

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Bc. Adéla Foldynová

Podnákladové ceny v soutěžním právu

Diplomová práce

Olomouc 2012

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma „Podnákladové ceny v soutěžním právu“
vypracovala samostatně a citovala jsem všechny použité zdroje.

Ve Valašském Meziříčí dne 27. listopadu 2012

.....

Bc. Adéla Foldynová

Já, níže podepsaná Bc. Adéla Foldynová, autorka diplomové práce na téma

Podnákladové ceny v soutěžním právu,

kteřá je literárním dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), v platném znění (dále jen „autorský zákon“), dávám tímto jako subjekt údajů svůj souhlas ve smyslu § 4 písm. e) zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, v platném znění, správci, kterým je

Univerzita Palackého v Olomouci

Křížkovského 8

771 47 Olomouc

Česká republika,

ke zpracování údajů v rozsahu: jméno a příjmení v informačním systému, a to včetně zařazení do katalogů, a dále zpřístupnění jména a příjmení v katalogu a informačním systému Univerzity Palackého, a to včetně neadresovaného zpřístupnění pomocí metod dálkového přístupu. Údaje mohou být takto zpřístupněny uživatelům služeb Univerzity Palackého v Olomouci. Realizaci zpřístupnění zajišťuje ke dni podání tohoto prohlášení vnitřní složka Univerzity Palackého, která se nazývá Informační centrum Univerzity Palackého.

Souhlas se poskytuje na dobu ochrany autorského díla podle autorského zákona.

Ve Valašském Meziříčí dne 27. listopadu 2012

.....

Bc. Adéla Foldynová

Poděkování

Na tomto místě bych ráda poděkovala JUDr. Michalu Petrovi, Ph.D. za odborné vedení, vstřícný přístup, cenné rady a připomínky při zpracování této diplomové práce.

Obsah

Úvod	7
1 Jednostranné protisoutěžní praktiky.....	9
1.1 Evropská unie: Dominantní postavení	9
1.1.1 Zneužití dominantního postavení	10
1.1.2 Nový přístup Komise – reforma čl. 102 SFEU	14
1.2 Spojené státy americké: Monopolizace.....	16
1.2.1 Monopolní postavení	17
1.2.2 Monopolizace a snaha o ni	18
1.2.3 Antitrustové zákony.....	19
2 Podnákladové ceny jako protisoutěžní jednání	22
2.1 Podnákladová vs. predátorská cena.....	23
2.2 Znaky predátorských cen.....	25
2.2.1 Dominantní postavení „predátora“	25
2.2.2 Nepřiměřeně nízká cena a nákladové testy.....	25
2.2.3 Predátorský záměr	29
2.2.4 Vynahrazení ztrát (tzv. recoupment)	30
2.2.5 Neexistence objektivního ospravedlnění	31
3 Přístup k podnákladovým cenám v Evropské unii a Spojených státech amerických	33
3.1 Vývoj aplikační praxe v Evropské unii	33
3.1.1 AKZO	33
3.1.2 Tetra Pak II.....	35
3.1.3 France Télécom	36
3.2 Vývoj aplikační praxe ve Spojených státech amerických.....	38
3.2.1 Posuzování predátorského jednání před rokem 1975	38
3.2.2 Matsushita.....	40
3.2.3 Brooke Group	40

4	Vyhodnocení přístupů k podnákladovým cenám v Evropské unii a ve Spojených státech amerických	42
4.1	Historický základ.....	42
4.2	Posuzování jednostranných praktik.....	42
4.3	Modernizace evropského soutěžního práva	43
4.4	Predátorské ceny v aplikační praxi.....	43
4.5	Testy predace.....	44
4.6	Evropská unie a recoupment	45
	Závěr	46
	Použité zdroje.....	48
	Abstrakt.....	52
	Klíčová slova	52
	Abstract	53
	Key words.....	53

Úvod

Diplomová práce se zabývá problematikou podnákladových cen v soutěžním právu, tedy postupem podniku v dominantním postavení, který za účelem omezení či dokonce vyloučení soutěže na trhu krátkodobě poskytuje své zboží nebo služby za cenu, která nepokrývá jeho vlastní náklady.

Hlavním cílem práce je analýza přístupu k podnákladovým cenám ve dvou hlavních soutěžněprávních jurisdikcích – ve Spojených státech amerických a v Evropské unii. Protože se americké a evropské soutěžní právo odlišuje už v oblasti jednostranných protisoutěžních praktik, jedním z dílčích cílů je nastínění problematiky konceptu dominantního postavení a jeho zneužití v Evropské unii, jakož i jeho amerického protějšku v podobě zákazu monopolizace. Dalším dílčím cílem je pak poskytnutí dostatečného teoretického základu pro řešení problematiky podnákladových cen jako zakázané vylučovací praktiky.

Spojené státy americké jsou považovány za kolébku soutěžního práva, základy antitrustu zde byly položeny už koncem 19. století. Práce proto vychází z předpokladu, že přestože se americké obchodní i soutěžní prostředí od evropského liší, starší americké antitrustové právo se do určité míry stalo inspirací pro později vznikající soutěžní právo Evropské unie a ovlivnilo jeho výslednou podobu.

Účelem této práce není detailně rozebrat oba přístupy. Přestože je americkému přístupu věnováno dosti pozornosti, je to především z toho důvodu, aby mohl být následně použit jako prostředek pro komparaci s přístupem evropským a jako východisko pro vyhodnocení možných problémů plynoucích z rozdílů v posuzování podnákladových cen na opačných březích Atlantiku.

Dostupné české publikace týkající se soutěžního práva jsou ve většině případů velmi komplexní a podnákladovým cenám a vylučovacím praktikám vůbec se věnují pouze v základních rysech, takže bylo nezbytné doplnit z nich získané poznatky také studiem zahraničních publikací zaměřených přímo na oblast článku 102 Smlouvy o fungování Evropské unie. Opomenuty nezůstaly ani právní předpisy, články publikované v odborných časopisech či příspěvky ve sbornících. Podstatná část práce však vychází z rozboru judikatury Soudního dvora a rozsudků Nejvyššího soudu Spojených států amerických, které věnovaly problematice podnákladových cen (predaci) značnou pozornost. Z metodologického hlediska bylo využito zejména postupu deskripce, analýzy a komparace.

Práce je strukturálně členěna do čtyř kapitol.

Úvodní kapitola je věnována jednostranným protisoutěžním praktikám – konceptu dominantního postavení a jeho zneužití, který je typický pro evropské soutěžní právo, a zákazu monopolizace, jenž je stěžejní myšlenkou amerického antitrustového práva, jeho specifikům a zakotvení v právních předpisech.

Po nastínění jejich rysů se ve druhé kapitole přesouvá pozornost na jednu z forem zakázaného jednání – použití cen pod hranicí vlastních nákladů k omezení či vyloučení soutěže (predaci). Po stručném rozlišení, kdy může jít o běžné obchodní chování a kdy už se jedná o nelegální praktiku, se práce zabývá predátorskými cenami a jejich znaky podrobněji. Zde uvedené teoretické poznatky pak byly využity jako východisko v následujících částech práce.

Třetí kapitola se věnuje přístupu k podnákladovým cenám v praxi, a to především k jejich posuzování ve Spojených státech amerických a v Evropské unii. Podrobnější analýze jsou podrobena v první řadě ta soudní rozhodnutí, která jsou z hlediska vývoje posuzování predátorských cen považována za zásadní.

Závěrečná část diplomové práce pak využívá teoretické poznatky a výsledky analýz z předchozích kapitol ke zhodnocení přístupu k jednostranným protisoutěžním praktikám a predátorským cenám v příslušných soutěžněprávních jurisdikcích. Poukazuje jak na shody, tak na významné rozdíly v přístupech, pokouší se naznačit možný budoucí vývoj a identifikovat problémy pramenící z rozdílů mezi nimi.

1 Jednostranné protisoutěžní praktiky

V právu na ochranu hospodářské soutěže je nutné rozlišovat evropský a americký přístup k jednostranným protisoutěžním praktikám. V evropském soutěžním právu hovoříme o konceptu dominantního postavení, které samo o sobě není zakázáno, ovšem vyžaduje zvláštní odpovědnost, a postihováno je až zneužití dominantního postavení.

Americké antitrustové právo (také označováno jako protimonopolní právo) se vyznačuje úpravou konceptu monopolního postavení a jeho zneužití, přičemž trestné není jen toto zneužití, jak je tomu v Evropě, ale i „pouhý“ pokus o vytvoření monopolního postavení.

V následujících podkapitolách budou oba koncepty blíže popsány.

1.1 Evropská unie: Dominantní postavení

Problematika zneužívání dominantního postavení je jedním ze základních pilířů soutěžního práva (vedle kontroly fúzí a dohod narušujících soutěž), zároveň se jedná o jeden z nejzávažnějších deliktů.¹

Primární právo Evropské unie dominantní postavení nedefinuje (čl. 102 Smlouvy o fungování Evropské unie hovoří až o jeho zneužívání), nečiní tak ani sekundární legislativa. Definici dominantního postavení proto musíme vyvodit z aplikační praxe a judikatury evropských soudů. Soudní dvůr Evropské unie (dále jen Soudní dvůr) první definici dominantního postavení podal v rozsudku ve věci *United Brands* v roce 1978, když uvedl, že dominantní postavení je „postavení ekonomické síly, kterou podnik má a která mu umožňuje bránit zachování efektivní hospodářské soutěže na relevantním trhu, protože mu dává možnost chovat se v podstatné míře nezávisle na jeho soutěžitelích, zákaznících a nakonec i na spotřebitelích.“² Protože se dominantní postavení odvozuje od postavení podniku na trhu, je nutné určit relevantní trh, zjistit tržní podíl jak posuzovaného podniku, tak jeho konkurentů, posoudit celkovou soutěžní situaci na trhu, zejména překážky vstupu na relevantní trh, a je potřeba vzít v úvahu i stupeň vertikální integrace a kupní sílu odběratelů.³

¹ RAUS, David, NERUDA, Robert. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha: Linde, 2006, s. 151.

² C-27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, bod 65.

³ BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. *European Community Law of Competition*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2008, s. 922-946.

Tato klasická definice dominantního postavení se však stále vyvíjí, v poslední době především v souvislosti s nově uplatňovaným tzv. *ekonomickým přístupem*.⁴ Za podnik v dominantním postavení je tak považován podnik, který není vystaven soutěžním tlakům vyvolaným konkurenty, možným rozšířením jejich činnosti, vstupem nových konkurentů na trh nebo vyrovnávací kupní silou svých zákazníků a po určitou dobu (zpravidla dva roky, záleží však na situaci, výrobku a daném trhu) disponuje významnou tržní silou, jenž mu umožňuje zvýšit ceny nad tržní úroveň.⁵ Právě takové chápání dominance je v podstatě totožné s vymezením, se kterým se setkáváme v judikatuře soudů Spojených států amerických.⁶ Komise navíc v Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik (dále jen „Pokyny“) vyslovila nově pravidlo týkající se velikosti tržního podílu:⁷ u podniku, který má tržní podíl nižší než 40%, není pravděpodobné, že by byl dominantním (mohou však existovat zvláštní případy, kdy tomu bude jinak), ale ani vysoký tržní podíl nemusí být nezbytně znakem dominance. Jakkoli je výše tržního podílu užitečným prvotním indikátorem, zda se jedná o podnik v dominantním postavení či nikoli, mnohem důležitější jsou „podmínky na relevantním trhu, zejména jeho dynamika, míra odlišnosti výrobků nebo vývoj podílů na trhu v čase“.⁸

1.1.1 Zneužití dominantního postavení

Samotná existence dominantního postavení není protiprávní, avšak přítomnost dominantního podniku na trhu oslabuje existující soutěžní prostředí. Obchodní chování přípustné u podniku, který dominantní postavení nemá, totiž může vést ke zneužití dominantního postavení, pokud jej provádí podnik, který se již v dominantním postavení nachází.⁹ Jedná se například stanovení nepřiměřených cen, zákaz vývozu pro odběratele, vázané obchody, neodůvodněné slevy atp.¹⁰ Podnik v dominantním postavení proto má tzv.

⁴ Blíže viz kapitola 1.1.2

⁵ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, body 10-12.

⁶ PETR, Michal. *Modernizace komunitárního soutěžního práva*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 27.

⁷ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, bod 14.

⁸ Tamtéž, bod 13.

⁹ BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. *European Community Law of Competition*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2008, s. 949.

¹⁰ BĚHAN, Petr. *Komunitární právní úprava zneužití dominance, kartelových dohod a veřejných podpor a její vývoj ve světle rozhodovací praxe*. Ostrava: Key Publishing, 2008, s. 70.

*zvláštní odpovědnost*¹¹ (special responsibility), což pro něj znamená omezení možností chování v obchodních vztazích a nutnost takového jednání, které nebude způsobitelné oslabit skutečnou nenarušenou soutěž na trhu.

To, co však je postihováno, je zneužití dominantního postavení, jak stanovuje článek 102 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen SFEU), který říká, že „s vnitřním trhem je neslučitelné, a proto zakázané, pokud to může ovlivnit obchod mezi členskými státy, aby jeden nebo více podniků zneužívaly dominantního postavení na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části.“¹² Citované ustanovení se tedy dotýká pouze podniku (podniků) v dominantním postavení (na podniky, které toto postavení nemají, se použije pouze ustanovení článku 101 SFEU); výslovně zakazuje zneužití tohoto postavení, a to v případě, že by takové jednání mohlo ohrozit obchod mezi členskými státy. Samotný pojem zneužití dominantního postavení zde definován není. Toho se opět ujal Soudní dvůr, jenž v rozsudku ve věci Hoffmann – La Roche judikoval, že „pojem zneužití dominantního postavení je objektivní skutečností, která zahrnuje jednání podniku v dominantním postavení, které může ovlivnit strukturu trhu, na kterém je právě v důsledku přítomnosti daného podniku soutěž již oslabena, přičemž důsledkem tohoto jednání je bránění ve fungování ještě existující soutěže nebo jejímu rozvoji na tomto trhu použitím prostředků, které se odchyľují od normální soutěže výroby nebo službami“.¹³ Protože je zneužití dominantního postavení objektivní skutečností, není vždy nezbytné prokazovat zavinění. Není ani vždy nutné, aby soutěžitel v dominantním postavení dosáhl cíle svého chování, protože reálná hrozba takového chování je postačující pro to, aby jeho jednání bylo označeno za zneužívání dominantního postavení.¹⁴

Článek 102 SFEU dále uvádí výčet skutkových podstat, které jsou kvalifikovány jako zneužití dominantního postavení. Podle tohoto ustanovení může zneužití dominantního postavení spočívat v:

- „a) v přímém nebo nepřímém vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek;
- b) v omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů;

¹¹ C-322/81 NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461, bod 57.

