkurence

Ekscesna cena v praksi angleškega varuha konkurence<sup>36</sup> je npr. dobro razvidna iz njegovega osnutka navodil, ki jih je objavil leta 2004.<sup>37</sup> Čeprav gre za osnutek,<sup>38</sup> ki je služil za javno razpravo o metodi presoje ekscesnih cen, ga še dandanes najdemo na spletni strani angleškega varuha konkurence in – kar je najbrž še pomembneje – njegov vpliv je mogoče dobro zaznati v varuhovih aktualnih odločitvah. V osnutku je na načelni ravni pojasnjeno, kaj se lahko šteje kot ekscesna cena in kaj ne, zato so tukaj iz praktičnih razlogov nanizani temeljni poudarki, ki jih najdemo v njem.

V osnutku so po začetnem sklicevanju na zadevo *United Brands* navedeni razlogi za varstvo pred ekscesnimi cenami, pri čemer se kot eden izmed razlogov navajajo tudi težave podjetij, katerih konkurenčna sposobnost na

<sup>32</sup> Gl. npr. Bishop, Walker, 2010: 241.

<sup>33</sup> Gl. npr. zadevo COMP/A.36.568/D3, Scandlines/PortHelsingborg.

<sup>34</sup> Ko ga torej uporabi kot sredstvo pri izvajanju lastne gospodarske dejavnosti in zanj v tej zvezi predstavlja vhodni strošek, ki ga lahko uspešno pokrije na trgu.

<sup>35</sup> Pravzaprav gre v danem primeru bolj za vprašanje razdelitve pogače kot pa za vprašanje njene velikosti. Povedano drugače, končno ceno plača potrošnik, in to ne glede na to, kako so dobički razdeljeni po proizvodni verigi. Gl. npr. Niels, Jenkins, Kavanagh, 2011: 277.

<sup>36</sup> The Office of Fair Trading (OFT).

<sup>37</sup> OFT 414a (Assessment of conduct).

<sup>38</sup> Angleški varuh konkurence ni izdal končne verzije navodil, najbrž ker je Evropska komisija v tistem času napovedala nov pristop k členu 102 PDEU, vendar pa ta kasneje v svojem obvestilu (gl. *supra*, sprotno op. št. 12) sploh ni obravnavala izkoriščevalskih zlorab, temveč le izključevalne.

drugih trgov je lahko prizadeta, če morajo pretirano plačevati za surovino ali sestavni del svojega produkta.<sup>39</sup>

V osnutku je navedeno, da je varuh konkurence zlasti pozoren na položaje, ko pride do zaračunavanja občutno višje cene, kot bi bilo za pričakovati na konkurenčnem trgu, ter ko ob tem niti ni učinkovitega konkurenčnega pritiska niti ga v doglednem času ni realno pričakovati. Vsakokratna presoja o tem, ali so opazovane cene občutno višje, kot bi bile na konkurenčnem trgu, se opravlja zlasti z naslednjimi primerjavami:

- cena istega produkta opazovanega podjetja na drugem trgu,
- cena istega produkta opazovanega podjetja na istem trgu skozi čas,
- primerjava cene in lastnih stroškov.

Po mnenju varuha konkurence to, da lahko opazovano podjetje relativno trajno dosega dobičke, ki presegajo strošek kapitala, načeloma sicer kaže na ekscesen oz. »supranormalen« dobiček, vendar to ni nujno, kot je prikazano v nadaljevanju. Pri presoji, ali gre res za takšen dobiček, se lahko uporabijo različni instrumenti, kot sta npr. na primer notranja stopnja donosa oz. neto sedanja vrednost, pri čemer pa naj bi načeloma veljalo, da če notranja stopnja donosa opazovanega podjetja glede nekega produkta presega njegov strošek kapitala ali če je njegova neto sedanja vrednost večja od nič, to implicira, da njegova dobičkonosnost presega njegov strošek kapitala. Kadar je obdobje, v katerem naj bi se zaračunavale ekscesne cene, krajše od ekonomske življenjske dobe produkta, kar je po navadi primer, lahko raje uporabimo instrumente, kot so donos na prodajo, donos na kapital ipd. Ko je to ustrezno, lahko dobičkonosnost opazovanega podjetja primerjamo s podjetjem, ki je primerljivo in dejavno na konkurenčnem trgu.

Če opazovano podjetje deluje na več trgov, načeloma ne gledamo zgolj njegove celokupne dobičkonosnosti. Povedano drugače, tudi kadar opazovano podjetje v celoti vzeto ne dosega »supranormalnih« dobičkov, ekscesna cena na posameznem trgu ne more biti *a priori* izključena. Bistven je trg, na katerem ima prevladujoč položaj, drugi trgi pa so sicer pomembni, vendar ne v prvi vrsti.<sup>40</sup>

Če opazovano podjetje trži več produktov, lahko v praksi prihaja do skupnih stroškov in povezanih težav. Predpogoj za verodostojno oceno

---

<sup>39</sup> OFT 414a, 2004: 3.

