

Ekonomska teorija in *ex ante* regulacija

ALEŠ FERČIČ

Povzetek

V tem članku se avtor ukvarja z vprašanjem, v katerih primerih naj država oziroma njena pristojna regulatorna telesa na »liberaliziranih«
infrastrukturnih trgih vršijo *ex ante* regulacijo. V ta namen uporablja ekonomsko teorijo kot instrument za presojo utemeljenosti *ex ante* regulacije. Avtor v tej zvezi ugotavlja, da je *ex ante* regulacija intenzivno oblastno poseganje na trg, ki se v tržnem gospodarstvu uporablja le izjemoma. Tipičen primer, ko naj se vrši *ex ante* regulacija, je t. i. položaj »ozkega grla«
(bottleneck) - položaj, ko sta kumulativno izpolnjena dva pogoja, in sicer ko gre za infrastrukturo, ki je neobhodna za poslovanje oziroma delovanje podjetja na spodnjem, vertikalno povezanem trgu (downstream market), vendar zaradi učinka naravnega monopola ne obstaja dejanski substitut, in ko zaradi učinka nepovratnih oziroma ireverzibilnih stroškov ne obstaja potencialen substitut, ki bi discipliniral lastnika oziroma imetnika edine infrastrukture.

Ključne besede: • liberalizacija • *ex ante* regulacija • naravni monopol • ireverzibilni (nepovratni) stroški • »bottleneck«
• nujne »dobrine«/infrastruktura • »contestable markets«
• mrežni učinki • stroški zamenjave

KONTAKTNI NASLOV: Mag. Aleš Ferčič, asistent, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: ales.fercic@uni-mb.si.

ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2009 LeXonomica (Maribor)

UDK: 330.1:340.13

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

Economic Theory and Ex Ante Regulation

ALEŠ FERČIČ

Abstract

In this article the author deals with the question in which cases the state or its competent regulatory body should perform *ex ante* regulation on 'liberalized' infrastructure markets. The author for this purpose applies economic theory as an instrument for assessing merits of *ex ante* regulation. The author in this regard ascertains that *ex ante* regulation means intensive public authority intervention on the market, which should be applied only exceptionally in a market economy. A typical example when *ex ante* regulation should be performed, is the so called bottleneck situation, i. e., a situation when two cumulative conditions are met. Namely, when there is an infrastructure indispensable for business activities on the downstream market but there is no active substitute because of a natural monopoly effect, and when there is no potential substitute that would discipline the owner of the sole infrastructure because of sunk costs.

Keywords: • liberalization • *ex ante* regulation • natural monopoly • sunk costs • bottleneck • essential facilities • contestable markets • network effects • switching costs

CORRESPONDENCE ADDRESS: Aleš Ferčič, MSc, Assistant, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, e-mail: ales.fercic@uni-mb.si.

ISSN 1855-7147 Print / 1855-7155 On-line © 2009 LeXonomica (Maribor)

UDC: 330.1:340.13

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

1. Uvod

Proces liberalizacije trgov nekaterih nujnih dobrin, na katerih desetletja sploh ni bilo konkurence oziroma je bila ta oblastno omejena, je povzročil pomembna in hkrati strokovno zahtevna vprašanja, ki na makro ravni zadevajo državo in trg oziroma gospodarstvo kot celoto, na mikro ravni pa posameznike, kadar nastopajo v vlogi podjetja, potrošnika ali davkoplačevalca. S temi vprašanji se ukvarjajo praktično vse države Evropske unije, še posebej pa tiste, ki so šele nedavno uvedle model tržnega gospodarstva. V teh državah – med katere sodi tudi Slovenija – se praksa sooča z različnimi konceptualnimi problemi, naloga teorije pa je, da ponudi odgovore.

V članku je v kontekstu ekonomske teorije analizirano vprašanje, v katerih primerih naj država oziroma njena pristojna regulatorna telesa na »liberaliziranih« trgih vršijo *ex ante* regulacijo?¹

Vprašanje je bolj daljnosežno, kot se morda zdi na prvi pogled, saj določa meje konkurenčnega prava in trga nasploh, vsaj posredno pa vpliva tudi na razmerje med neodvisnimi sektorskimi regulatorji in varuhom konkurence.

2. Karakteristike dejavnosti za zagotavljanje nujnih potreb kot dejavnik regulacije

Karakteristike dejavnosti za zagotavljanje nujnih potreb so oziroma bi morale biti pomemben dejavnik regulacije. To se v praksi pogosto spregleda, rezultat pa je neprimerna regulacija, ki ima negativne posledice. Regulacija sicer sama po sebi nikakor ni v nasprotju z modelom tržnega gospodarstva. Nasprotno, regulacija je generalno gledano njegov *conditio sine qua non*.² Vendar ne kakršnakoli – biti mora primerna.

Primernost regulacije pa je možno določiti oziroma ugotoviti in presojeti le v konkretnem primeru. Ker se konkretni primeri, t. j. posamezne dejavnosti oziroma sektorji med seboj občutno razlikujejo, regulacija ne more in ne sme biti enaka za vse sektorje oziroma dejavnosti v sistemu javnih služb. Za vsak trg je treba preveriti, ali je konkurenca na njem mogoča oziroma katera vrsta

¹ Pravno dosledno bi bilo bolje namesto pojma liberaliziranih trgov uporabiti pojem trgov, ki so podvrženi liberalizaciji, saj bi na ta način bolj poudarili, da je liberalizacija dolgoročen proces, da so danes različni trgi različno liberalizirani in da na večini trgov ne bo prišlo do popolne liberalizacije oziroma komercializacije.

² Kot omenjeno, danes ni mogoče govoriti o popolnoma nereguliranih trgih. Strogo gledano je vsak trg reguliran, do razlik prihaja le v ciljih regulacije, ki nadalje vplivajo na vsebino oziroma vrsto in intenzivnost regulacije.

konkurence.³ Pri tem je nujno upoštevati, da liberalizacija nekega trga oziroma konkurenca na trgu ni končni cilj, temveč sredstvo ali »pot« za optimalno zagotavljanje nujnih dobrin, skladno z zastavljeno politiko.