¹² Článek 102 Smlouvy o fungování Evropské unie. Úřední věstník Evropské unie C 83/47, 30. března 2010.

¹³ C-85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission [1979] ECR 461, bod 91.

¹⁴ RAUS, David, NERUDA, Robert. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha: Linde, 2006, s. 175.

- c) v uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži;
- d) v podmiňování uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisejí.¹⁵

Protože se však jedná o výčet demonstrativní, nikoli taxativní, za zneužití dominantního postavení je považováno jakékoli další jednání podniku v dominantním postavení, které, ať už potencionálně nebo reálně, ohrožuje soutěž nebo poškozuje spotřebitele na daném trhu.¹⁶ Takové jednání podniku by vedlo k uzavření trhu narušujícímu hospodářskou soutěž, což je nežádoucí stav. Evropská komise, které přísluší analyzovat toto jednání a následně i rozhodovat o právech a povinnostech podniků, které porušily ustanovení článku 102 SFEU, se při posuzování chování podniků v dominantním postavení zaměřuje zejména na postavení dominantního podniku, podmínky na relevantním trhu, postavení konkurentů dominantního podniku, postavení zákazníků nebo dodavatelů vstupů, rozsah údajného zneužívajícího chování, případné důkazy o skutečném uzavření trhu a přímé důkazy o případné strategii k vyloučení ostatních soutěžitelů.¹⁷ Na základě posouzení těchto činitelů Komise rozhodne, zda dotyčné chování skutečně poškozuje spotřebitele a omezuje soutěž.

Ze zákazu zneužití dominantního postavení neexistují žádné výjimky, na které by se mohl podnik postihovaný pro zneužití dominantního postavení odvolat. Avšak určité jednání, které sice má formální znaky zneužití dominantního postavení, může být posouzeno jako legitimní obchodní chování a při ekonomicky opodstatněné argumentaci může být obhájeno (např. odmítnutí dodávek druhé straně, pokud ta neplní své smluvní závazky) – hovoříme o tzv. *principu přiměřenosti a objektivního ospravedlnění*.¹⁸

¹⁵ Článek 102 Smlouvy o fungování Evropské unie. Úřední věstník Evropské unie C 83/47, 30. března 2010.

¹⁶ FAULL, Jonathan, NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, 1999, s. 118.

¹⁷ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, bod 20.

¹⁸ Blíže např. MUNKOVÁ, Jindřiška, SVOBODA, Pavel, KINDL, Jiří. *Soutěžní právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 272, ŠILHÁN, Josef. *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie*. Brno: Tribun EU, 2009, s. 109 – 118.

Druhy zneužití dominantního postavení

Jednotlivé formy zneužití dominantního postavení můžeme začlenit do skupin podle různých hledisek. Nejčastěji se v literatuře setkáme s dělením na dvě základní skupiny podle dopadu na relevantní trh – praktiky vylučovací (též zabraňovací, *exclusionary*), které jsou v praxi častější, a praktiky vykořisťovací (někdy také kořistnické, *exploitative*).¹⁹

Jako *vylučovací* označujeme ty praktiky, které spočívají ve zneužití tržní síly podniku v dominantním postavení do té míry, že omezují aktivity ostatních podniků nebo konkurenci z trhu úplně eliminují.²⁰ Mezi tradiční příklady vylučovacích metod patří například odmítnutí obchodování, vázaný prodej, nedovolené rabaty, diskriminační nebo predátorské ceny. Vylučovací praktiky nemusí mít od začátku negativní dopad na zákazníky dominantního podniku²¹; například predátorské ceny, kterými se budu v dalších částech práce zabývat detailněji, mají z krátkodobého hlediska pro spotřebitele pozitivní přínos, ovšem z dlouhodobého pohledu je značně poškozují.

Vykořisťovacími praktikami pak rozumíme takové chování dominantního podniku, které se vyznačuje zneužíváním tržní moci v neprospěch spotřebitelů a dodavatelů, nikoli přímo soutěžitelů.²² Chování podniku ale musí být nepřiměřené, jinak by nebylo kvalifikováno jako vykořisťovací praktika ani jako zneužití dominantního postavení, protože i dominant může (v mezích zákona) využít nejrůznějších prostředků k tomu, aby se účastnil soutěže. Do této kategorie řadíme zejména skutkové podstaty uvedené v článku 102 SFEU (jak již bylo uvedeno výše, jedná se pouze o taxativní výčet); patří sem nepřiměřeně vysoké ceny, nepřiměřené obchodní podmínky nebo diskriminační praktiky založené například na národnosti nebo použití rozdílných cen na různých geografických trzích.

Některé formy zneužití (např. smlouvy o vázaných obchodech) mohou mít v praxi znaky jak vylučovacích, tak vykořisťovacích praktik²³, takže toto členění nemůžeme chápat jako absolutní.

¹⁹ ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva. Obecná část – Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 451.

²⁰ Tamtéž.

²¹ FAULL, Jonathan, NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, 1999, s. 146.

²² ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva. Obecná část – Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 451.

²³ BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. *European Community Law of Competition*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2008, s. 925.

1.1.2 Nový přístup Komise – reforma čl. 102 SFEU

Kromě toho, že byla definice zneužívajícího chování považována za velmi širokou a nepřítliš jasnou a bylo potřeba začít hledat unifikovaný standard definující takové chování²⁴, kritika postihla i Komisi. Vyčítáno jí bylo především to, že se nikdy nepokusila o vytvoření komplexní zprávy týkající se zneužití dominantního postavení (publikovány byly jen zprávy úzce zaměřené na sektor poštovních a telekomunikačních služeb²⁵). Další výtky pak byly zaměřeny na oblast článku 102 SFEU, která postrádala výraznější vliv ekonomie, jenž byl naopak velmi patrný na poli zakázaných dohod (článek 101 SFEU) a kontroly fúzí. V těchto dvou oblastech soutěžního práva byla vypracována řada dokumentů, jejichž vzniku předcházely rozsáhlé konzultace i s předními ekonomy, čímž dala Komise jasně najevo svůj záměr zahrnout do těchto odvětví soutěžního práva ekonomické myšlení. Toto však bylo opomenuto v případě zneužívání dominantního postavení, kde srovnatelné dokumenty vytvořeny nebyly.

Komise na výše uvedenou kritiku zareagovala a v roce 2003 ohlásila připravovanou reformu článku 102 SFEU. Uznala, že revize ve světle ekonomického myšlení dosud neproběhla, jako tomu bylo v případě zakázaných dohod a kontroly fúzí, ale je nezbytná. Zdůraznila, že se jedná o oblast, kde je nutné mít striktně stanovená pravidla, která zajistí konzistentní vynucování práva napříč Evropskou unií, když při aplikaci článku 102 SFEU vystupují nejen komunitární orgány, ale i národní úřady a soudy. Dále poukázala na fakt, že podniky pracují v globálním měřítku, a proto je žádoucí čím dál větší přibližování soutěžních politik hlavních jurisdikcí, přičemž měla na mysli především přibližování komunitárního soutěžního práva americkému právu antitrustovému.²⁶

Modernizace komunitárního soutěžního práva byla vedena především snahou o zavedení používání *podloženého hospodářského hodnocení*²⁷ i v oblasti zneužívání dominantního postavení. Dosavadní posuzování dominantního postavení a jeho zneužití založené na *formalistickém (per se) přístupu (form-based approach)* bylo považováno za zastaralé, když v podstatě postačovalo konstatovat existenci dominantního postavení a identifikovat právem reprobované jednání. Jinými slovy, zkoumané jednání je hodnoceno podle formálních charakteristik, a to, zda je či není závadné, záleží především na tom, jaké formální znaky naplňuje. Oproti tomu nově navrhovaná politika v oblasti soutěžního práva,

²⁴ O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 17.

²⁵ Tamtéž.

²⁶ Tamtéž, s. 19.

²⁷ KROES, Neelie. *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82* [online]. 23. září 2005 [cit. 18. října 2012]. Dostupné na <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm>.

kteřá by měla dřívější formalistický přístup nahradit a kteřá zdůrazňuje spíše *ekonomický a na následcích založený přístup*²⁸ (*economic and effect-based approach* či *more economic approach*), spočívá v individuálním posuzování dopadů zkoumaného jednání na trh i spotřebitele²⁹. Tento ekonomický přístup, označovaný jako *nový přístup Komise*, je totiž veden snahou důsledněji zabránit poškozování spotřebitelů, jelikož hospodářská soutěž se v tomto modernějším pojetí zaměřuje především na spotřebitelský blahobyť.

Modernizace soutěžního práva v EU de facto započala v červenci 2005³⁰, a to vydáním zprávy³¹ Ekonomické poradní skupiny pro soutěžní politiku (EAGCP) zabývající se změnami, které přináší případná aplikace Nového přístupu. Zpráva vychází z toho, že základním cílem hospodářské soutěže je blaho spotřebitele, přičemž měřítkem správného fungování soutěže pak je uspokojení potřeb spotřebitele.³² Za vhodný přístup k posuzování zneužití dominantního postavení EAGCP považuje detailní analýzu dopadů na trh, resp. spotřebitele, v každém případě zvláště, přičemž by pak tato ekonomická analýza posloužila k dalšímu rozhodování o případném postihu za provinění. Zpráva dále vysvětluje, že v Novém přístupu už není tak podstatné určování existence dominantního postavení. Přestože je formalistický přístup ceněn pro vysoký stupeň právní jistoty, při posuzování zneužití dominantního postavení už není dostačující, když na rozdíl od moderního ekonomického přístupu nezohledňuje, vedle protisoutěžních účinků, i možné účinky prosoutěžní, které budou taktěž pozorně sledovány a hodnoceny.

Komise se v podstatě ztotožnila se závěry zprávy EAGCP. Systematicky i obsahově se zprávou koresponduje Diskusní materiál k dominanci týkající se vylučovacích praktik (dále jen „Diskusní materiál“), který v prosinci 2005 vydalo DG Competition a který představuje zásadní krok k posílení ekonomického přístupu v oblasti článku 102 SFEU tak, aby odpovídal effect-based analýze používané v oblasti článku 101 SFEU a kontrole fúzí.³³ Na Diskusní materiál navázalo jeho veřejné projednávání, oficiální stanoviska zainteresovaných subjektů pak Komise publikovala na svých stránkách.

²⁸ PETR, Michal a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 303.

²⁹ BORLINI, Leonardo. Methodological issues of the “more economic approach” to unilateral exclusionary conduct. Proposal of analysis starting from the treatment of retroactive rebates. *European Competition Journal*, 2009, Vol. 5, Issue 2, s. 440.

³⁰ Rostoucí vliv ekonomického přístupu však byl patrný již dříve v případech COMP/38.233 Wanadoo a COMP/C-3/37.792 Microsoft.

³¹ An economic approach to Article 82. Report by the EAGCP, červenec 2005.

³² Tamtéž, s. 2.

³³ PETR, Michal a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 304.

Převládala kladná stanoviska, protože posílení ekonomického přístupu v oblasti článku 102 SFEU bylo chápáno jako nutnost, i když bylo poukázáno i na některé nedostatky³⁴ a nutnost dopracování. Za hlavní nedostatek Diskusního materiálu bylo považováno to, že je prezentován ve formě *guidelines*. Tato výkladová pravidla shrnují dosavadní judikaturu a nevyplývá z nich dostatečně zřetelně, v čem vlastně změna spočívá, jelikož Komise se snaží zachovat kontinuitu rozhodovací praxe, ale zároveň chce tuto praxi změnit v souladu s ekonomickým přístupem.

V prosinci 2008 pak Komise první fázi zavádění Nového přístupu završila vydáním Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik, což je dokument vycházející z Diskusního materiálu, stanovující „priority v oblasti prosazování práva, kterými se bude řídit činnost Komise při používání článku 102 SFEU na chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele.“³⁵ Pokyny opět zdůrazňují nutnost zavedení effect-based analýzy při posuzování jednostranného jednání, přičemž její přijetí by mělo zajistit, že Komise při prošetřování domnělého porušení článku 102 SFEU odmítne dřívější per se přístup a použije právě analýzu založenou na posuzování důsledků.³⁶ Tento dokument nestanovuje právo ani nezpůsobuje právně závazné následky³⁷, ale znova potvrzuje záměr Komise soustředit se při aplikaci článku 102 SFEU na takové jednání podniků, které nejvíce poškozují spotřebitele, a posuzovat jak protisoutěžní, tak i možné prosoutěžní účinky jinak závadného jednání.³⁸

1.2 Spojené státy americké: Monopolizace

Americké antitrustové právo (v české literatuře označováno také jako antimonopolní právo) se vyvinulo na konci 19. století, kdy byl přijat vůbec první moderní antimonopolní předpis. Jako nejstarší antitrustový režim je zdrojem inspirace pro zbytek světa a tedy i pro EU, i když je možné nalézt mezi nimi odlišnosti.

³⁴ Blíže např. LOVDAHL GORMSEN, Liza. Why the European Commission's enforcement priorities on Article 82 EC should be withdrawn. *European Competition Law Review*, 2010, Vol. 31, Issue 2, s. 45-51, GRAVINGAARD, Martin Andreas, KJÆRGAARD, Niels. The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice. *European Competition Law Review*, 2010, Vol. 31, Issue 7, s. 285-305.

³⁵ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, bod 2.

³⁶ PETR, Michal a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 312

³⁷ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, bod 3.

³⁸ Tamtéž, body 5-8 a 28-31.