<sup>40</sup> Vsekakor pa je tukaj vredno opozoriti na primerjavo t. i. primarnih in sekundarnih trgov, saj je na slednjih v praksi pogosto mogoče zaznati ekscesne cene, predvsem zato, ker so kupci »zaklenjeni«.

dobičkonosnosti je tako vsekakor ustrezna alokacija skupnih stroškov, izbira metode pa je odvisna od okoliščin primera.

Presoja dobičkonosnosti lahko v praksi terja element presoje relevantnih stopenj donosa, vrednotenje premoženja, primernih stroškov kapitala in primerne alokacijske metode. Vsakršno vnaprejšnje predpostavlanje v tej zvezi je po mnenju varuha konkurence skrajno neprimerno; odločilne naj bi bile šele vsakokratne okoliščine primera. Ne bi bilo prav, če bi opazovano podjetje okrivili ekscesne cene zgolj na podlagi »supranormalnih« dobičkov, pač pa je treba dodatno upoštevati še druge indikatorje, vključno s preteklimi investicijami, čeprav so oddaljene. V osnutku so nadalje pojasnjeni primeri, v katerih visoke cene niso ekscesne, in v tej zvezi primeroma navedena kratkoročna cenovna odstopanja navzgor, (stroškovna) učinkovitost in inovativnost; vsi ti primeri naj bi bili normalni in tržno neproblematični.

Vse navedeno varuh konkurence sklene z ugotovitvijo, da naj bi bili oblastni posegi na trg načeloma utemeljeni le, ko gre za relativno zaprte, nekonkurenčne ter neinovativne trge s trajno visokimi cenami. K temu še dodajmo, da je osnutek zasnovan horizontalno oz. vsesektorsko, zato je pri presoji konkretnih cenovnih praks primerno upoštevati sektorske posebnosti in v tej zvezi je vsekakor praktično preveriti morebiten obstoj posebnih sektorskih instrumentov, ki lahko ponudijo dobrodošel uvid v aktualno sektorsko politiko.

#### 4. Sklep

Kot je bilo napovedano uvodoma, je glavni namen tega prispevka identifikacija in obravnava ustrezne metode oz. metodologije za presajo ekonomske vrednosti opazovanega produkta in njena praktična realizacija. Pri tem gre namreč eno najpomembnejših in hkrati tudi najbolj spornih vprašanj pri presoji ekscesnih cen v kontekstu člena 102 PDEU. Nejasnosti na tem področju negativno vplivajo na pravno varnost.

Na podlagi prej navedenega tako menim, da je pri presoji ekscesne cene v kontekstu člena 102 PDEU načeloma primerno:

- izhajati iz formule, uporabljene v zadevi *United Brands*, vendar z ustreznimi prilagoditvami, ki ustrezno upoštevajo vsakokratne okoliščine primera;
- nadgraditi pristop »stroški+«; za verodostojen rezultat presoje je načeloma potreben dvofazen pristop, ki ugotovljeni dobiček, četudi

je visok, ustrezno postavi v širši kontekst, upošteva relevantne okoliščine, kot so npr. posebnosti sektorja, produkta itd.;<sup>41</sup>

- upoštevati tudi kriterij »vrednost za kupca«, vendar pa naj se ta upošteva (kvečjemu) kot dopolnilo (v drugem koraku) in ne kot temelj.

Pravkar navedeno bi bilo primerno upoštevati tudi pri presoji ekscesne cene na podlagi slovenskega ZPOmK-1, zlasti ker je bil ta oblikovan po vzoru konkurenčnih pravil Evropske unije in z njimi povezane prakse Evropske komisije in Sodišča Evropske unije. Enoten pristop je dobrodošel tudi z vidika integracije notranjega trga.

### **Literatura / References:**

Akman, P. & Gerrot, L. (2010) When Are Excessive Prices Unfair? CCP Working Paper 10-4, str. 1–21.

Bishop, S. & Walker, M. (2010) *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3rd edition (London: Sweet & Maxwell).

Evans, D. S. & Padilla, A. J. (2005) Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1): 97–122.

Grile, P. & soavtorji (2009) *Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem* (Ljubljana: GV Založba).

Jones, A., Sufrin, B. (2011) *EU Competition Law, Text, Cases & Materials*, 4th edition (Oxford: Oxford University Press).

Niels, G., Jenkins, H. & Kavanagh, J. (2011) *Economics for Competition Lawyers* (Oxford: Oxford University Press).

Repas, M. (2010) *Konkurenčno pravo v teoriji in praksi* (Ljubljana: Založba Uradni list RS).

Roth, P. & Rose, V. (2008) *Bellamy and Child: European Community Law of Competition*, 5th edition (Oxford: Oxford University Press).

Whish, R., (2009) *Competition Law*, 6th edition (Oxford: Oxford University Press).

---

<sup>41</sup> Poleg endogenih je treba torej ustrezno upoštevati tudi eksogene dejavnike.