Uvedba konkurence na določen trg nujnih dobrin oziroma ciljna vrsta konkurence na njem je torej odvisna od karakteristik dejavnosti v okviru zadevnega trga. V tej zvezi velja, da so nekateri trgi takšni, da je zanje primeren t. i. regulirani monopol, ki terja specifično in intenzivnejšo (*ex ante*) regulacijo. Nekoliko drugače načeloma velja za trge, na katerih je možna (regulirana) konkurenca, vendar je tudi tukaj treba upoštevati, da je liberalizacija postopen proces, ki se ne vrši hipoma, temveč v etapah, ter da so za različne etape oziroma stopnje primerne različne vrste regulacije.⁴

Dejavnosti zagotavljanja dobrin, ki jih praktično vsaka družba potrebuje za normalno delovanje, se med seboj načeloma razlikujejo, kot izhaja iz grafičnega prikaza (primerjaj Blankart, 2002: 31), razlike pa je potrebno upoštevati pri izbiri najprimernejšega načina regulacije.

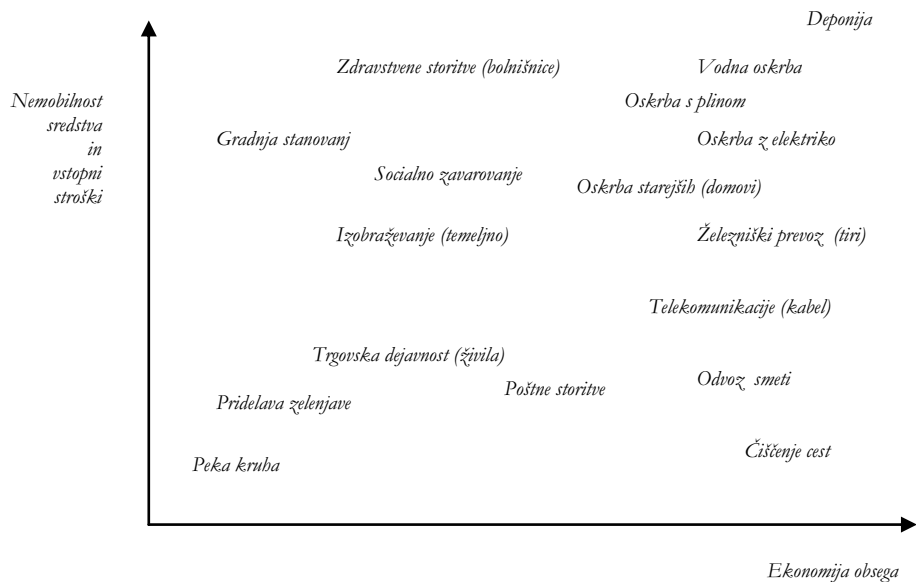
³ Razlikujemo med konkurenco za trg (*competition for the market*) in na trgu oziroma znotraj trga (*competition within the market*).

Nekateri razlikujejo med regulirano, nadzorovano in prosto konkurenco (*regulierter, kontrollierter in freier Wettbewerb*). Regulirana konkurenca je posledica zakonodajalčevega »odprtja« trga in je predpogoj za to, da se postopno uvede nadzorovana ali celo prosta konkurenca, in kot takšna regulirana konkurenca nikakor ne nasprotuje deregulaciji in tudi ni alternativa nadzorovani oziroma prosti konkurenci. Več o tem Wimmer, Kahl, 2001: 43–48.

Ob tem nekateri razlikujejo med »vhodno«, »izhodno«/»proizvodno«, »franšizno« in »kapitalsko« konkurenco (*input, output/commodity, franchise in capital (market) competition*). Več o tem Helm, Jenkinson, 1998: 3–5.

⁴ Načeloma velja, da je v začetnih etapah bolj prisotna *ex ante*, v zaključni(h) pa *ex post* regulacija.

Ob tem so razlike opazne tudi znotraj *ex ante* regulacije. V začetnih etapah so potrebni najbolj intenzivni posegi na trgu, da bi se uvedla konkurenca. Npr. razdelitev vertikalno povezanih dejavnosti, vezanih na (omrežno) infrastrukturo; zagotavljanje dostopa do (omrežne) infrastrukture; podelitev posebnih ali izključnih pravic; in določitev cene (omrežnine). Temu načeloma sledi predpisovanje univerzalne javne službe ter tehničnih, varnostnih in drugih standardov ter nadzor nad izvajanjem predpisov.



Iz navedenega izhaja, da je *ex ante* regulacija najbolj potrebna ravno v t. i. infrastrukturnih sektorjih, kar načeloma ustreza dejanskemu stanju oziroma veljavni zakonodaji. V nadaljevanju so obravnavani glavni ekonomski⁵ razlogi za potrebo po *ex ante* regulaciji v infrastrukturnih sektorjih.

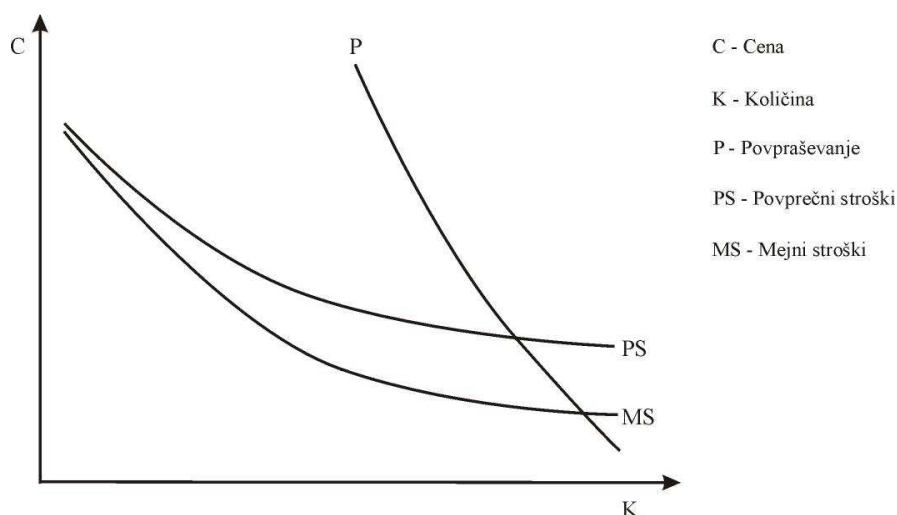
3. Infrastruktura in (naravni) monopol

Infrastruktura, zlasti mrežna, je v nekaterih gospodarskih sektorjih po naravi stvari *conditio sine qua non*. Zagotavljanje električne energije, zemeljskega plina, kableskega prenosa informacij, pitne vode, železniškega prevoza ipd., je neločljivo povezano z infrastrukturo, ki je pogojena z investicijami.⁶ Ta okoliščina je bila sicer vedno pomembna, vendar manj kot danes – gledano z vidika konkurence. Namreč, dokler so bili infrastrukturni trgi 'zaprti' in so na njih vršila dejavnost zgolj javna oziroma privilegirana podjetja, investicija v infrastrukturo razumljivo ni predstavljala ovire za vstop (zasebnih) konkurentov na trg. Ovira za njihov vstop na trg so bila (javno)pravna

⁵ Poleg ekonomskih razlogov obstajajo še neekonomski.