Cíle antitrustového práva jsou poněkud nejednotné, rozhodující je, kdo a za jakým účelem analyzuje který předpis. Za hlavní cíl je obecně považován spotřebitelský blahobyt³⁹, jehož bude dosaženo zabráněním praktikám, které omezují soutěž; tento cíl sledují antitrustové zákony zákazem protisoutěžního chování. Americký Nejvyšší soud v průběhu času odkazoval i na další cíle antitrustu, především sociální a politické.⁴⁰ Ačkoliv mohou tyto cíle v teorii vypadat jako neslučitelné, opak je pravdou: „bránění akumulaci monopolní síly přispívá k blahu spotřebitele tím, že zamezuje cenovým podvodům, ale zároveň plní i sociopolitické cíle, když rozměňuje ekonomickou sílu“.^{41,42}

Prosazování soutěžního práva v USA probíhá v drtivé většině případů soukromou cestou (tzv. private enforcement). Co se týče veřejného prosazování (na federální úrovni), má jej na starosti Federální obchodní komise (Federal Trade Commission, FTC) a antitrustová sekce Ministerstva spravedlnosti (Department of Justice Antitrust Division), jejichž pravomoci se v některých případech překrývají, avšak z dosavadní praxe lze shrnout, že FTC se soustředí zejména na odvětví jako zdravotnictví, energetika či některé hi-tech odvětví⁴³, zatímco ostatní oblasti jsou v kompetenci Ministerstva vnitra.

Jako je v EU jedním z pilířů soutěžního práva koncept dominantního postavení, stěžejní myšlenkou amerického antitrustového práva je koncept monopolního postavení. Aby mohl být aplikován obecný zákaz monopolizace nebo snahy o ni, jak stanovují antimonopolní zákony, podnik musí mít na trhu monopolní postavení, které získal a udržuje nepřiměřeným chováním, pro které neexistuje objektivní ospravedlnění⁴⁴, a zároveň musí být schopen vyloučit soutěž na trhu (v EU stačí reálná hrozba poškození účinné soutěže na trhu).

1.2.1 Monopolní postavení

Chápání monopolního postavení se v antitrustovém právu odlišuje od pojetí známého z ekonomie. Zatímco v ekonomii se monopolem rozumí jediný prodávající na trhu, zde se

³⁹ Ochrana zájmu spotřebitele je teoretickým zdůvodněním. K přijetí Shermanova zákona však nevedla snaha o chránění zájmů spotřebitele, ale tlak zájmových skupin (menších podnikatelských subjektů a malých farmářů).

⁴⁰ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 11.

⁴¹ V minulosti přesto ke kolizi došlo, např. v době Velké hospodářské krize. V případě takového střetu je nadřazen cíl ekonomický.

⁴² SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 12.

⁴³ *An FTC Guide to the Antitrust Laws* [online]. 3. června 2008 [cit. 12. října 2012]. Dostupné na <<http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf>>.

⁴⁴ Tamtéž.

jedná o jediný podnik, který má významnou tržní sílu, ale jeho tržní podíl je menší než 100%. Takový podnik může libovolně zvedat ceny, je tzv. *price maker*, zatímco konkurent, který vlastním jednáním výši cen na relevantním trhu neovlivní, je tzv. *price taker*.⁴⁵

Samotná výše tržního podílu není dostatečným důvodem pro konstatování, že se podnik nachází v monopolním postavení, můžeme ji však považovat za vcelku spolehlivý, i když zjednodušující indikátor; z dosavadní praxe plyne, že podnik s tržním podílem vyšším než 75% zpravidla bude mít monopolní postavení.⁴⁶ Kromě zjištění výše tržního podílu je nutné provést hloubkovou analýzu trhu a prostředků, kterými se podnik snaží získat či udržet monopolní postavení, ať už jsou legální (kvalita produktů, inovace) či nelegální (výhradní dodávky, predátorské ceny). Rozhodnutí, zda má podnik monopolní postavení díky nelegálnímu jednání, či zda je důsledkem obchodních schopností podniku a tudíž je v souladu s legislativou, přísluší soudu.⁴⁷ Nejvyšší soud USA ve své rozhodovací praxi⁴⁸ několikrát potvrdil, že monopolní postavení získané v souladu s právem, pramenící z obchodní zdatnosti podniku, jeho růstu a vývoje, v žádném případě není nežádoucí, úspěšný soutěžitel nemůže být za úspěch trestán. Není tedy pochyb o tom, že vysoký tržní podíl podniku není sám o sobě nelegální, co však antitrustové zákony zakazují, je monopolizace a snaha o ni.

1.2.2 Monopolizace a snaha o ni

Pokud podnik používá k tomu, aby získal monopolní postavení, nepřiměřených praktik namísto čestné konkurence, hovoříme o snaze o monopolizaci⁴⁹, kterou antitrustové právo zakazuje. Takové chování je nelegální, i když podnik ještě monopolního postavení nedosáhl, ale existuje dle soudu *nebezpečná pravděpodobnost*⁵⁰, že jeho snaha o vytvoření takového postavení prostřednictvím poškození soutěže bude úspěšná. Nebezpečnou pravděpodobností se dle praxe soudů rozumí situace, kdy podnik dosáhne tržního podílu 40-50%. Aby byl záměr poškodit soutěž a tím získat monopolní postavení potvrzen, je nutné analyzovat každou soutěžní praktiku (izolovaně mohou být nezávadné) v kontextu jeho celkového chování na

⁴⁵ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 36.

⁴⁶ PETR, Michal a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 301.

⁴⁷ *An FTC Guide to the Antitrust Laws* [online]. 3. června 2008 [cit. 12. října 2012]. Dostupné na <<http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf>>.

⁴⁸ United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966).

⁴⁹ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 36.

⁵⁰ Tamtéž, s. 38.

trhu. Pokud jednání podniku není účelné z pohledu podnikání, ale má tendenci poškodit ostatní soutěžitele nebo soutěž, je konstatována snaha o monopolizaci.

Podnik, který svého významného postavení na trhu dosáhl naprosto legálně, je soutěžními zákony „tolerován“ a ve svých činnostech v rámci zdravé soutěže na trhu může pokračovat. Může expandovat, může představit inovační technologii, může stanovit cenu tak vysokou, jakou bude trh schopen akceptovat, nebo tak nízkou, aby pouze pokryla náklady. Nesmí však svou nabytou tržní sílu udržovat či dále rozšiřovat nekalými praktikami, které poškodí či zcela vyloučí soutěž. Pak by se jednalo o monopolizaci⁵¹, kterou soutěžní právo zakazuje. Je však nutné brát ohled na to, že i pro zdánlivě jasné protisoutěžní praktiky může existovat objektivní ospravedlnění.

1.2.3 Antitrustové zákony

První moderní antitrustový zákon na světě⁵², Shermanův zákon (Sherman Act), byl přijat roku 1890 právě ve Spojených státech amerických a spolu s Claytonovým zákonem (Clayton Act) z roku 1914 tvoří základ amerického antitrustu. Trojici nejdůležitějších zákonů doplňuje Zákon o Federální obchodní komisi (Federal Trade Commission Act) z roku 1914. Po celou dobu své existence mají tyto předpisy stejný cíl: chránit proces soutěže na trhu ve prospěch spotřebitelů.⁵³ Text zákonů se od jejich přijetí nezměnil, ale v průběhu času se vyvíjela jejich interpretace soudy, jak se postupně měnil pohled na fungování trhu.⁵⁴ Přestože byly tyto zákony přijaty nezávisle na sobě, je vhodné pohlížet na ně komplexně – společně detailně popisují nelegální soutěžní jednání.

Shermanův zákon

Shermanův zákon z roku 1890, který v podstatě lze považovat za protějšek článku 102 SFEU, je základem amerického antitrustového práva a každý následující předpis je vlastně jen snahou o jeho revizi či rozšíření. Kongres měl na výběr, jak k zákonu přistoupit, zda vytvořit rozsáhlý seznam aktivit omezujících soutěž, nebo jít cestou generalizujícího ustanovení, které

⁵¹ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 36.

⁵² RAUS, David, NERUDA, Robert. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha: Linde, 2006, s. 151.

⁵³ *An FTC Guide to the Antitrust Laws* [online]. 3. června 2008 [cit. 12. října 2012]. Dostupné na <<http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf>>.

⁵⁴ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 10.

pak rozvinou soudy v jednotlivých případech.⁵⁵ Zvolil druhou z cest, jeho ustanovení jsou velmi obecná a výklad obtížný. Vytvoření obecných principů je ponecháno na soudech během posuzování jednotlivých případů.

Nejvýznamnějšími ustanoveními jsou články 1 a 2. Článek 1 zakazuje smlouvy, spojování podniků a tajné dohody omezující obchod. Článek 2, který bývá dáván do souvislosti⁵⁶ s článkem 7 Claytonova zákona (zákaz fúzí a akvizic omezujících soutěž), zakazuje monopolizaci a snahu o ni, když výslovně uvádí, že „každá osoba, která monopolizuje nebo se pokusí monopolizovat anebo se s jinými dohodne nebo spolčí k monopolizování jakékoli části směny nebo obchodu mezi různými státy Unie nebo s jinými státy, bude považována za vinnou těžkým zločinem.“⁵⁷

Interpretace Shermanova zákona se postupně vyvíjela, jak se objevovaly nové případy, a soudy flexibilně reagovaly na měnící se pojetí trhu a přístupy k povaze a fungování soutěže. Původně byl zastáván názor, že závadná je vedle zneužívajícího chování i samotná existence monopolního postavení (i kdyby bylo získáno naprosto legálně), ale postupně se dospělo k trestání takového chování, které lze považovat za zneužití⁵⁸, a monopolní postavení samotné postihováno není.

Na začátku 20. století se Shermanův zákon začal jevit jako nedostačující a zákonodárci začali připravovat nové předpisy, které by jasně zakázaly určité praktiky s protisoutěžními účinky.

Claytonův zákon

Jedním z těchto nových předpisů, který měl odstranit nejasnosti Shermanova zákona, byl Claytonův zákon z roku 1914. Zatímco Shermanův zákon byl schválen, aby postihoval praktiky, které už poškodily soutěž, všemi ustanoveními Claytonova zákona prostupuje princip jakéhosi předvídání možných protisoutěžních účinků v budoucnu. Včasné podchycení protisoutěžního chování však vyžaduje nikoli pouze teoretickou, ale

⁵⁵ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 15.

⁵⁶ *An FTC Guide to the Antitrust Laws* [online]. 3. června 2008 [cit. 12. října 2012]. Dostupné na <<http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf>>.

⁵⁷ Section 2 Sherman Antitrust Act, 26 Stat. 209 (1890).

⁵⁸ RAUS, David, NERUDA, Robert. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha: Linde, 2006, s. 151.

opodstatněnou možnost, že by takové chování mohlo vyústit v podstatné omezení soutěže nebo vytvoření monopolu.⁵⁹

Podstatné jsou články 2 a 7. Článek 2 zakazuje podnikům cenovou diskriminaci, jejímž důsledkem by bylo poškození soutěže či vytvoření monopolu. Článek 7 zakazuje „fúze nebo akvizice akcií nebo majetku v kterémkoli odvětví obchodu nebo při každé obchodní činnosti v kterékoli části země, jestliže účinkem takového nabytí může být podstatné omezení soutěže nebo tendence k vytvoření monopolu.“⁶⁰ Článek 7a pak ukládá povinnost dopředu oznámit plánovanou fúzi, což umožňuje každé spojení podniků prověřit ještě před jeho uskutečněním.

Claytonův zákon byl několikrát novelizován, jednou z novel se stal *Robinson-Patmanův zákon*⁶¹ z roku 1936, který novelizoval ustanovení o cenové diskriminaci.

Zákon o Federální obchodní komisi

Zákon o Federální obchodní komisi⁶² přijatý Kongresem v roce 1914 posílil aplikaci antimonopolní politiky. Jak vypovídá název, zákon zřídil Federální obchodní komisi (FTC), nezávislý orgán, který je spolu s antitrustovou sekcí Ministerstva spravedlnosti zodpovědný za vynucování antitrustového práva v USA na federální úrovni.⁶³

Důležitým ustanovením je článek 5, který zakazuje nekalou soutěž a klamavé obchodní praktiky. Do určité míry představuje doplňující vynucovací režim, jelikož pokrývá stejnou širokou oblast jako Shermanův a Claytonův zákon dohromady⁶⁴, každé porušení těchto dvou předpisů je zároveň i porušením Zákona o Federální obchodní komisi.

⁵⁹ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 20.

⁶⁰ Section 7 Clayton Act, Pub. L. No. 63-212, 38 Stat. 730 (1914).

⁶¹ Robinson-Patman Act, Pub. L. No. 74-692, 49 Stat. 1526 (1936).

⁶² Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 717 (1914).

⁶³ MOTTA, Massimo. The European Commission's Guidance Communication on Article 82. *European Competition Law Review*, 2009, Vol. 30, Issue 12, s. 598.

⁶⁴ SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001, s. 22.

2 Podnákladové ceny jako protisoutěžní jednání

V hospodářské soutěži je obecně podporován konkurenční boj mezi účastníky na trhu, který má za následek, že se výrobci snaží o co největší výkonnost, zdokonalování produktů a jejich prodej za co nejnižší, avšak přiměřenou cenu, tedy takovou cenu, která je výsledkem správného fungování tržních mechanismů. Pokud je však na trhu podnik v dominantním postavení, může být výše ceny stanovena uměle – dominantní podnik si totiž ze své silnější pozice může dovolit mnohem více, než by bylo možné v prostředí, kde dominantní podnik není; v rámci cenové soutěže je na rozdíl od konkurentů schopen nastavit ceny na výrazně vyšší i výrazně nižší úroveň než jeho konkurenti. Pokud pro takové jednání nemá objektivní ospravedlnění, ohrožuje soutěž na trhu a jeho chování se stává zakázanou vylučovací praktikou.

Vylučovací praktiky popsané v první kapitole lze totiž dále rozčlenit na praktiky cenové a necenové. Necenovou praktikou je například vázaný prodej či odmítnutí dodávek, ale pro účely této práce je potřeba zaměřit se na praktiky cenové, tedy na ty případy, kdy podnik v dominantním postavení nastaví takovou cenu produktu, že jejím prostřednictvím je možné ohrozit či vyloučit soutěž na trhu. Mezi nejčastější cenové praktiky se zpravidla řadí nepřiměřeně vysoké či nepřiměřeně nízké ceny, diskriminační ceny, nedovolené rabaty, stlačování marží apod.⁶⁵

Soutěž prostřednictvím ceny je základní formou soutěže, avšak ne vždy je tato soutěž legální. Pokud si podnik za své zboží účtuje nízkou cenu, je to zcela v souladu s pravidly hospodářské soutěže. Ostatní soutěžitelé jsou nuceni k efektivnější výrobě, aby mohli takto nastaveným cenám konkurovat, nízká cena je prospěšná i pro spotřebitele. Cena by však měla být stanovena tak, aby pokrývala výrobní náklady a aby podniku umožnila dosáhnout zisku.⁶⁶ Pokud podnik, který má na trhu dominantní postavení, nastaví cenu na takovou úroveň, že není schopen pokrýt ani vlastní náklady, může nastat situace, kdy půjde o zakázané jednání, tzv. predaci (uplatňování predátorských cen).

Rozhodnutí podniku snížit cenu pod hranici výrobních nákladů nemusí být vždy porušením soutěže, může se jednat o obchodní taktiku, pro kterou existují objektivní důvody (uvolnění skladů, zaváděcí ceny apod.). O nekalou soutěž půjde ve chvíli, kdy bude

⁶⁵ BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. *European Community Law of Competition*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2008, s. 954-978.

⁶⁶ BĚHAN, Petr. *Dominantní postavení na trhu a jeho zneužití. Právní úprava ES a v ČR*. Praha: Prospektrum, 2002, s. 76.

uplatňování podnákladových cen vedeno strategickými záměry; podnik v dominantním postavení účtující podnákladové ceny je totiž schopen oslabit či vyloučit soutěž na trhu a následně nastavit ceny tak, aby si vynahradil utrpěné ztráty⁶⁷ – podnik tak bude mít ze svého jednání prospěch, který by v rámci účinné hospodářské soutěže nebyl vůbec možný.

Příkladů, kdy jsou podnákladové ceny ospravedlnitelné, není mnoho, a jelikož se jedná o legální obchodní taktiku, není potřeba věnovat jim tolik prostoru. Co naopak zasluhuje zvýšenou pozornost, jsou případy, kdy se uplatňování podnákladových cen stává cenovou diskriminací a tedy typickým příkladem zneužitím dominantního postavení prostřednictvím uplatňování nepřiměřeně nízkých (také predátorských či dravých) cen – predací. Této nekalosoutěžní praktice se zejména v posledních letech věnoval v několika významných případech jak Soudní dvůr EU, tak soudy USA, proto bude predátorským cenám, jejich charakteristice i posuzování, věnována i tato práce.

2.1 Podnákladová vs. predátorská cena

Pokud je uplatňování nepřiměřeně nízkých cen vedeno predátorským záměrem (zničit soupeře, vyřadit ho z trhu či určité jeho části, zaujmout jeho místo a získat větší volnost v určování ceny), jedná se o zneužití dominantního postavení prostřednictvím vylučovacího jednání. Predátorský záměr se v praxi nedokazuje snadno: opravdu spolehlivý důkaz se podaří získat až v okamžiku, kdy podnik svým jednáním dosáhl plánovaného cíle a vyloučil konkurenci.⁶⁸ Predace je považována za nebezpečnou praktiku, mající nepříznivý dopad jak na soutěž samotnou, tak na soutěžitele, a z dlouhodobého hlediska i na spotřebitele. Velmi těžko se pro ni hledá objektivní ospravedlnění a její prokázání je dosti náročné.

Uplatňování nepřiměřeně nízkých cen není uvedeno v demonstrativním výčtu zneužití dominance v primárním právu EU, ale spadá pod generální klauzuli v čl. 102 SFEU. V americkém antitrustovém právu je aplikace nepřiměřeně nízké ceny porušením čl. 2 Shermanova zákona a čl. 2 Claytonova zákona, což jsou ustanovení týkající se cenové diskriminace.

Evropská komise se nepřiměřeně nízkým cenám věnovala jak v Diskusním materiálu, tak v Pokynech týkajících se vylučovacího jednání: „podnik se dopouští predátorského jednání tím, že si v krátkodobém horizontu úmyslně způsobuje ztráty nebo nechává ujít zisky s cílem uzavřít nebo pravděpodobně uzavřít jednomu či více svým skutečným či

⁶⁷ BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. *European Community Law of Competition*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2008, s. 955.

⁶⁸ HAJN, Petr. *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 137.

potencionálním konkurentům trh v zájmu posílení nebo zachování své tržní síly, a tím poškozují spotřebitele.⁶⁹

Predátorskou cenovou praktikou⁷⁰ se tedy rozumí zneužívající jednání, kdy podnik v dominantním postavení nastaví na určitou dobu ceny na nepřiměřeně nízkou úroveň. V tomto období sobě i ostatním soutěžitelům přivodí ekonomické ztráty, které někteří (ideálně všichni) konkurenti neunesou a jsou nuceni trh opustit. Po opuštění trhu posledním konkurentem dominant může cenu opět zvýšit a vynahradit si dříve utrpěné ztráty. Při uplatňování této strategie si podnik přivodí krátkodobé finanční ztráty, aby později z dlouhodobého hlediska profitoval ze svého nového, silnějšího postavení na trhu.

Dominantní podnik si na relevantním trhu takové chování dovolí, pokud si je jistý, že je schopen predátorské období, během kterého utrpí značné ztráty, přestát, zatímco ostatní ekonomicky slabší soutěžitelé budou nuceni tento boj vzdát a trh opustit. Takové chování ovšem ani zdaleka neodpovídá pravidlům „zdravé“ hospodářské soutěže, kdy podnik dosáhne významného postavení na trhu (méně často může vzniknout i přirozený monopol) v důsledku své obchodní zdatnosti, vysoké kvality produktů, inovací apod. Dá se říci, že predace ze své podstaty není ani soutěží, nýbrž tvrdým bojem, kdy přežije jen ten nejsilnější účastník trhu. Proto ji ani nelze považovat v rámci soutěžních pravidel za legitimní a je potřeba ji postihovat.

Predátorské chování je v soutěžním právu známým jevem, ale v ekonomii se objevuje názor, že je příliš iracionální, aby vůbec mohlo existovat⁷¹: podnik dobrovolně podstupuje ztrátu, aniž by měl jakoukoli záruku, že se mu v budoucnu ztráty vrátí v podobě zisku. Snaha o vyloučení konkurence prostřednictvím uplatňování nepřiměřeně nízkých cen nedává smysl už z toho důvodu, že stejného účinku může podnik dosáhnout snazší a především mnohem ziskovější cestou (např. fúzí). Navíc, pokud se mu skutečně podaří vyloučit všechny konkurenty a zvýšit cenu, toto zcela logicky zapříčiní vstup nových podniků na tento trh, klidně i těch, které v predátorském období byly nuceny trh opustit.

⁶⁹ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, bod 63. Podobně také DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brusel, prosinec 2005, bod 93.

⁷⁰ Charakteristika pojmu vychází z publikací BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. *European Community Law of Competition*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2008, s. 955, ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva. Obecná část – Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 455 – 456, ŠILHÁN, Josef. *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie*. Brno: Tribun EU, 2009, s. 154, O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 235-236.

⁷¹ GOMEZ, Rosario, GOEREE, Jacob K. Predatory Pricing: Rare Like a Unicorn? In PLOTT, Charles R., SMITH, Vernon L. (ed). *Handbook of Experimental Economics Results*. Amsterdam: Elsevier, 2008, s. 178.

Z praxe evropských i amerických soudů však plyne, že se v soutěžním právu opravdu s predátorským jednáním lze setkat, z čehož bude tato práce i nadále vycházet.

2.2 Znaký predátorských cen

Ne každá nízká cena je automaticky cenou podnákladovou a ne každá podnákladová cena je cenou predátorskou, proto je vždy nutné posoudit, zda jednání skutečně naplňuje všechny znaky predace a nejedná se o povolenou obchodní taktiku. Ze všeho nejdříve je potřeba zjistit, jestli se podnik vůbec nachází v dominantním postavení. Dále je nutné provést nákladovou analýzu, která určí, zda výše ceny umožní podniku pokrýt alespoň variabilní náklady⁷², musí se zjistit, zda podnik skutečně má záměr omezit či vyloučit soutěž a zda existuje pravděpodobnost budoucího vynahrazení utrpěných ztrát. Poslední podmínkou pro to, aby se skutečně jednalo o zneužití dominantního postavení, je absence objektivních důvodů pro aplikaci podnákladových cen.

2.2.1 Dominantní postavení „predátora“

Dominantnímu postavení⁷³ byla věnována celá předchozí kapitola, proto je zbytečné na tomto místě opětovně vysvětlovat, za jakých podmínek se jedná o podnik v dominantním postavení. Je však vhodné připomenout, že dominantní postavení vyžaduje zvláštní odpovědnost, která podniku zakládá povinnost chovat se tak, aby neoslabil existující soutěž na trhu. Aby tedy bylo jednání, kdy podnik uplatňuje nepřiměřeně nízké ceny, právem postihnutelné, musí se tento podnik nacházet v dominantním postavení. Pokud by podnik takové postavení na trhu neměl, postrádá smysl jak posuzování, zda se jedná o podnákladovou cenu, tak praktika samotná. Podnik s malou tržní silou nebude způsobilý vyloučit soutěž, uplatňování podnákladových cen bude mít mnohem pravděpodobněji likvidační efekt na něj samotného.

2.2.2 Nepřiměřeně nízká cena a nákladové testy

V rámci hospodářské soutěže je naprosto běžným jevem, že podniky své ceny snižují, aby takto konkurovali ostatním soutěžitelům na trhu. Není ovšem žádoucí, aby podnik dlouhodobě účtoval cenu, která je pod hranicí jeho nákladů. Z krátkodobého hlediska to

⁷² ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva. Obecná část – Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 455-456.

⁷³ Pod pojem dominantní postavení je zde v rámci zjednodušení zahrnut i jeho americký protějšek, koncept monopolního postavení.

nemusí být problém, nízká cena může být objektivně ospravedlnitelná, dlouhodobý prodej se ztrátou už však indikuje predátorský záměr.

Při nákladové analýze se nelze obejít bez několika druhů nákladů, o nichž se bude v dalších částech práce hovořit, proto je vhodné je na tomto místě alespoň stručně charakterizovat:⁷⁴

- *variabilní náklady* (variable costs, VC) – náklady, které se mění v závislosti na rozsahu výroby,
- *fixní náklady* (fixed costs, FC) – náklady, které se naopak s rozsahem produkce nemění,
- *celkové náklady* (total costs, TC) – součet variabilních a fixních nákladů,
- *mezní náklady* (marginal costs) – náklady vyvolané zvýšením objemu produkce o jednu jednotku,
- *průměrné náklady* (average costs) – náklady (celkové ATC, variabilní AVC, fixní AFC) potřebné na vyrobení jedné jednotky,
- *odvratitelné náklady* (avoidable costs, AC, v Pokynech jako eliminovatelné náklady) – náklady, kterým se lze vyhnout, resp. které lze po jejich vynaložení získat zpět,
- *průměrné odvratitelné náklady* (AAC) – průměr nákladů, kterým by bylo možno se vyhnout, pokud by podnik nevyprodukoval dané množství výstupu (např. to, které je posuzováno v souvislosti s domnělým zneužitím dominance)⁷⁵,
- *přírůstkové náklady* (incremental costs, IC) – náklady, které je nutno vynaložit na zvýšení produkce o určitý větší rozsah (nikoli jen o jednotku, to by byly náklady mezní). Nejčastěji se tato kategorie používá jako *dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady* (long-run average incremental cost, LRAIC) – jedná se o komplexní kategorii, jsou to všechny náklady, které se prokazatelně vztahují k danému produktu.⁷⁶

⁷⁴ Charakteristika jednotlivých druhů nákladů vychází z publikací ŠILHÁN, Josef. *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie*. Brno: Tribun EU, 2009, s. 130-132, O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 237-239, JUREČKA, Václav a kol. *Mikroekonomie*. Praha: Grada Publishing, 2010, s. 145-153.

⁷⁵ ŠILHÁN, Josef. *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie*. Brno: Tribun EU, 2009, s. 131.

⁷⁶ V nákladových testech se typicky používají AVC, AAC a LRAIC.

K porovnání cen a nákladů, které pomůže odhalit, zda podnik uplatňuje podnákladovou cenu a zda existuje možnost, že se dopouští predátorského jednání, slouží nákladové testy.

Určení, na jaké úrovni se nachází cena vzhledem k nákladům podniku, rozhodně nemůže být při posuzování, zda se jedná o predaci nebo ne, považováno za rozhodující, vždy musí být posouzeny další faktory. Komise v Diskusním materiálu⁷⁷ rozlišuje jednotlivá pásma nákladového testu, kterým přiřazuje míru pravděpodobnosti (a případné další podmínky) predátorského jednání.

O nepřiměřeně nízké ceny, které lze považovat za ceny predátorské, jak plyne z rozsudku AKZO⁷⁸ a navazující judikatury, se jedná, pokud „se nacházejí pod hranicí variabilních nákladů příslušného dominantního podniku; a/nebo se sice nacházejí nad úrovní průměrných variabilních nákladů, ale zůstávají pod průměrnými celkovými náklady, avšak v takovém případě musí být zároveň doložen záměr dominantního podniku vyloučit určitého konkrétního konkurenta či konkurenty z trhu.“⁷⁹ Pokud podnik sice významně sníží cenu, ale stále se drží nad hranicí průměrných celkových nákladů, nebude se jednat o zneužití dominantního postavení. Podobně se Komise vyjádřila v Pokynech, kde však jako referenční hodnotu označila průměrné eliminovatelné (odvratitelné) náklady.⁸⁰

Jelikož lze posuzovat různé druhy nákladů během různých časových intervalů, v praxi se lze setkat hned s několika nákladovými testy.