⁶ Smiselno enako velja za pristanišča, letališča in podobno.

pravila, ki so povzročala t. i. pravne monopole.⁷ Takoj, ko se je začel odvijati proces liberalizacije (in privatizacije), pa je infrastruktura postala pomemben konkurenčni dejavnik, in sicer kot povzročitelj naravnega monopola, ki v kombinaciji z nekaterimi dejavniki, zlasti pa z nemobilnostjo oziroma ireverzibilnostjo infrastrukture, vodi do stabilnih monopolov, ki predstavljajo največji problem in terjajo primerno regulacijo. Poenostavljeno gledano lahko naravni monopol opišemo kot stanje na nekem upoštevem trgu, kjer je dolgoročno le eno podjetje sposobno obstati na tem trgu, razlog za to pa je čisto tržne narave. Namreč, visoki fiksni stroški, ki so posledica začetne investicije, se lahko servisirajo le z ekonomijo obsega, ki omogoča nižanje povprečnih stroškov, in kar ob nizkih mejnih stroških⁸ omogoča nižjo tržno ceno ter posledično omogoča prodajo produkta uporabnikom.⁹ Navedeno je razvidno iz grafičnega prikaza, ki pokaže, da lahko povpraševanje po neki dobrini na trgu »sreča«¹⁰ zgolj ponudnik, ki ponuja dovolj nizko ceno, ki pa je v danem primeru možna zgolj, če vrši ekonomijo obsega (t. j. prodaja zadostno število produktov).¹⁰



⁷ Oziroma t. i. normativne ali umetne monopole.

⁸ Stroški proizvodnje dodatne enote oziroma »servisiranja«⁸ dodatne stranke. Nizki mejni stroški omogočajo oziroma olajšujejo ekonomijo obsega.

⁹ Naravni monopol je še posebej problematičen, če ga spremljajo nekateri dejavniki, npr. nemobilna oziroma ireverzibilna infrastruktura, odsotnost intrasektorskih dejavnikov (homogen produkt, ni substitutov v sektorju) in odsotnost intersektorskih dejavnikov (ni substitutov v drugih sektorjih).

¹⁰ To indicira, da je koncept naravnega monopola naravni spremljevalec infrastrukturnih trgov. Danes prevladuje teza, da je narodnogospodarsko ceneje, če v takih pogojih na trgu deluje le eno podjetje. Vendar pa nekateri to tezo zavračajo in poudarjajo, da je koncept naravnega monopola izmišljen ter da naj bi ga države v preteklosti uporabile oziroma zlorabile kot legitimacijo za pravno monopolizacijo trgov (DiLorenzo, 1996: 43–58).

Monopol oziroma monopolni trg je načeloma nezaželen, ker običajno vodi do nižje ekonomske učinkovitosti, t. j. nižje alokacijske in produkcijske učinkovitosti oziroma do X-inefficiency.¹¹ Monopolistu omogoča, da določa ceno (price-maker). Vendar navedeno ne velja absolutno, kot kaže teorija naravnih monopolov (natural monopoly theory). Po tej teoriji konkurenčen trg ne zagotavlja vedno najboljšega možnega rezultata za družbo kot celoto – tudi¹² ne z vidika ekonomske učinkovitosti. Trg, na katerem veljajo značilnosti naravnega monopola, lahko zagotavlja največjo možno ekonomsko učinkovitost, če na zadevnem trgu deluje eno podjetje, zato bi bilo z vidika ekonomske učinkovitosti povsem neprimerno, če bi država v tem primeru intervenirala na trgu in z *ex ante* regulacijo umetno ustvarila in/ali umetno vzdrževala konkurenco na trgu oziroma znotraj trga (podobno Whish, 2003: 9).

Vendar zgolj s tem še ni prav nič povedano o tem, kdo naj bo ta monopolist, kako naj ravna na trgu, in ali naj v tej zvezi država intervenira z *ex ante* regulacijo. Ta vprašanja so v nadaljevanju obravnavana v kontekstu različnih teorij, in sicer teorije mrežnih učinkov (network effects theory), teorije stroškov preklopa oziroma zamenjave (switching costs theory), teorije o »tekmovalnih« trgih (contestable markets theory) in teorije monopolističnega ozkega grla (monopolistic bottleneck theory).¹³

4. Teorija mrežnih učinkov

Teorija mrežnih učinkov poudarja, da so za nekatere trge, zlasti infrastrukturne, značilni mrežni učinki, ki nastanejo, kjer (uporabna) vrednost produkta narašča s številom uporabnikov tega istega produkta,¹⁴ zato se

¹¹ Gre zlasti za neracionalno trošenje resursov, odsotnost vlaganja v raziskave in razvoj (R&D) - neinovativnost, skratka t. i. quiet life.

¹² Kot je bilo predhodno navedeno, trg tudi ne more uresničiti socialnih ciljev.

¹³ V okviru teorij o omejeni moči oziroma samoregulativi trga sodi tudi Coaseova teorija konjektur (Coase conjecture theory - durable good monopolist), vendar z vidika obravnavane tematike ni zelo pomembna, ker opisuje (ne)možnost monopolista, da potrošnikom, ki bolj cenijo določen (trajen) produkt, zaračunava ceno nad mejnimi stroški, za ostale pa jo čez čas zniža.