Areeda-Turner test (test průměrných variabilních nákladů)

Areeda-Turner test z roku 1975, pojmenovaný po svých autorech, vytváří relativně jednoduché a v americké soudní praxi často používané pravidlo pro srovnání ceny a nákladů. Tento test pracuje s krátkodobými mezními náklady: pokud se cena nachází nad hranicí mezních nákladů, je naprosto legitimní (dominant nebude způsobilý vyloučit stejně efektivní nebo ještě efektivnější soutěžitele); pokud mezních nákladů nedosahuje, už legitimní není a může indikovat predaci.⁸¹ Stanovení mezních nákladů je však poměrně komplikované, takže

⁷⁷ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brusel, prosinec 2005, body 106-112 a 124-129.

⁷⁸ C-62/68 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359.

⁷⁹ MUNKOVÁ, Jindřiška, SVOBODA, Pavel, KINDL, Jiří. *Soutěžní právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 301.

⁸⁰ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, body 26 a 64.

⁸¹ GOMEZ, Rosario, GOEREE, Jacob K. Predatory Pricing: Rare Like a Unicorn? In PLOTT, Charles R., SMITH, Vernon L. (ed). *Handbook of Experimental Economics Results*. Amsterdam: Elsevier, 2008, s. 180.

došlo k modifikaci testu, kdy byly mezní náklady nahrazeny průměrnými variabilními náklady, které se zkoumají během období, kdy se podnik údajně chová jako predátor. U průměrných variabilních nákladů platí stejné pravidlo jako u mezních nákladů: pokud chce podnik dosahovat zisku, cena pod hranicí průměrných variabilních nákladů je iracionální a tedy predátorská.

Přestože je Areeda-Turner test díky své jednoduchosti často používán, setkává se i s kritikou⁸², a to zejména z toho důvodu, že věnuje pozornost pouze krátkodobým nákladům, často je poukazováno i na problém určení variabilních a fixních nákladů a jejich rozdělení mezi dva a více produktů. Přesnější jsou tedy testy odvrátitelných nákladů a dlouhodobých přírůstkových nákladů.

Test odvrátitelných (eliminovatelných) nákladů

Kritické hlasy na adresu Areeda-Turner testu a vývoj v ekonomickém myšlení vedly k novému přístupu v porovnávání ceny a nákladů, který uplatňuje průměrné odvrátitelné náklady⁸³. Tento test se zaměřuje na posouzení toho, zda by bylo pro podnik z ekonomického hlediska výhodnější za současného nastavení cen opustit trh či na něm setrvat. Vychází z předpokladu, že podnik bude ve výrobě daného produktu pokračovat jen tehdy, když výnosy převyšují náklady, které by nevynaložil, pokud by trh opustil. Cena pod hranicí průměrných odvrátitelných nákladů je v tomto testu považována za cenu predátorskou, protože její použití podnikem přinese ztráty.⁸⁴

Výhoda tohoto testu oproti testu Areeda-Turner spočívá v tom, že nevyžaduje oddělení variabilních a fixních nákladů, čímž se v teorii stává optimálním nákladovým testem. I on ale má v praxi chyby, když opět zohledňuje pouze krátkodobé odvrátitelné náklady (které jsou v porovnání dlouhodobými odvrátitelnými náklady mnohem nižší), problémem je i ekonomické vyhodnocení hypotetického odchodu z trhu.⁸⁵

Test dlouhodobých přírůstkových nákladů

Na rozdíl od předchozích dvou testů jsou zde uplatňovány dlouhodobé náklady, což je vnímáno jako velmi pozitivní, protože v dlouhém období není potřeba rozdělovat náklady na

⁸² O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 241-242.

⁸³ Komise ve svém Diskusním materiálu navrhuje široké uplatnění těchto nákladů, jako nákladový standard jsou pak uvedeny i v Pokynech.

⁸⁴ O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 241.

⁸⁵ Tamtéž, s. 243.

variabilní a fixní. Navíc je zdůrazňováno, že rozhodnutí podniku zůstat na trhu či jej opustit kromě krátkodobých nákladů (které berou v úvahu předchozí testy) závisí ve velké míře i na nákladech dlouhodobých, takže tento test nejlépe zohledňuje všechny podstatné aspekty případné predace. Obecně opět platí, že cena pod úrovní dlouhodobých přírůstkových nákladů je indikátorem predace, v každém případě je však nutné posoudit i záměr podniku vyloučit stejně efektivní nebo efektivnější soutěžitele.⁸⁶

Tento test je nejvhodnější pro případy, které se týkají odvětví jako energetika nebo telekomunikace, protože odráží jejich specifika (vysoké fixní náklady a výrazně nižší náklady variabilní) mnohem lépe než testy založené na průměrných variabilních nebo průměrných odvrátitelných nákladech.⁸⁷

2.2.3 Predátorský záměr

Jak již bylo uvedeno výše, aby aplikace podnákladových cen znamenala zneužití dominantního postavení, musí být vedena tzv. predátorským záměrem. Podnik v dominantním postavení si dobrovolně přivozuje ztrátu, ke které by jinak nemuselo dojít (přičemž pro toto jednání neexistuje objektivní ospravedlnění)⁸⁸, s cílem omezení či vyloučení soutěže na relevantním trhu. Tento predátorský záměr vlastně vysvětluje chování podniku, které by bylo jinak z ekonomického hlediska nesmyslné. Podnik v dominantním postavení se snaží ovládnout relevantní trh, na kterém působí – to by nebylo natolik závadné, protože v rámci hospodářské soutěže se o posílení svého postavení na trhu snaží všechny podniky na trhu a pokud některý ze „slabších“ podniků v konkurenčním boji neobstojí, jedná se o přirozený vývoj. V tomto případě však dominant k ovládnutí trhu používá praktiky, které jsou protisoutěžní (zde se jedná o uplatňování predátorských cen), a za jejich pomoci je schopen eliminovat i podobně zdatného konkurenta, což už přípustné není, protože hrozí poškození soutěže.

Prokázání predátorského záměru není snadný úkol, nejspolehlivěji se prokáže, až když je soutěž skutečně omezena, i když se dá předpokládat už podle nastavení ceny, jak bylo

⁸⁶ O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 242.

⁸⁷ ŠILHÁN, Josef. *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie*. Brno: Tribun EU, 2009, s. 180.

⁸⁸ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, bod 65.

naznačeno výše – pokud se cena nachází pod úrovní průměrných odvratitelných nákladů⁸⁹ (a podnik pro své chování nemá objektivní ospravedlnění), je predátorský záměr nasnadě. Avšak v některých případech mohou napomoci i přímé či nepřímé důkazy.⁹⁰

Za přímé důkazy jsou považovány materiály jednoznačně dokazující predátorskou strategii, především písemné dokumenty či výpovědi účastníků⁹¹, jaké figurovaly například v případě AKZO. Pokud podnik takto přímo deklaruje (a zdokumentuje) svůj predátorský záměr, další prokazování už není potřeba.

Ve většině případů však přímé důkazy neexistují, proto je potřeba komplexně zohlednit mnoho faktorů, které mohou o strategii dominanta mnohé napovědět. Mezi tyto faktory patří například způsob nastavení ceny, délka trvání uplatňování nepřiměřeně nízkých cen, souběžné uplatňování jiných vylučovacích praktik a mnoho dalších.⁹²

2.2.4 Vynahrazení ztrát (tzv. recoupment)

Dalším faktorem, který je potřeba posoudit, aby mohlo být konstatováno zneužití dominantního postavení prostřednictvím predace, je vynahrazení utrpěných ztrát neboli *recoupment*. Aby byl predátor ve svém jednání úspěšný, měl by být schopen po vyloučení ostatních soutěžitelů z trhu zvednout ceny na takovou výši a takovou dobu, aby si nejen vynahradil ztrátu utrpěnou v době, kdy účtoval podnákladové ceny, ale zároveň by mu to mělo zajistit vyšší zisky než jakých by dosáhl, kdyby se k predátorskému jednání vůbec neuchýlil.⁹³ Vynahrazení si ztrát ovšem nemusíme chápat jen v tomto úzkém, ekonomickém smyslu, ale můžeme jej brát jako celkový efekt na hospodářskou soutěž, kdy zohledníme všechny výhody, nejen finanční, které pro podnik plynou z oslabení soutěže.⁹⁴ Soudní praxe USA považuje vynahrazení si ztrát za nutnou podmínku k tomu, aby mohlo být zakázané jednání kvalifikováno jako predátorské. Přístup evropských soudů je poněkud odlišný, když

⁸⁹ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brusel, prosinec 2005, bod 110.

⁹⁰ Tamtéž, body 113-123.

⁹¹ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, bod 66.

⁹² DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brusel, prosinec 2005, bod 115.

⁹³ FAULL, Jonathan, NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, 1999, s. 172.

⁹⁴ ŠILHÁN, Josef. *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie*. Brno: Tribun EU, 2009, s. 188.

považuje za dostačující pouhou pravděpodobnost, že podnik bude v budoucnu schopen vynahradit si utrpěné ztráty.

Odlišnostem v přístupu k *recouplementu* z pohledu americké a evropské soudní praxe budou věnovány kapitoly níže.

2.2.5 Neexistence objektivního ospravedlnění

Ze zákazu zneužití dominantního postavení neexistují výjimky, ale z aplikační praxe je znám koncept objektivního ospravedlnění, který dává možnost obhájit jednání, které je zdánlivě zneužívající (toto jednání však nesmí být motivováno snahou posílit dominantní postavení podniku). I aplikace podnákladové ceny může mít racionální vysvětlení a domněnka porušení soutěžního práva může být vyvrácena, když bude ospravedlněna některou z legitimních obchodních praktik.⁹⁵ Pokud podnik uplatňuje podnákladovou cenu ne z důvodu poškození ostatních soutěžitelů a vyloučení soutěže, ale například aby oslovil zákazníky či minimalizoval ekonomické ztráty, a toto objektivní ospravedlnění je schopen prokázat, nejedná se o zneužívající jednání, ale naprosto legální soutěž. Posuzuje se tedy vlastně prosoutěžní účinek zdánlivě zneužívajícího jednání, což je v souladu s relativně nově uplatňovaným ekonomickým přístupem v Evropské unii. Problematika objektivního ospravedlnění je rozvedena i v Diskusním materiálu k dominanci, což z ní činí jednu z výrazných změn oproti předchozímu stavu.⁹⁶

Mezi nejčastější motivy⁹⁷, které podnik vedou ke snížení ceny pod hranici nákladů, lze zařadit například *soutěžní obranu* (*meeting competition defence*; podnik nesnižuje ceny ze své vlastní iniciativy, ale reaguje na kroky ostatních soutěžitelů a snaží se jim konkurovat), běžné obchodní chování, jako jsou *krátkodobé zaváděcí či propagační akce* nebo *likvidace zásob a uvolnění skladovacích prostor* (takové jednání ale musí být časově limitováno, dlouhodobý prodej za podnákladovou cenu už nebude objektivně ospravedlnitelný; stejně tak podnik nemůže tyto nabídky často opakovat, protože by ztratily na legitimitě a jejich pravidelnost

⁹⁵ FAULL, Jonathan, NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, 1999, s. 172.

⁹⁶ ŠILHÁN, Josef. „Objektivní ospravedlnění“ v právu proti zneužití dominantního postavení. In *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 1188.

⁹⁷ Jedná se pouze o demonstrativní výčet, blíže např. O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 283-302, ŠILHÁN, Josef. „Objektivní ospravedlnění“ v právu proti zneužití dominantního postavení. In *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 1186-1203, MOISEJEVAS, Raimundas. Objective justification in predatory pricing. *Jurisprudencija*, 2011, Vol. 18, Issue 1, s. 213-232, GOETEYN, Geert a kol. Predatory Pricing. In GERADIN, Damien (ed). *GCLC Research papers on Article 82 EC*. Bruges: Global Competition Law Centre College of Europe, 2005, s. 80-81.

by spíše indikovala predátorský záměr), tzv. „*cenová vábnička a návazné prodeje*“⁹⁸ (typicky v supermarketech, kdy nízká cena jednoho výrobku naláká zákazníka, který si zároveň zakoupí i jiné, dražší produkty), *minimalizace ztrát při zvýšení nabídky na trhu* (situace, kdy nabídka na trhu převyšuje poptávku a poptávka po výrobcích podniku neumožní prodej za cenu, která by pokryla náklady). Poněkud kuriózním důvodem pro použití podnákladové ceny se může stát (a v historii už se tak stalo v případě General Motors⁹⁹) *chyba*, které se podnik dopustí při svém jednání a posouzení relevantních dat a špatně nastaví cenu výrobku, po upozornění pak od tohoto chování okamžitě upustí.

⁹⁸ ŠILHÁN, Josef. „Objektivní ospravedlnění“ v právu proti zneužití dominantního postavení. In *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 1197.

⁹⁹ C-26/75 General Motors Continental NV v Commission [1975] ECR 1367, body 20-21.

3 Přístup k podnákladovým cenám v Evropské unii a Spojených státech amerických

V předchozích kapitolách byla popsána teoretická východiska pro posuzování podnákladových cen, která budou v následujících kapitolách posouzena z hlediska aplikační praxe ve dvou hlavních soutěžněprávních jurisdikcích – ve Spojených státech amerických a v Evropské unii.

3.1 Vývoj aplikační praxe v Evropské unii

Podle evropské judikatury je žádoucí, aby se podniky účastnily cenové soutěže, která je jedním ze základních nástrojů hospodářské soutěže. To platí i pro podniky v dominantním postavení, protože cílem soutěžního práva není chránit méně efektivní podniky před dominanty, ale soutěž jako takovou.¹⁰⁰ Soutěžní orgány však zasáhnou v případě, kdy cenové praktiky dominantního podniku mohou mít za následek ohrožení podniku, který je z hlediska efektivity na podobné úrovni jako dominant. Protože Smlouva o fungování Evropské unie neobsahuje podrobnou úpravu zneužití dominance prostřednictvím cenových praktik (a tedy ani podnákladových cen), je nutné obrátit se na Komisi a Soudní dvůr a jejich aplikační praxi.