¹⁴ Vrednost produkta za uporabnike lahko narašča neposredno, kar je značilno za materialne ali fizične mreže. Tipičen primer je bila fiksna telefonija – več kot je bilo uporabnikov, ki so bili priključeni na določeno telefonsko mrežo, bolj uporaben je bil telefon oziroma – telekomunikacijska storitev za posameznega uporabnika storitve. In nasprotno, če si zamislimo skrajšen (teoretičen) primer – če bi imel telefon en sam uporabnik, bi bila vrednost produkta enaka nič. Vrednost produkta za uporabnike lahko narašča tudi posredno, kar je značilno za nematerialne ali virtualne mreže. Tipičen primer je določena programska oprema, plačilne oziroma kreditne kartice določene finančne institucije itd. Več kot je uporabnikov, večja je preskrbljenost trga, kompatibilnost in podobno.

uporabniki pri odločitvi, ali naj kupijo določen produkt, ozirajo na ravnanje drugih uporabnikov. Če pride na trg nov produkt, ki je nekompatibilen z uveljavljenim produktom oziroma drugimi produkti na trgu, je uspešnost njegovega trženja v veliki meri odvisna od pričakovanih uporabnikov, kako bodo ravnali drugi.¹⁵ Cena in/ali kakovost novega produkta sta tako v primerjavi z mrežnimi učinki (načeloma) sekundarnega pomena (Motta, 2004: 85–88). Iz navedenega sledi, da mrežni učinki lahko pomembno otežujejo vstop na trg oziroma povzročajo nastanek trgov, na katerih ni konkurence ali je ta zelo omejena, vendar pa je treba njihovo dejansko moč presojati za vsak primer posebej in se na tej podlagi odločiti o utemeljenosti in vrsti (ex ante) regulacije.¹⁶

V tej zvezi je treba opozoriti, da lahko v določenih primerih pride do potrebe po *ex ante* regulaciji, čeprav na zadevnem trgu ne obstaja podjetje z znatno tržno močjo, kar predstavlja odstop oziroma izjemo od načelnega pristopa, ki ga je mogoče razbrati iz sekundarne sektorske zakonodaje (Valcke, Queck, Lievens, 2005: 16–17).

5. Teorija stroškov preklopa oziroma zamenjave

Teorija stroškov preklopa oziroma zamenjave poudarja, da so stroški,¹⁷ ki za uporabnika nastanejo v primeru zamenjave produkta, dejavnik, ki načeloma¹⁸ ovira vstop na trg. Novi ponudnik lahko načeloma pritegne stranke samo, če uporabnikom ponudi nov produkt po ceni,¹⁹ ki je enaka ali nižja od vsote cene konkurenčnega produkta in stroškov zamenjave produkta, kar pa je težko, posebej če tudi konkurent zniža ceno ali drugače izboljša ponudbo.

Kljub temu, da stroški preklopa oziroma zamenjave načeloma ovirajo vstop na trg, bi bilo neprimerno, če bi jih država splošno prepovedala, saj so včasih neizbežni in niso namenjeni omejevanju konkurence. Načeloma jih je mogoče

¹⁵ Če se za določen produkt oziroma tehnologijo odloči določeno število uporabnikov, ki preseže »kritično« točko, potem se tehnica prevesi v prid tega produkta in uporabniki začnejo vedno hitreje in množično prehajati k novemu produktu (winner takes all). Gre za t. i. tržni namig (market tipping - tipping effects).

¹⁶ Npr. v naprej določena splošna obveznost inter-operabilnosti oziroma prepoved »zaklepanja« produkta (namerno povzročanje nekompatibilnosti).

¹⁷ Strošek niso le dejanski stroški (pogodbena kazen zaradi enostranske prekinitve pogodbe, strošek zaprtja računa) in oportunitetni stroški (izguba bonusa pri zavarovanju), ampak tudi druge nepravilike (učenje o novem produktu, zamenjava telefonske številke).

¹⁸ Izjemoma lahko imajo tudi pozitivne učinke. Npr. ko glede določenega produkta nastane nov trg in nanj hkrati vstopata dve ali več podjetij, ki se zavedajo stroškov zamenjave, in želijo za ugodno ponudbo takoj na začetku pridobiti čim več strank.

¹⁹ Smiselno enako velja za kakovost ali drug tržni parameter.

relativizirati s predpisovanjem enotnih standardov, širjenjem informacij o produktu in podobnimi nevtralizacijskimi ukrepi. V tem kontekstu je smiselna tudi *ex ante* regulacija, vendar mora kot omenjeno upoštevati, da vsak strošek zamenjave še sam po sebi ni razlog za intervencijo države na trgu.

6. Teorija »tekmovalnih« trgov²⁰

Tržna teorija izpodbitnih stroškov poudarja, da monopol na trgu ni problematičen in ne terja *ex ante* regulacije, če je možen prost vstop na trg brez stroškov, ki jih ni možno pokriti (sunk costs, unrecoverable costs), in če je hkrati možen izstop iz trga, prav tako brez navedenih stroškov. Če je temu tako, gre za primer, ko je tudi monopolist prisiljen k optimalni alokaciji resursov. Če tega ne stori, potem na podlagi strategije *hit-and-run* vstopijo na trg nova podjetja, ki lahko realno ogrozijo položaj monopolista. V tej zvezi opozorimo, da ta teorija lahko deluje,²¹ če ima monopolist toge cene, ki jih ne more prilagoditi v doglednem času, in če je zagotovljena zadostna tržna tekmovalnost na temelju prostega vstopa in izstopa s trga. Navedeno relativizira problem monopolov, ki so sicer klasičen problem ekonomije, saj naj bi po tej teoriji (tudi) monopolist težil k učinkoviti proizvodnji ter k ponudbi po načelu »čim večja kakovost za čim nižjo ceno«, saj če tega ne stori, to storijo »nova podjetja«. Bolj kot (začasen) *obstoj* monopola,²² je po tej teoriji problematično *trajanje* monopola.

Če monopolist ne ravna v skladu z zgoraj navedenim in kljub temu na trg ne vstopijo nova podjetja, to indicira odpoved trga in potrebo po primerni *ex ante* regulaciji.

7. Teorija monopolističnega »ozkega grla«²³

Teorija monopolističnega »ozkega grla« oziroma sektorsko-specifična doktrina nujnih »dobrin« oziroma infrastrukture velja kot prikladno orodje za

²⁰ Prevod je le približek in je izraz dejstva, da dobesedni prevod ni smiselni.

²¹ Teorijo je mogoče umestiti v okvir Chicaške šole. Najbolj se je uveljavila v času Reagana (hands-off approach).

²² Monopoli, ki temeljijo na inovacijski konkurenci, načeloma niso problematični, saj sčasoma prihaja do zastarelosti oziroma do pojava alternativnih ali boljših rešitev, ki oslabijo monopolni ali prevladujoči položaj podjetja na trgu. Takšni monopoli ne le, da niso problematični, ampak so pogosto celo nujni za vlaganje v raziskave in razvoj ter posledičen dvig učinkovitosti.

²³ Velja smiselno enako, kot je navedeno v op. 20.

identifikacijo primerov,²⁴ ko je *ex ante* regulacija utemeljena oziroma potrebna za discipliniranje tržne moči (javnih) podjetij – »lastnikov« omrežne

²⁴ Teorijo monopolističnega ozkega grla nekateri enačijo z doktrino/teorijo nujnih dobrin. V tej zvezi so potrebna nekatera pojasnila.

- Doktrina nujnih »dobrin« (essential facility) se je najprej pojavila v konkurenčnem pravu Združenih držav Amerike (gl. zadevo United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 1912), sledila pa je relativno nekonsistentna praksa. Vrhovno sodišče je leta 2004 v zadevi Verizon Communications Inc v. Trinko omejilo domet omenjene doktrine (»It suffices for present purposes to note that the indispensable requirement for invoking the doctrine is the unavailability of access to the "essential facilities"; where access exists, the doctrine serves no purpose. Thus, it is said that "essential facility claims should... be denied where a state or federal agency has effective power to compel sharing and to regulate its scope and terms."«).

- Pojem nujne »dobrine« je v konkurenčnopravno prakso, povezano s členom 82 PES, uvedla Evropska komisija, in sicer v zadevi B&I Line plc proti Sealink, IV/34.174 [1992].

- Sodišče je prvič obravnavalo nujne »dobrine«, v smislu, ki ga je pred tem v svoji praksi kreirala Evropska komisija, šele v zadevi C-7/97, Oscar Bronner proti Mediaprint, [1998] ECR I-7791. Sodišče se je pri odločanju oprlo na prakso, vzpostavljeno v zadevi 6 in 7/73, Commercial Solvents, [1974] ECR 223; in v združeni zadevi C-241 in 242/91P, Magill (RTE&ITP proti Komisiji), ter zavzelo bolj restriktiven pristop do omenjene doktrine kot Evropska komisija (Sodišče prve stopnje se je z doktrino soočilo že prej – gl. zadevo T-504/93, Tiercé Ladbroke proti Komisiji, ECR II-3193; in zadevo T-374/94, European Night Services proti Komisiji, [1998] ECR II-3141 – in je prav tako zavzelo bolj restriktiven pristop kot Evropska komisija). Iz primerjave prakse Sodišča in Evropske komisije je razvidno, da je slednja spodnje, vertikalno povezane trge definirala ožje kot Sodišče, kar je privedlo do razlik glede elementa »nujnosti« oziroma »neobhodnosti« (zgolj določitev zgornjega trga ne zadošča za presojo, ali gre v konkretnem primeru za kršitev konkurenčnega prava). Restriktiven pristop glede doktrine nujnih dobrin je dobrodošel. Različno je potrebno obravnavati tiste primere, kjer je »dobrina« v lasti države ali javnega podjetja, oziroma če je bila financirana s strani države, od primerov, kjer je »dobrina« rezultat prizadevanj zasebnika. V nasprotnem primeru lahko namreč pride do t. i. *free-riderstva* in/ali demotiviranja in posledično zaviranja vlaganj v infrastrukturo in v druge nujne »dobrine«.

- Doktrina nujne »dobrine«, kot je bila sprejeta v konkurenčno pravo ES, danes ni identična ameriški različici, zato ni primerno nekritično naslanjanje nanjo.

Pojem nujne »dobrine« je posebej prikladen, ko je pod vprašajem dostop do fizične infrastrukture, vendar je praksa, povezana s členom 82 PES v okvir navedenega pojma uvrstila tudi druge »dobrine« - npr. surovine (Commercial Solvents), rezervne dele (Hugin) in intelektualno lastnino (Magill).

Doktrina nujnih »dobrin« je v evropski konkurenčnopravni praksi povezana zlasti z (ex post) varstvom konkurence, in sicer kot orodje za preprečevanje zlorabe prevladujočega položaja v obliki zavrnitve poslovanja (refusal to deal). Gre za problematiko člena 82 PES.

Poleg tega se doktrina nujnih »dobrin« v zadnjem času uporablja tudi izven dometa člena 82 PES, in sicer za presojo, ali na prej zaprtih in vertikalno integriranih trgih, povezanih z (omrežno) infrastrukturo, obstaja rezistentna oziroma stabilna tržna moč (javnega) podjetja – t.j. »lastnika« infrastrukture, ki terja *ex ante* regulacijo. Gre za posebno različico obravnavane doktrine, ki ohranja osnove značilnosti splošne različice (refusal to deal/supply), vendar se od nje razlikuje zlasti glede področja uporabe (fizična, omrežna infrastruktura), glede pristopa (ex ante regulacija) in glede ciljev (uvedba oziroma izboljšanje konkurence na določenem trgu).

Iz vsega navedenega izhaja, da ni dosledno nekritično enačenje teorije monopolističnega »ozkega grla« in doktrine nujnih »dobrin«, pač pa je to primerno kvečjemu, če imamo v mislih posebno, sektorsko-specifično različico doktrine nujnih »dobrin« (prim. Thompson, O'Flaherty, 2008: 1014–1020; Monti, 2007: 231–240; Motta, 2004: 66–68).

infrastrukture, ki ima nekatere posebne lastnosti. Lastništva infrastrukture ni primerno avtomatično enačiti s tržno močjo podjetja.²⁵ Izhodišče za identifikacijo relevantne, t. j. stabilne tržne moči (javnega) podjetja na določenem trgu je Stieglerjev koncept vstopnih ovir, ki ovire definira kot strošek, ki bremeni podjetje, ki želi vstopiti na določen trg, ne bremeni pa podjetja, ki že deluje na tem trgu.²⁶

Teorija monopolističnega »ozkega grla« je pravzaprav utemeljena na tem konceptu, njeno bistvo pa je v tem, da poudarja, da je stabilno tržno moč podjetja, povezano z infrastrukturo, mogoče dokazati samo v primerih, ko obstaja t. i. monopolistično ozko grlo, t. j. ko gre za infrastrukturo, ki je neobhodna za poslovanje oziroma delovanje podjetja na spodnjem, vertikalno povezanem trgu, vendar zaradi učinka naravnega monopola ne obstaja dejanski substitut, in ko zaradi učinka nepovratnih stroškov ne obstaja potencialen substitut, ki bi discipliniral lastnika oziroma imetnika edine infrastrukture.²⁷

Če sta kumulativno izpolnjena oba pogoja, pride do steka okoliščin, ki podjetju z infrastrukturo omogočajo, da se obnaša strateško oziroma lahko pri poslovanju na trgu računa s kakovostjo, količino in ceno, brez da bi to ustvarilo konkurenčen pritisk, ki bi nastal zaradi vstopa novih podjetij na trg.²⁸

²⁵ Kot sledi v nadaljevanju, je treba razlikovati med primeri, ko gre za t. i. ozko grlo in je infrastruktura bistvena, in primeri, ko temu ni tako.