Protože evropské soutěžní právo nemá tak dlouhou historii jako americké antitrustové právo, prvním případem, kdy se v evropské soudní praxi vyskytl případ predátorských cen, byl případ AKZO z roku 1991, kdy byla definována základní pravidla pro postihování predátorského jednání. V roce 1996 následoval taktéž významný případ Tetra Pak II, ve kterém se Soudní dvůr poprvé zabýval otázkou *recoupermentu* jako podmínky pro predaci. Největší pozornost však bude věnována zatím poslednímu případu týkajícímu se predace, France Télécom z jara 2009.

3.1.1 AKZO

Rozhodnutí ve věci AKZO¹⁰¹ z roku 1991 je prvním případem v evropské praxi, který se zabýval podnákladovými cenami. Jednalo se o spor dvou konkurenčních podniků, AKZO a ECS, které dodávaly aditiva do mouky. ECS se rozhodla, že své působení rozšíří i na trh s materiálem pro výrobu plastů. Tomuto trhu už však dominovala společnost AKZO. Nejprve

¹⁰⁰ O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 235.

¹⁰¹ C-62/68 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359.

začala ECS vyhrožovat vyloučením z trhu, pokud se ze sektoru plastů nestáhne, což ECS odmítla udělat. Společnost AKZO se tedy pustila do cenové války na trhu s aditivou do mouky: zákazníkům ECS začala nabízet dodávky za abnormálně nízké ceny, které byly pod hranicí ekonomické udržitelnosti. ECS na to sice zareagovala snížením svých cen, ale přesto ztratila některé své zákazníky a utrpěla ekonomickou újmu. AKZO si ztráty financovala zisky z trhu s plasty, kde měla dominantní postavení. Společnost ECS se obrátila na Komisi s tím, že se jedná o ceny nepokrývající náklady, jejichž jediným důvodem může být záměr vyloučit ECS z trhu, což je v rozporu s ustanovením čl. 86¹⁰² Smlouvy. Tento záměr byl navíc potvrzen existencí jednoznačných důkazů, které usvědčovaly AKZO z připravovaného vyloučení ECS z trhu. Komise existenci zneužívajícího jednání potvrdila, ale zdráhala se použít pro hodnocení čistě ekonomická kritéria a zdůraznila i nutnost prokázání úmyslné snahy poškodit trh.¹⁰³ Soudní dvůr následně konstatování Komise potvrdil, ale použil jiný test a stanovil pro posouzení predace dvě pravidla.

Tzv. první AKZO pravidlo se týká cen pod úrovní průměrných variabilních nákladů. Pokud ceny klesnou pod úroveň variabilních nákladů a pokud těmito cenami podnik s dominantním postavením sleduje vyloučení konkurence, tyto ceny musí být v takovém případě považovány za zneužití.¹⁰⁴ V těchto případech je tedy dostačující nákladová analýza, ovšem nelze ji brát absolutně – jak bylo uvedeno výše, i pro cenu pod úrovní variabilních nákladů může existovat objektivní ospravedlnění.

Tzv. druhé AKZO pravidlo pak hovoří o cenách, které se nacházejí nad úrovní průměrných variabilních nákladů, ale nedosahují hranice průměrných celkových nákladů. Takové ceny jsou považovány za zneužití, pokud jsou součástí plánu eliminovat soutěžitele. Mohou vyloučit i ty podniky, které jsou stejně efektivní, ale z důvodu omezených finančních možností nemohou této konkurenci odolat.¹⁰⁵

Protože se ceny účtované společností AKZO nacházely v pásmu mezi průměrnými variabilními a průměrnými celkovými náklady (kromě jedné ceny, která nedosáhla ani na hranici průměrných variabilních nákladů) a AKZO je nabízela jen stálým zákazníkům ECS, Soudní dvůr shledal, že se jedná o vylučovací strategii, která byla navíc potvrzena prostřednictvím přímých důkazů nalezených v sídle podniku.

¹⁰² Dle současného číslování se jedná o článek 102 SFEU.

¹⁰³ FAULL, Jonathan, NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, 1999, s. 171.

¹⁰⁴ C-62/68 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359, bod 71.

¹⁰⁵ Tamtéž, bod 72.

Z rozsudku AKZO tedy plyne, že legitimita jednání podniku nemůže být zakládána jen na výši ceny vzhledem k nákladům, ale rozhodující roli hraje i strategie a praxe dominantního podniku a její dopady na soutěž na trhu.

3.1.2 Tetra Pak II

Dalším významným případem týkajícím se predace byl případ Tetra Pak II¹⁰⁶ z roku 1996, kde Soudní dvůr použil podmínky stanovené v případě AKZO a také se poprvé vyjádřil k otázce vynahrazení ztrát (*recoupmentu*).

Společnost Tetra Pak je výrobcem nápojových kartonů, který na trhu s aseptickými kartony zaujímal v době podání stížnosti téměř monopolní postavení (jeho tržní podíl se pohyboval mezi 90-95%) a na oligopolistickém trhu s neaseptickými kartony jeho tržní podíl dosahoval zhruba 50% (tržní podíl největšího konkurenta, firmy Elopak, byl zhruba 27%). Prostřednictvím zisku, který společnosti plynul z výsadního postavení na trhu s aseptickými kartony, Tetra Pak financoval predátorské jednání, kterého se dopouštěl na trhu s neaseptickými kartony v několika členských státech.

Komise v tomto případě okamžitě aplikovala AKZO podmínky a provedla detailní nákladovou analýzu a následně konstatovala, že se jedná o predaci, když zjistila, že domnělé predátorské ceny se skutečně v sedmiletém časovém intervalu nacházely pod úrovní průměrných celkových nákladů, ale během tohoto období klesly i pod hranici průměrných variabilních nákladů.¹⁰⁷ Predaci potvrdil v konečném rozsudku i Soudní dvůr.

Soudní dvůr se v tomto případě poprvé vyjádřil i k otázce *recoupmentu*, když zamítl argument podniku Tetra Pak, že o podnákladovou cenu by se jednalo jen v případě, že by existovala reálná šance vynahrazení si utrpěných ztrát, což v tomto případě nebylo možné, protože na trhu, kde podnákladovou cenu uplatňoval, neměl dominantní postavení.¹⁰⁸ Soudní dvůr konstatoval, že v tomto případě není nezbytné požadovat důkaz možného vynahrazení ztrát v budoucnu, a upozornil, že pokud je zde riziko eliminace soutěžitelů, predátorské jednání by mělo být okamžitě potrestáno a nemělo by se vyčkávat na chvíli, kdy tato strategie soutěžitele skutečně vyloučí.¹⁰⁹

¹⁰⁶ C-333/94 P Tetra Pak International SA v Commission [1996] ECR I-05951.

¹⁰⁷ FAULL, Jonathan, NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, 1999, s. 172.

¹⁰⁸ BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. *European Community Law of Competition*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2008, s 959.

¹⁰⁹ C-333/94 P Tetra Pak International SA v Commission [1996] ECR I-05951, bod 44.

Soudní dvůr zde prakticky nechal otevřený prostor pro to, že za jiných okolností by mohl být *recoupment* vyžadován jako nutná podmínka pro konstatování predátorského jednání. Přestože se z ekonomického hlediska jedná o vcelku logické zahrnutí tohoto testu do testu predace, dokazování možnosti vynahrazení ztrát v budoucnosti by bylo velmi komplikované.¹¹⁰

Případy AKZO a Tetra Pak II tak stanovily základní rámec pro posuzování predátorských cen: provedení nákladového testu, prokázání vylučovacího záměru v případě, že se ceny nacházejí nad hranicí průměrných variabilních nákladů, a na rozdíl od praxe USA zde není nutnou podmínkou prokázání možného vynahrazení utrpěných ztrát. Pravidla jsou relativně jasná, ale přesto nebylo přinejmenším na úrovni EU v posledních letech řešeno mnoho případů predace.

3.1.3 France Télécom

Zatím posledním případem zneužití dominantního postavení prostřednictvím uplatňování podnákladových cen, kterým se zabýval Soudní dvůr, je případ France Télécom¹¹¹ z roku 2009, který má značný význam především z hlediska otázky *recoupmentu*.

V případě Wanadoo Komise zjistila, že Wanadoo, dceřiná společnost France Télécom, účtovala za své služby ADSL ceny, které neumožňovaly pokrýt průměrné variabilní náklady (březen – srpen 2001) ani průměrné celkové náklady (srpen 2001 – říjen 2002), a to v rámci plánu směřujícího k ovládnutí trhu přístupu k vysokorychlostnímu internetu¹¹² ve významné fázi jeho rozvoje. Komise došla k závěru, že náklady na získání nových zákazníků (reklama, marketingové aktivity nebo speciální nabídky) by měly být považovány za variabilní náklady. Přestože nemají přímý vztah ke každé prodané jednotce, Komise konstatovala, že zde existuje dostatečná korelace mezi těmito náklady a generovanými prodeji. Vzhledem k tomu, že Komise uznala, že Wanadoo nemusela usilovat o okamžitý profit (snažila se v této krátké době zavést svůj produkt na trhu), rozšířila období posuzování nákladů na získávání zákazníků na 48 měsíců.

Komise zde opět uplatnila AKZO test a na základě nálezu, že ceny Wanadoo byly podnákladové, označila jednání podniku jako zneužití dominantního postavení (podíl

¹¹⁰ V USA je možnost vynahrazení si ztrát součástí testu predace od roku 1993. Od té doby nenastal případ, že by byl podnik potrestán za predátorské jednání.

¹¹¹ C-202/07 P France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství [2009] ECR I-02369, jedná se o soudní pokračování případu COMP/38.233 Wanadoo Interactive řešeného před Komisí.

¹¹² Predátorské chování se odehrávalo na specifickém trhu poskytovatelů internetového připojení, což je nákladově svébytné odvětví z hlediska významu fixních a variabilních nákladů, z toho důvodu použití zavedeného testu průměrných variabilních nákladů činí v praxi značné potíže.

Wanadoo na trhu totiž během zkoumaného období vzrostl z necelých 50% na 72%). Vzala velký ohled i na predátorský záměr společnosti Wanadoo, který byl patrný z interních dokumentů podniku, čímž byla splněna i druhá AKZO podmínka. Navíc se Komise výslovně vyjádřila, že ke zjištění domnělého predátorského jednání dominanta není nezbytnou podmínkou následné vynahrazení si utrpěných ztrát¹¹³, což se následně odrazilo i v Diskusním materiálu.¹¹⁴

Tribunál¹¹⁵ toto rozhodnutí Komise potvrdil, ale zamítl tvrzení, že nízké ceny byly určeny pouze k soutěžní obraně, konstatováním, že „i když je pravda, že přizpůsobení se podnikem v dominantním postavení cenám soutěžitelů není samo o sobě zneužívající nebo sankcionovatelné, nemůže být vyloučeno, že se takovým stane, pokud se netýká pouze ochrany jeho zájmů, avšak jeho cílem je posílit toto dominantní postavení a zneužít jej.“¹¹⁶ S Komisí Tribunál souhlasil i v otázce vynahrazení si ztrát, a s odkazem na Tetra Pak II uvedl, že *recoupment* není nutnou podmínkou pro prokázání predace.¹¹⁷

Případ se nakonec dostal až k Soudnímu dvoru, od kterého se očekávala změna ustálené judikatury a využití méně formálního přístupu v oblasti posuzování cenové predace, který ve svém stanovisku navrhoval generální advokát Mazák. Ten vyjádřil nesouhlas zejména se závěrem Tribunálu týkajícího se vynahrazení si ztrát a zastával názor, že v současné době je právě požadavek *recoupmentu* nutností, což opřel o několik argumentů. Prvním z nich byla nesprávnost výkladu judikatury Soudního dvora. V případě Tetra Pak II Soudní dvůr použil spojení „za okolností projednávané věci“, které v žádném případě nelze chápat jako definitivní vyloučení podmínky vynahrazení si ztrát v dalších sporech týkajících se predace. Z rozhodnutí AKZO a Hoffman-La Roche vyvozuje, že důkaz vynahrazení ztrát je nutným požadavkem pro posouzení jednání jako predátorského, protože pokud by zde tato možnost nebyla, jednalo by se o běžnou soutěž, která by nijak nepoškozovala spotřebitele. V této souvislosti se ztotožnil s názorem, že hlavním cílem článku 102 SFEU je ochrana účinné hospodářské soutěže a spotřebitelských zájmů, nikoli soutěžitelů. Vyslovuje i nesouhlas s argumentem Komise, že náhrada škody se předpokládá v případě dominantního

¹¹³ PETR, Michal a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 333.

¹¹⁴ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brusel, prosinec 2005, body 121-123.

¹¹⁵ T-340/03 France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství [2007] ECR II-00107.

¹¹⁶ Tamtéž, bod 187.

¹¹⁷ Tamtéž, body 227-228.

postavení, které často plyne z historických podmínek trhu, zatímco důkaz *recoupmentu* vyžaduje posouzení budoucí struktury trhu.¹¹⁸

Soudní dvůr se nakonec se stanoviskem generálního advokáta neztotožnil a zůstal věrný své dosavadní aplikační praxi, když potvrdil závěry Tribunálu a tím zamítl kasační opravný prostředek.

Potvrdil závěry stanovené už v rozsudku AKZO týkající se úrovně zneužívajících cen (ceny pod úrovní průměrných variabilních nákladů jsou vždy zneužívající a ceny nad úrovní průměrných variabilních nákladů, ale nedosahující úrovně průměrných celkových nákladů, jsou predátorské tehdy, pokud sledují záměr vyloučit soutěžitele). Stejně jako v případě Tetra Pak II zamítl také vynahrazení si ztrát jako nutnou podmínku pro prokázání zneužívajícího jednání, čímž však nevyločil možnost Komise považovat *recoupment* za relevantní prvek při posuzování domnělé predace.¹¹⁹ V souvislosti s možností vynahrazení si ztrát nakonec konstatoval, že její neexistence „nemůže postačovat k vyloučení toho, že dotčený podnik posílí své dominantní postavení zejména v návaznosti na opuštění trhu jedním nebo více jeho soutěžiteli, takže úroveň hospodářské soutěže existující na trhu – která je již oslabena právě z důvodu přítomnosti dotčeného podniku – bude dále redukována, a že spotřebitelé utrpí škodu z důvodu omezení jejich možnosti volby.“¹²⁰

3.2 Vývoj aplikační praxe ve Spojených státech amerických

Aplikační praxi amerických soutěžních orgánů lze v otázce predace rozdělit na několik období. V každém z těchto období byly při posuzování predace zohledňovány jiné faktory. Do roku 1975 americká praxe nepoužívala nákladovou analýzu, ale vycházela především z tržní síly a predátorského záměru podniku; po roce 1975 je naopak vedena především ekonomickým hodnocením dotčeného jednání podniku a na predátorský záměr nebere ohled.