²⁶ Problematični so le stroški in tržni parametri, ki zadevajo le (potencialno) novo podjetje, ne pa podjetja, ki je že na trgu. S tega vidika naj tako ne bi bilo problematično nič oziroma vsaj ne v zadovoljivi meri dokazljivo, kar enako oziroma simetrično zadeva novo podjetje in podjetje, ki je že na trgu. Klasični konkurenčni parametri, ki naj bi ovirali vstop na trg, t. j. tržni delež obstoječega podjetja oziroma ekonomija obsega (brez nepovratnosti), diferenciacija produktov in dobro ime, naj ne bi bili relevantni. Motta v tej zvezi sicer navaja, da naj bodo *ex ante* posegi v cene, dostop do infrastrukture ipd. skrajni ukrepi, ter opozarja, da ne kaže podcenjevati tržne moči (Motta, 2004: 66-89).

²⁷ Nepovratni oziroma ireverzibilni stroški so stroški, ki jih ni mogoče pokriti (sunk cost, unrecoverable costs). Običajno nastanejo v zvezi z investicijo v infrastrukturo, ki je nemobilna oziroma nepovratna, ker je ni mogoče uporabiti v drugem projektu oziroma zanjo ne obstaja »drugi trg«. Striktno gledano gre pravzaprav v obravnavanem primeru za izstopno oviro in zaradi le-te sledi vstopna ovira. Če ne obstajajo nepovratni stroški, položaji naravnega monopola niso problematični in ne terjajo *ex ante* regulacije, saj lahko neučinkovitost naravnega monopolista povzroči vstop novega podjetja, ki ga izrine s trga in zasede njegovo mesto. V praksi se to ne dogaja pogosto, ker se monopolisti zavedajo te možnosti in načeloma prilagodijo ravnanje tako, da so še vedno znotraj »varnega območja« (safe zone).

²⁸ Obravnavane teorije kažejo, da trg ni sposoben rešiti vseh tržnih položajev na želeni način in da je v ta namen v določenih primerih potrebna *ex ante* regulacija.

Teorija poudarja (Knieps, 2002: 65), da je stabilna tržna moč podjetja načeloma sicer zelo tesno povezana z lastnostmi infrastrukture, vendar pri tem ne gre za avtomatično in popolno odvisnost, zato je treba razlikovati med primeri, ko v konkretnem primeru obstaja t. i. ozko grlo, in primeri, ko tega fenomena ni (oziroma ni dokazljiv).²⁹ V prvem primeru gre za trg, kjer je infrastruktura bistvena³⁰ ter je *ex ante* regulacija utemeljena (regulacija cen,³¹ ločeno vodenje poslovnih knjig, obvezna in nediskriminatorna dopustitev uporabe infrastrukture ali celo vertikalna separacija), v drugem pa ne oziroma zgolj v minimalnem obsegu (npr. varnost in kakovost), saj prevladuje stališče, da se lahko konkurenca znotraj takega trga primerno varuje z *ex post* regulacijo oziroma s splošnim konkurenčnim pravom.³² Takšen pristop je v

²⁹ Ne glede na navedeno menim, da je v praksi težko najti omrežno infrastrukturo, ko ne bi šlo za položaj ozkega grla.

³⁰ Nujnost oziroma neobhodnost infrastrukture je podana, kadar ne obstaja dejanski in potencialni substitut, kar je lahko posledica fizičnih (geografska lega, sestava tal ...) ali pravnih (intelektualna lastnina) ali ekonomskih razlogov (učinek ozkega grla, nemožnost financiranja, vendar v tem kontekstu ni relevantno, če posamezno podjetje zaradi svoje majhnosti ne more financirati projekta, pač pa je relevantno, če podjetje, ki je primerljivo z imetnikom infrastrukture, ne bi bilo sposobno uspešno speljati projekta zaradi ekonomskih zakonitosti), in če je dostop do dobrine neobhoden za opravljanje dejavnosti na drugem trgu (*conditio sine qua non*).

³¹ Prevladuje stališče je, da je primerna t. i. zamejena regulacija cen. *Price-cap* metoda ali metoda zamejene cene, ki se uporablja za trendno zniževanje cen, se opiše z naslednjo enačbo: $[\pi = \text{MPC} - X]$, kjer je π stopnja rasti cen storitve ponudnika regulirane storitve (npr. omrežnina, priključnina, medomrežno povezovanje); MPC je stopnja rasti maloprodajnih cen; X je stopnjo povečanja učinkovitosti, ki se mora prenesti na uporabnike. Pri povečani učinkovitosti pride do realnega znižanja cen. Stopnja rasti cen se lahko nanaša na tarifo za posamezno storitev ali na svežnj več storitev, ki so tehnološko med seboj povezane. Od pristopa regulatorja je odvisno, v kateri podrobnosti se regulira posamezne cene, ki lahko tudi odstopajo od faktorja X, vse dokler se povprečje cen v svežnju zniža za faktor učinkovitosti. Pravilo za določanje optimalnih cen posameznih storitev običajno sledi t. i. Ramseyevi formuli, v skladu s katero se višina cen določa obratno sorazmerno cenovni elastičnosti povpraševanja. Potrebni faktor učinkovitosti se običajno določi za večletno obdobje in je rezultat pogajanj med ponudniki in regulatorjem, pri čemer se upošteva tudi druge elemente, npr. potrebne investicije v infrastrukturo, povečanje kakovosti storitve, izboljšanje ekoloških standardov. Če želimo v ceno zajeti potrebne investicije oziroma vlaganja, se vključi faktor vlaganj (V), velja torej: $[\pi = \text{MPC} - X + V]$. Kranjec kot možnost navaja še regulacijo profitne stopnje upravljavca infrastrukture. Pri tem se upošteva zlasti vloženi kapital, ki naj odseva realni strošek dolžniškega kapitala ali oportunitetni strošek lastnega kapitala ob upoštevanju stopnje tveganja dejavnosti, v katero se kapital investira, in potreba po doseganju dohodka, ki bo omogočal bodoča potrebna vlaganja v infrastrukturo. Prednost te metode je preprečevanje zlorabe prevladujočega (oziroma monopolnega) položaja. Slabost te metode je prekapitalizacija, t. j. nepotrebno vlaganje v infrastrukturo. Do tega pride zlasti, kadar je profitna stopnja določena prenizko (gl. Kranjec, 2003: 211).

³² Ni potrebno niti zaželeno, da bi se infrastrukturni trg, za katerega je značilno ozko grlo, in z njim povezani trgi regulirali na enak način (*end-to-end regulation*). Vendar pa konkurenca na teh trgih ni edini cilj. Za doseganje socialnih ciljev je tudi v tem primeru nujna regulacija.

potrebno upoštevati obstoj nekaterih dejavnikov, ki lahko relativizirajo negativne učinke stabilne tržne moči, ki jo ima podjetje z infrastrukturo. Heterogene preference uporabnikov npr. povečujejo možnosti za alternativno ponudbo, možno pa je tudi, da se preference sčasoma spremenijo. Nadaljnji dejavnik je tehnični razvoj, ki lahko sčasoma pripelje do novih produktov, ki nadomestijo stare. Poleg inovacijske konkurence, preferenc in drugih dejavnikov znotraj sektorja (intrasektorski dejavniki), lahko občutno relativizirajo stabilno tržno moč tudi dejavniki izven sektorja (intersektorski dejavniki). Mišljena je zlasti substitucijska konkurenca, t. j. konkurenca iz drugih sektorjev, če gre za takšno dobrino, ki ima v drugem sektorju vsaj en substitut.³⁵ Tipičen primer je avtobusni in železniški prevoz, ogrevanje na električno energijo, zemeljski plin in kurilno olje.

Če doslej navedeno apliciramo na monopolna, vertikalno integrirana (javna) podjetja v mrežnih sektorjih, se podjetja, ki bi želela vstopiti na določen trg, zavedajo, da nimajo proti podjetju, ki že deluje na trgu in ima v lasti infrastrukturo, ki je povrh vsega še nemobilna, ter uspešno izvaja ekonomijo obsega, praktično nobenih realnih možnosti (Klein, 1998: 43–44). Gola odprava javnopravnih omejitev za vstop na trg pomeni zgolj formalno-pravno (*de iure*) odprtje trga, ne pa tudi dejanskega (*de facto*), ki je pravzaprav merodajno.

Če želimo na tovrstne trge uvesti konkurenco, moramo prej odpraviti dejanske ovire za vstop. To sodi v okvir regulatorne funkcije oziroma regulatorja, ki ima na razpolago več možnosti,³⁶ njihov skupni imenovalec pa je t. i. nevtralizacija prednosti, ki jih ima obstoječe (javno) podjetje, na podlagi lastništva in razpolaganja z (omrežno) infrastrukturo. Nevtralizacija se lahko teoretično vrši z obveznostjo, naslovljeno na podjetje, ki ima infrastrukturo, da pod (zakonsko) določenimi pogoji omogoči dostop do nje oziroma omogoči uporabo vsem ostalim zainteresiranim zasebnim podjetjem, hkrati pa je potrebno zagotoviti tudi še ločeno vodenje poslovnih knjig in učinkovit nadzor. Nadzor ni potreben zgolj zaradi tega, da se zainteresiranim zasebnim podjetjem zagotovi dostop, ampak tudi zato, da se lahko prepreči nezakonito prečno subvencioniranje na povezanih trgih.³⁷ Navedeno kaže, da lahko vertikalna integracija, skoncentrirana okrog lastništva nad infrastrukturo, predstavlja oviro tudi za druge trge oziroma za vstop nanje, zlasti če ni primerne nadzora nad zlorabami prevladujočega položaja. Iz tega razloga se zdi primeren odvzem oziroma prenos infrastrukture na državo ali na drugo

³⁵ Nekatere dobrine nimajo substitutov v drugem sektorju, npr. pitna voda in odpadna voda.

³⁶ V kolikor ni s pravili Evropske unije za posamezen sektor izbrana točno določena možnost.

³⁷ Gre za zgornje in spodnje, vertikalno povezane trge. Čeprav ne pride do takšnega nezakonitega protikonkurenčnega ravnanja, sama možnost, da se to lahko zgodi, negativno vpliva na potencialne konkurente.

javno podjetje, ki trajno upravlja infrastrukturo kot izključno dejavnost in vsem zainteresiranim podjetjem omogoča dostop do infrastrukture oziroma njeno uporabo pod enakimi pogoji. Gre za t. i. vertikalno separacijo. Tretja možnost je praktično enaka drugi – edina razlika je, da se periodično, na podlagi javnega razpisa, izbira najugodnejši upravljavec infrastrukture ter se na ta način doseže vsaj konkurenca za trg, kar ugodno vpliva tudi na spodnje, vertikalno povezane trge distribucije in krepi konkurenco znotraj teh trgov.³⁸

Zagotavljanje nekaterega blaga in/ali storitev, ki je neločljivo povezano z infrastrukturo, zahteva od regulatorjev, da poleg klasičnih nalog v zvezi z varnostjo, kakovostjo, zagotavljanjem sredstev za univerzalno službo, poskrbijo tudi za nediskriminatoren dostop do infrastrukture, primerno ceno za uporabo infrastrukture,³⁹ ovrednotenje infrastrukture,⁴⁰ vzdrževanje infrastrukture,⁴¹ in za nadzor nad trgovanjem ali preprodajo pravic dostopa in uporabe omrežja,⁴² kadar so kapacitete omejene (frekvence, omejitve pri hkratni uporabi omrežja oziroma druge infrastrukture, ki terjajo časovno razporejanje ipd.). Naloge sektorskih regulatorjev so torej različne in jih načeloma delimo na neekonomske in ekonomske, pri čemer so slednje usmerjene zlasti v sfero konkurence, kar po naravi stvari vodi do tesnega stikanja, v določenih primerih pa tudi do prekrivanja na institucionalni, procesnopравни in materialnopравни ravni, kar lahko povzroča konflikte. Mišljen je zlasti sistem in delitev pristojnosti posameznih sektorskih regulatorjev in varuha konkurence ter konflikt med sektorsko-specifičnim pravom (in pravom javnih služb) ter konkurenčnim pravom. To pride posebej do izraza v kontekstu cen in dostopa do infrastrukture. Načeloma prevladuje ideja, da naj sektorski regulatorji ekonomske oziroma »konkurenčne« naloge opravljajo samo izjemoma, če in dokler je to nujno

³⁸ Če konkurenca znotraj trga ni dosežena, potem zgolj vertikalna separacija sama zase ne vodi do zelenih učinkov oziroma položaj praviloma ni bistveno drugačen kot v primeru vertikalne integracije lastništva. Razlog je v tem, da lahko podjetja, ki delujejo na spodnjem, vertikalno povezanem trgu, ki ne čutijo konkurenčnega pritiska, z upravljavcem infrastrukture brez večjih poslovnih tveganj podpišejo dolgoročne pogodbe, ki vsebujejo visoke cene ali sicer neugodne pogoje, saj lahko povečane stroške prenesejo na uporabnike. Regulacija mora v takšnem primeru zajemati tudi določanje cene in drugih parametrov v zvezi z uporabo omrežja ali druge infrastrukture, hkrati pa mora ustvariti pogoje za konkurenco znotraj distribucijskega trga.