3.2.1 Posuzování predátorského jednání před rokem 1975

Snížení cen podnikem v dominantním postavení na trhu, jehož cílem je eliminovat konkurenci, představuje jeden z nejzávažnějších, ale také nejdiskutabilnějších porušení

¹¹⁸ Stanovisko generálního advokáta J. Mazáka ve věci C-202/07 P France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství [2009] ECR I-02369, body 68-78.

¹¹⁹ C-202/07 P France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství [2009] ECR I-02369, body 109-111 a 113.

¹²⁰ Tamtéž, bod 112.

antitrustových zákonů. Zneužití významné tržní síly ke snížení cen na tak nízkou úroveň, že neumožňují konkurentům přežít na trhu, se považuje za protiprávní.

Predátorská cena je taková cena, která v krátkodobém horizontu znamená snížení zisku predátora, aby odstranil konkurenci a získal tak vyšší zisky v horizontu dlouhodobém. Tato moderní definice je obecnější než ta tradiční, podle které se jedná o predaci, pokud dominantní podnik prodává své výrobky pod cenou s cílem eliminovat konkurenty a následně těžit z monopolního postavení. Ani tato tradiční ekonomická definice není plně v souladu s výkladem amerických antimonopolních soudů užívaným až do 70. let minulého století, když aplikovaly čl. 2 Shermanova zákona nebo Robinson-Patnamův zákon na případy údajné predace. Pro potvrzení obvinění z dravého chování musely soudy prokázat pouze tržní sílu (a skutečnost, že tržní síla se zvýšila v důsledku domnělé predace) a predátorský záměr obviněného podniku.¹²¹

Tyto podmínky byly aplikovány poprvé v případě Standard Oil¹²² z roku 1911, který byl vůbec prvním případem zabývajícím se predátorským jednáním. Podnik Standard Oil byl obviněn ze získání monopolního postavení na trhu prostřednictvím nelegálních praktik – snižováním cen pod náklady s cílem vyloučit z trhu menší soutěžitele. V tomto případě byl predátorský záměr předpokládán z tržní síly. Soud nezkoumal význam jednotlivých obchodních praktik ve vztahu k domnělému porušení práva a nepátral v ekonomické teorii – kdykoliv podnik snížil cenu, bylo to považováno za potvrzení predátorského záměru, aniž by se posuzovalo, o jak velké snížení šlo, jak vysoká byla cena vzhledem k nákladům nebo jaká byla motivace ke snížení ceny.

Lze konstatovat, že až do roku 1975 v USA neexistoval žádný nákladový test, který by umožnil stanovit predátorské ceny. Soudy ke zjištění, zda dané chování nezákonnou snahou o monopolizaci, používaly různá kritéria, ale ani jedno nebylo založeno na podrobné nákladové analýze. Těmito kritérii byly značná tržní síla, prodejní cena pod hranicí průměrných celkových nákladů, poškození soutěže (např. v případě Utah Pie¹²³, kdy žalobce musel výrazně snížit ceny, aby mohl na trhu konkurovat, přestože se mu nesnížil objem prodeje), záměr monopolizovat (přestože v některých případech tento záměr nebyl považován za

¹²¹ GIOCOLI, Nicola. When low is no good: Predatory pricing and U.S. antitrust law (1950-1980). *The European Journal of the History of Economic Thought*, 2011, Vol. 18, Issue 5, s. 781.

¹²² Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

¹²³ Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967).

nezbytný) či cenový rozdíl mezi trhem, na kterém má údajný predátor monopolní postavení, a trhem, na kterém má konkurenci.¹²⁴

V roce 1975 se jako primární důkaz predace začalo používat posuzování ceny vzhledem k nákladům. Na federální úrovni všechny soudy převzaly základní logiku Areeda-Turner testu, který za predátorskou považuje cenu pod hranicí průměrných mezních nákladů (podrobněji viz výše).

3.2.2 Matsushita

Ke změně přístupu v soudní praxi došlo v roce 1986 v případě Matsushita¹²⁵. Televizní výrobci v USA si stěžovali na soustavnou cenovou predaci ze strany sedmi japonských konkurentů v průběhu dvaceti let, kteří se společnými silami snažili vyloučit z trhu konkurenční podniky. Žalobci argumentovali, že vynahrazení ztrát jim umožňovalo jejich dominantní postavení na japonských trzích. Nejvyšší soud vyjádřil názor, že monopolní síla je nezbytná, ale nedostačující podmínka pro to, aby mohli být potrestáni za monopolizaci, a že z monopolního postavení nelze dovodit, že podnik bude schopen v budoucnu vynahradit si ztráty utrpěné v době, kdy uplatňoval predátorské ceny.¹²⁶

Soud v tomto případě zároveň poukázal na to, že snaha o monopolizaci prostřednictvím predátorských cen se vykytuje velmi zřídka – podniky by příliš riskovaly, jelikož ztráty v první fázi predátorského jednání jsou značné, ale následné zisky jsou natolik nejisté, že se predátorské jednání v praxi příliš často nevyskytuje.¹²⁷

3.2.3 Brooke Group

Rozhodnutím, které je považováno za *leading case* v oblasti predátorských cen v americkém antitrustovém právu, je případ Brooke Group¹²⁸ z roku 1993. Tabákový průmysl ve Spojených státech je velmi koncentrovaný. Jeden z největších výrobců, Liggett, zaznamenal v roce 1980 pokles tržního podílu z 20% na 2% a hrozilo mu, že bude muset trh opustit. Zachránily ho neznačkové cigarety (nazývané „black and whites“ podle jejich charakteristického balení), které prodával za cenu asi o 30% nižší, než byla cena značkových

¹²⁴ HELGESON, James G., GORGER, Eric G. The Price Weapon: Development in U.S. Predatory Pricing Law. *Journal of Business-to-Business Marketing*, 2003, Vol. 10, Issue 2, s. 6.

¹²⁵ Matsushita v. Zenith Ratio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

¹²⁶ MOURA E SILVA, Miguel. Predatory Pricing under Article 82 and the Recoupment Test: Do Not Go Gentle into that Good Night. *European Competition Law Review*, 2009, Vol. 30, Issue 2, s. 63.

¹²⁷ HELGESON, James G., GORGER, Eric G. The Price Weapon: Development in U.S. Predatory Pricing Law. *Journal of Business-to-Business Marketing*, 2003, Vol. 10, Issue 2, s. 12.

¹²⁸ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

cigaret. Během 4 let získal tento nový segment 4% tržní podíl, v roce 1989 se vyšplhal až na 15%, a to na úkor velkých tabákových firem prodávajících značkové cigarety. Jeden z těchto producentů, R. J. Reynolds, snížil cenu jedné značky na úroveň neznačkových black and whites. Brzy jej následoval Brown & Williamson, který vstoupil přímo na trh neznačkových cigaret a zahájil cenovou válku s Liggettem. Společnost Liggett podala žalobu, ve které s odkazem na čl. 2a Claytonova zákona tvrdila, že se Brown & Williamson dopouští nedovolené cenové diskriminace, když prostřednictvím věrnostních rabatů velkoobchodníkům narušuje soutěž; s ohledem na nízký tržní podíl podniku Brown & Williamson se žaloba opírala o existenci koluzivní dohody mezi oligopolisty.

Nejvyšší soud v tomto případě zavedl dvoustupňový test pro posuzování predátorských cen. V prvním kroku musí být splněna podmínka, že se jedná o cenu pod úrovní přiměřené míry nákladů. Pokud je tato podmínka splněna, musí navíc existovat vysoká pravděpodobnost, že si podnik nahradí ztráty utrpěné v první fázi predátorského jednání prostřednictvím výrazného zvýšení cen poté, co ostatní soutěžitelé opustí trh.¹²⁹ Tímto rozhodnutím byl do praxe uveden nový prvek – nezbytná podmínka *recouplementu*. Aby bylo možno prokázat poškození soutěže, musí podle tohoto testu žalobce dokázat, že existuje pravděpodobnost, že domnělé predátorské jednání by způsobilo růst cen nad konkurenceschopnou úroveň, aby byly dostatečně kompenzovány výdaje vynaložené na predaci.¹³⁰

Co se týče první podmínky „Brooke testu“, soud odmítl určit, který druh nákladů se bude posuzovat. Strany se dohodly na testu průměrných odvratitelných nákladů, a protože se účtovaná cena nacházela pod hranicí těchto nákladů, první podmínka byla splněna. Druhou podmínku se však prokázat nepodařilo, protože neexistoval dostatečný důkaz toho, že by se podnik Brown & Williamson chystal v následujícím období zvýšit své ceny nad úroveň, která by narušovala soutěž. Podle rozhodnutí Nejvyššího soudu tak predátorské jednání podniku Brown & Williamson nebylo prokázáno.

Toto rozhodnutí Nejvyššího soudu se odrazilo v následném rozhodování nižších federálních soudů. Předchozí diskuse o tom, co je přiměřená míra nákladů, ztratily na své důležitosti, protože řešené případy zřídka splnily podmínku *recouplementu*. Ukazuje se, že od té doby žalobci nevyhráli žádný z případů, které by se dotýkaly predátorských cen.¹³¹

¹²⁹ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993), s. 222-224.

¹³⁰ Tamtéž, s. 226.

¹³¹ MOURA E SILVA, Miguel. Predatory Pricing under Article 82 and the Recoupment Test: Do Not Go Gentle into that Good Night. *European Competition Law Review*, 2009, Vol. 30, Issue 2, s. 65.

4 Vyhodnocení přístupů k podnákladovým cenám v Evropské unii a ve Spojených státech amerických

4.1 Historický základ

Přestože americké antitrustové právo a evropské soutěžní právo mají mnoho společného, jsou vystavěny na jiných základech. Zatímco americký koncept od počátku zaměřený na ochranu spotřebitelského blahobytu je mnohem starší (Shermanův zákon byl přijat již v roce 1890) a jeho základem je komplikovaná ekonomická analýza, evropské soutěžní právo se vyvíjelo až od 50. let minulého století v souvislosti s ekonomickou integrací, požadavkem na odstranění překážek obchodu mezi členskými státy a zaváděním volného pohybu zboží.¹³²

4.2 Posuzování jednostranných praktik

Evropské soutěžní úřady aplikují soutěžní právo s cílem zabránit zneužívajícímu a vylučovacímu jednání ze strany dominantních podniků, zatímco ve Spojených státech jsou v tomto ohledu opatrnější. Mají totiž obavy z potenciálního dopadu nekompromisního prosazování antimonopolních zákonů na agresivní soutěžitele, kteří jsou ochotni podstoupit riziko, inovovat a investovat¹³³ (agresivní soutěž je charakteristickým rysem amerického podnikatelského prostředí a není žádoucí tento rys prostřednictvím antimonopolních pravidel potlačovat).

Jak již bylo uvedeno v první kapitole, základem amerického antitrustového práva je článek 2 Shermanova zákona. Cílem tohoto ustanovení není bránit zneužívajícímu jednání dominantních podniků, jako tomu je v oblasti článku 102 SFEU v Evropské unii. V USA je podle Shermanova zákona nelegální, aby bylo monopolního postavení podniku dosaženo v důsledku jeho protisoutěžního chování, nebo aby se úmyslně snažil dosáhnout tohoto postavení zneužívajícími praktikami (přičemž musí být splněna podmínka pravděpodobnosti úspěchu takového jednání). Oproti tomu článek 102 SFEU nepostihuje samotné získání dominantního postavení, ale za porušení tohoto ustanovení se považuje teprve zneužití

¹³² FOX, Eleanor M. US and EU Competition Law: A comparison. In GRAHAM, Edward M., RICHARDSON (ed). *Global Competition Policy*. Washington: Institute for International Economics, 1997, s. 353.

¹³³ BAKER, Donald I. An enduring antitrust divide across the atlantic over whether to incarcerate conspirators and when to restrain abusive monopolists. *European Competition Journal*, 2009, Vol. 5, Issue 1, s. 145.

dominantního postavení. Za zneužívající jednání je přitom považováno pouze takové jednání, které je způsobilé narušit soutěž na trhu.

4.3 Modernizace evropského soutěžního práva

V Evropské unii relativně nově aplikovaný více ekonomický přístup, který je charakterizován posuzováním prosoutěžních a protisoutěžních účinků zneužívajícího chování, používají USA už dlouhou dobu. Existence této pokrokové úpravy v USA prakticky tlačila na modernizaci v EU, byla jí přímo inspirací a vzorem. Evropská Komise teprve v posledních letech zavádí více ekonomický přístup při posuzování vylučovacích praktik, kterým nahrazuje dříve uplatňovaný *per se* přístup. Uvědomuje si nutnost individuálního posuzování každého případu, přičemž vyhodnotí jak kladné, tak záporné dopady dotyčného jednání – pokud převáží klady, nemůže být jednání postiženo jako zakázané, i kdyby podle dřívějšího přístupu naplňovalo formální znaky zneužití. Tímto je do evropské aplikační praxe uvedena možnost objektivního ospravedlnění jinak nezákonného jednání.

Tento nový, na následcích založený přístup, se opírá o komplikované ekonomické analýzy, ale stále zde zůstávají stopy dřívějšího formalistického přístupu (ve vztahu k predaci tento přístup zůstává formální, protože neobsahuje analýzu její kompletní strategie včetně vynahrazení ztrát). Formální znaky by však měly být nyní chápány nikoliv jako rozhodující prvek, ale jako prostředek, který bude nápomocen při posuzování protisoutěžních dopadů daného jednání. To je zjevné i z aplikační praxe Komise a Soudního dvora ve vztahu k posuzování podnákladových cen.