³⁹ Ker ni konkurence znotraj trga, se cena ne more oblikovati tržno, zato jo mora določiti regulator. V tej zvezi ni zaželeno klasično administrativno določanje cene, pač pa mora biti cena odraz predhodnih ekonomskih analiz.

⁴⁰ Vrednotenje omrežja je pomembno zlasti, če lastnik omrežne infrastrukture ni država, ampak zasebno podjetje in to podjetje na novem javnem razpisu ni izbrano za upravljavca infrastrukture in ga je zato potrebno »izplačati«.

⁴¹ Preprečiti je potrebno »free-riding«, t. j. položaj da nekateri upravljavci ne bi vzdrževali omrežja oziroma vsaj ne v zadostni meri in bi ga na ta način izčrpavali.

⁴² To načeloma vodi do zvišanja končne cene, če »preprodajalci« zaračunajo provizijo.

potrebno, sicer pa naj bi jih načeloma *ex post* opravljal varuh konkurence.⁴³ To je v skladu z osnovno idejo, na kateri pravzaprav temeljni (socialno-)tržni model gospodarstva, in sicer, da naj se dobrine, če je le možno, zagotavljajo na trgu. Skratka, šteje se, da je *ex ante* regulacija nujna in utemeljena v primeru stabilne tržne moči, ki izhaja iz nujne infrastrukture⁴⁴ in je sposobna ogroziti trg in konkurenco oziroma funkcije, ki jih le-ta opravlja.

8. Ugotovitve in teze

Z upoštevanjem predhodno obravnavane ekonomske teorije sledijo naslednje ugotovitve in teze:

- Proces liberalizacije prej »zaprtih« trgov nekaterih nujnih dobrin terja od držav članic ustvarjanje primerne regulatorne politike oziroma regulacije, ki je skladna s pravom Evropske unije, pri čemer pa to določa relativno širok okvir, ki članicam omogoča široko polje lastne presoje. Tako velja glede sektorjev, ki so posebej urejeni s sekundarno sektorsko zakonodajo Evropske unije, ker se liberalizacija vrši pretežno na podlagi harmonizacije in imajo države članice na razpolago določeno stopnjo kreativnosti pri implementaciji direktiv, razumljivo pa še toliko bolj velja glede sektorjev, ki niso posebej urejeni s sekundarno sektorsko zakonodajo Evropske unije.
- *Ex ante* regulacija je intenzivno oblastno poseganje na trg, ki naj bi bilo v tržnem gospodarstvu uporabljeno le izjemoma. Načeloma velja, da je tovrstno poseganje države na trg primerno, kadar trg odpove oziroma zataji. Trg po naravi stvari ni sposoben v zadostnih meri uresničiti socialnih ciljev, poleg tega pa so v določenih primerih razlogi za odpoved trga povsem ekonomske narave.
- Pri presoji nujnosti in oblike regulacije je potrebno upoštevati značilnosti posamezne dejavnosti oziroma sektorja. Načeloma velja, da so najbolj problematični infrastrukturni sektorji, vendar je tudi znotraj njih potrebna posamična (case-by-base) presoja.
- Ekonomska teorija ponuja različne instrumente, ki se lahko v praksi uporabijo pri presoji, ali je v konkretnem primeru zaradi ekonomskih

⁴³ Glede neekonomskih nalog oziroma ciljev, ki izhajajo iz prava javnih služb, načeloma prevladuje prepričanje, da naj jih sektorski regulatorji opravljajo trajno, ker neekonomskih ciljev, ki so z njimi povezane, varuh konkurence, ki deluje v okviru konkurenčnega prava, ne more uresničiti.

⁴⁴ Prednost, ki jo na novem trgu ustvari »first-mover«, naj načeloma ne bi bila stabilna, če ni (znatnih) vstopnih ovir.

razlogov utemeljena *ex ante* regulacija. V infrastrukturnih sektorjih, za katere je (bila) značilna vertikalna integracija, je najpomembnejši (vendar ne edini) instrument za presojo utemeljenosti *ex ante* regulacije teorija monopolističnega »ozkega grla«, po kateri je problematična zgolj stabilna (znatna) tržna moč podjetja, ki je dokazljiva, če sta kumulativno izpolnjena dva pogoja, in sicer: (a) ko gre za infrastrukturo, ki je neobhodna za poslovanje oziroma delovanje podjetja na spodnjem, vertikalno povezanem trgu, vendar zaradi učinka naravnega monopola ne obstaja dejanski substitut, (b) in ko zaradi učinka nepovratnih stroškov ne obstaja potencialen substitut, ki bi discipliniral lastnika oziroma imetnika edine infrastrukture.

- Evropska komisija je v preteklosti pogosto uporabljala instrumentarij konkurenčnega prava, zlasti doktrino nujnih »dobrin«, da bi uresničila cilje v zvezi z liberalizacijo. Pri tem je pogosto odstopila od splošnega koncepta konkurenčnega prava, in sicer do te mere, da gre že za neke vrste sektorsko-specifično konkurenčno pravo.
- *Ex ante* regulacijo morajo vršiti sektorski regulatorji.

Literatura / References

Berg, H. (2002) *Deregulierung und Privatisierung: Gewoltes – Erreichtes – Versäumtes* (Berlin: Duncker & Humblot).

Blankart, C. (2002) *Daseinsvorsorge ökonomisch betrachtet*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik.

DiLorenzo, T. (1996) *The Myth of Natural Monopoly*, The Review of Austrian Economics.

Helm, D., Jenkinson, T. (1998) *Competition in Regulated Industries* (Oxford: Oxford University Press).

Kranjec, M. (2003) *Javni sektor in ekonomska regulacija*, X. Dnevi slovenske uprave – zbornik referatov 2003.

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

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

Roth, P., Rose, V. (2008) *Bellamy&Child European Community Law of Competition*, 6th edition, (Oxford: Oxford University Press).

Valcke, P., Queck, R., Lievens, E. (2005) *EU Communications Law* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited).

Wimmer, N., Kahl, A. (2001) *Die öffentliche Unternehmen im freien Markt*, (Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung).

Whish, R. (2003) *Competition Law*, 5th edition (Suffolk: LexisNexis/Butterworths).