4.4 Predátorské ceny v aplikační praxi

Evropské i americké soutěžní právo sledují stejný cíl (kterým je ochrana spotřebitelského blahobytu), tudíž by mělo platit, že postihují i podobné jednání. I po modernizaci však evropské soutěžní právo rozlišuje více druhů zakázaných praktik. V americké praxi je predátorské jednání v popředí zájmu a může pod něj být zahrnuto více praktik založených na uplatňování nízkých cen. Avšak vzhledem k tomu, jak jsou v současnosti nastaveny podmínky pro posouzení predace a jak obtížné je proto takové zneužívající chování dokázat, je v konečném důsledku ve Spojených státech čím dál méně zneužívajících praktik posuzováno jako zakázaných.

Obě soutěžněprávní jurisdikce považují otázku predace za aktuální, obě posuzují predaci jako nelegální praktiku, ale na obou stranách Atlantiku je velmi obtížné posoudit, kdy se ještě jedná o legitimní obchodní praktiku a kdy už o protisoutěžní jednání.

4.5 Testy predace

Ne každá podnákladová cena je automaticky cenou predátorskou, proto americké soudy vyvinuly jednoduché pravidlo pro stanovení, v jakém případě se jedná o predátorskou cenu: cena se musí nacházet pod úrovní nákladů vynaložených na jednotku produkce. Který druh nákladů v testu uplatnit však bylo a doposud je předmětem diskuzí. Tím, že v případě Brooke soud nestanovil druh nákladů sám, ale nechal strany sporu, aby se na druhu nákladů použitých v testu predace dohodly, ponechal prostor pro další vývoj v této otázce.

Evropská aplikační praxe používá v testu predace několik cenových pásem: a) ceny pod hranicí průměrných odvratitelných nákladů indikují predaci, b) ceny mezi průměrnými odvratitelnými a průměrnými celkovými náklady znamenají predaci jen při důkazu predátorského záměru a c) ceny nad hranicí průměrných celkových nákladů zpravidla představují tzv. bezpečný přístav (*safe harbour*). Zároveň ale ve svých Pokynech vyjádřila názor, že nejpřesnějším nákladovým testem je test dlouhodobých odvratitelných nákladů.

Druhá podmínka pro prokázání predace už oběma jurisdikcím společná není. Spojené státy požadují důkaz pravděpodobnosti vynahrazení si ztrát, který byl zahrnut do testu predace v případě Brooke v roce 1993. Od té doby žalobce nevyhrál jediný případ dotýkající se predátorského jednání. Důvodem může být jak obtížné (a v mnoha případech až nemožné) dokazování velké pravděpodobnosti realizace *recoupmentu*, tak i pro USA typický skeptický pohled na racionalitu cenového predátorství jako existující a v praxi využívané obchodní strategie. I když Nejvyšší soud dosáhl rozsudkem v případě Brooke vrcholu skepticizmu ohledně existence predátorských cen, narůstající počet oborníků naznačuje na základě rozboru strategického podnikatelského chování a dalších faktorů, že predátorské ceny jsou racionální formou podnikatelského chování, i když ne často užívanou.¹³⁴

Naproti tomu Evropská komise a Soudní dvůr vyvinuly přístup založený nejen čistě na nákladové analýze, ale jakou druhou podmínku predace vyžadují i nutnost prokázání predátorského záměru (požadavek *recoupmentu* byl v zatím posledním případě France

¹³⁴ HELGESON, James G., GORGER, Eric G. The Price Weapon: Development in U.S. Predatory Pricing Law. *Journal of Business-to-Business Marketing*, 2003, Vol. 10, Issue 2, s. 13.

Télécom navzdory všeobecnému očekávání odmítnut). Prokázání predátorského záměru také není právě lehkým úkolem, jak bylo uvedeno v kapitole 2.

Ve Spojených státech prošel přístup k predaci bouřlivým vývojem – dá se říci, že „z extrému do extrému“ – kdy nejprve zohledňoval pouze tržní sílu podniku a predátorský záměr, následně zavedl čistě ekonomická kritéria (Areeda-Turner test), až konečně zcela odhlédl od predátorského záměru a za relevantní považuje pouze cenu pod hranicí nákladů a pravděpodobnost vynahrazení si ztrát.

Evropský přístup je oproti americkému konzistentní, a po rozhodnutí případu France Télécom lze tvrdit, že ani zavádění nového tzv. více ekonomického přístupu k vylučovacím praktikám nepřineslo změnu. V konečném důsledku se tak přístup v Evropské unii nachází někde na půli cesty mezi dřívějším formalistickým a nově zaváděným více ekonomickým přístupem.

4.6 Evropská unie a recoupment

V zatím posledním případě (France Télécom z roku 2009) generální advokát ve svém stanovisku volal po zavedení *recoupmentu* jako nutné podmínce pro prokázání predace (kterou americká praxe používá už téměř dvě desetiletí), ale Soudní dvůr to odmítl. Důvodem může být právě složitost prokazování toho, jak se podnik bude chovat v budoucnu. Vysoká pravděpodobnost vynahrazení si ztrát neznamena pouze prokázání toho, že bude podnik v budoucnu schopen markantně zvýšit ceny a kompenzovat si ztráty. Úspěšná predace tedy musí znamenat i vytvoření bariér pro vstup nových soutěžitelů na trh a nesmí vyvolat posílení postavení soutěžitelů, kteří na trhu zůstali. Je tedy značně diskutabilní, jak lze prokázat vysokou pravděpodobnost *recoupmentu*, když nelze předvídat vývoj a budoucí situaci na trhu. Podnik navíc může soutěž omezit i tehdy, když si ztráty nevynahradí. Může totiž zvýšením cen signalizovat svou pozici predátora a tím odradit nové potencionální konkurenty od vstupu na příslušný trh.

Závěr

Přestože je živá cenová soutěž obecně vítána, často dochází k situacím, kdy podnik v dominantním postavení může právě prostřednictvím ceny hospodářskou soutěž na trhu narušit. Jedním z takových případů je uplatňování podnákladových cen, kterému se tato diplomová práce věnovala. Protože se jedná o jednu z forem jednostranných zneužívajících praktik, bylo nejprve nutné nastínit základní principy přístupu k dominanci a jejímu zneužití v Evropské unii a monopolizaci a snaze o ni ve Spojených státech amerických. Postihnout byl i současný trend přibližování v přístupech uplatňovaných v těchto jurisdikcích, který je patrný zejména v poslední době, kdy Komise v rámci modernizace soutěžního práva postupně zavádí tzv. více ekonomický, na následcích založený přístup, jehož přímou inspirací je přístup americký. Jak je však patrné z dalších částí práce, tato konvergence není absolutní a Evropská unie má před sebou ještě velký kus práce.

Následující kapitola se už zaměřila na podnákladové ceny samotné a věnovala se jim z hlediska teorie. Uplatňování podnákladových cen nemusí být vždy porušením pravidel soutěžního práva, ale protože nemá valného smyslu věnovat se něčemu, co je zcela v souladu s právem, postihnuta byla podnákladová cena jako prostředek vylučovacího jednání směřujícího k omezení či vyloučení soutěže na trhu. Vzhledem k tomu, jak je predátorská cena v teorii popsána, je naprosto správné, aby byla postihována. Sice se jedná o uplatňování nízké ceny, která je obecně znakem fungujícího soutěžního prostředí, ale i cenová soutěž má své limity a právě predace už tyto limity překračuje, protože její důsledky mohou být doslova likvidační.

Přestože fakta směřují k tomu, že je v rámci ochrany zdravé soutěže žádoucí predaci odsuzovat, aplikační praxe už se k predátorským cenám tak jednoznačně nestaví. Alespoň ne ta americká, kde se během postupného vývoje ustálila v otázce predátorských cen velmi striktní pravidla: aby byla žalovaná strana odsouzena za predaci, žalobce musí predaci nejprve dokázat, což je v současnosti, kdy musí být splněny podmínky nastavené v případě Brooke Group, téměř nemožné. Však také žalobci s případy predace nepřicházejí, protože si jsou vědomi toho, že za současných podmínek mají pramalou šanci spor vyhrát. Přístup Nejvyššího soudu Spojených států amerických je zřejmě motivován vedle obav z tzv. *false positives*¹³⁵ (případů, kdy bude za predaci nespravedlivě odsouzen podnik, který se predace nedopustil), které by negativně ovlivnily cenovou soutěž na trhu, stejně jako skepsi

¹³⁵ MOURA E SILVA, Miguel. Predatory Pricing under Article 82 and the Recoupment Test: Do Not Go Gentle into that Good Night. *European Competition Law Review*, 2009, Vol. 30, Issue 2, s. 65.

k racionalitě predace jako obchodní strategie, jenž je pro americký přístup určující v průběhu celého jeho vývoje.

Oproti tomu Evropská unie k posuzování predátorských cen přistupuje odlišně; dá se říct, že se jedná o druhý extrém. Rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie nastavila hranice pro postihování predátorských cen mnohem níže, takže existuje mnohem větší šance, že obžalovaný bude za predaci potrestán. V evropském přístupu totiž naopak panuje obava z tzv. *false negatives*¹³⁶, tedy z toho, že podnik, který se predace dopouští, unikne zodpovědnosti. Proto se Evropská unie i v současné době, kdy by už měl být aplikován více ekonomický přístup, drží v zajetých kolejích a v zatím posledním případě týkajícím se predace, kterým byl případ France Télécom, Soudní dvůr striktně odmítl uvést do evropské praxe navrhovaný přístup k posuzování platný v americké praxi. Přestože se Komise snaží zavádět dle amerického vzoru více ekonomický přístup, Soudní dvůr jí tyto snahy v zatím posledním případě, který měl být *leading-case* tohoto nového přístupu, zhatil, když *recoupment*, jehož zahrnutí by znamenalo skutečný *effect-based* přístup, odmítl. Evropská aplikační praxe se tak zastavila někde na půli cesty mezi formálním a na následcích založeným přístupem. Požadavek vysoké pravděpodobnosti vynahrazení si ztrát jako určující prvek predace tak zůstává jen ve Spojených státech, zatímco Evropská unie namísto *recoupmentu* posuzuje predátorský záměr. Toto se však nejeví jako chyba, spíše naopak: jak bylo uvedeno již dříve, požadavek *recoupmentu* formulovaný v americkém přístupu nastavuje příliš přísnou hranici, a do evropské praxe by zaváděn být neměl, protože jako mnohem lepší vodítko slouží existence predátorského záměru, kterou současná americká praxe zcela opomíjí, ale v evropské zůstává již od prvního případu, který se predací zabýval.

Protože je posuzování predátorského jednání stále velmi aktuální a diskutovanou otázkou, je nasnadě, že jakýkoli další případ, který se jím bude zabývat, ať už v Evropské unii či ve Spojených státech, bude zlomový.

¹³⁶ MOURA E SILVA, Miguel. Predatory Pricing under Article 82 and the Recoupment Test: Do Not Go Gentle into that Good Night. *European Competition Law Review*, 2009, Vol. 30, Issue 2, s. 65.

Použité zdroje

Monografie

BĚHAN, Petr. *Dominantní postavení na trhu a jeho zneužití. Právní úprava ES a v ČR.* Praha: Prospektrum, 2002. 188 s.

BĚHAN, Petr. *Komunitární právní úprava zneužití dominance, kartelových dohod a veřejných podpor a její vývoj ve světle rozhodovací praxe.* Ostrava: Key Publishing, 2008. 276 s.

BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham. *European Community Law of Competition.* 6th edition. New York: Oxford University Press, 2008. 1679 s.

ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva. Obecná část – Soutěžní právo.* 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007. 610 s.

FAULL, Jonathan, NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition.* New York: Oxford University Press, 1999. 961 s.

FOX, Eleanor M. US and EU Competition Law: A comparison. In GRAHAM, Edward M., RICHARDSON (ed). *Global Competition Policy.* Washington: Institute for International Economics, 1997, s. 339-354.

GOETEYN, Geert a kol. Predatory Pricing. In GERADIN, Damien (ed). *GCLC Research papers on Article 82 EC.* Bruges: Global Competition Law Centre College of Europe, 2005, s. 65-83.

GOMEZ, Rosario, GOEREE, Jacob K. Predatory Pricing: Rare Like a Unicorn? In PLOTT, Charles R., SMITH, Vernon L. (ed). *Handbook of Experimental Economics Results.* Amsterdam: Elsevier, 2008, s. 178-184.

HAJN, Petr. *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži.* Brno: Masarykova univerzita, 2000. 330 s.

JUREČKA, Václav a kol. *Mikroekonomie.* Praha: Grada Publishing, 2010. 359 s.

MUNKOVÁ, Jindřiška, SVOBODA, Pavel, KINDL, Jiří. *Soutěžní právo.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012. 645 s.

O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC.* Oxford: Hart Publishing, 2006. 752 s.

PETR, Michal a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR.* Praha: C. H. Beck, 2010. 624 s.

PETR, Michal. *Modernizace komunitárního soutěžního práva.* Praha: C. H. Beck, 2008. 220 s.

RAUS, David, NERUDA, Robert. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha: Linde, 2006. 671 s.

SHENEFIELD, John H., STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: A primer*. 4th edition. Washington, D. C.: AEI Press, 2001. 202 s.

ŠILHÁN, Josef. „Objektivní ospravedlnění“ v právu proti zneužití dominantního postavení. In *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 1186-1203.

ŠILHÁN, Josef. *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie*. Brno: Tribun EU, 2009. 315 s.

Články v odborných časopisech

BAKER, Donald I. An enduring antitrust divide across the atlantic over whether to incarcerate conspirators and when to restrain abusive monopolists. *European Competition Journal*, 2009, Vol. 5, Issue 1, s. 145-199.

BORLINI, Leonardo. Methodological issues of the “more economic approach” to unilateral exclusionary conduct. Proposal of analysis starting from the treatment of retroactive rebates. *European Competition Journal*, 2009, Vol. 5, Issue 2, s. 409-449.

GIOLLI, Nicola. When low is no good: Predatory pricing and U.S. antitrust law (1950-1980). *The European Journal of the History of Economic Thought*, 2011, Vol. 18, Issue 5, s. 777-806.

GRAVENGAARD, Martin Andreas, KJÆRSGAARD, Niels. The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice. *European Competition Law Review*, 2010, Vol. 31, Issue 7, s. 285-305.

HELGESON, James G., GORGER, Eric G. The Price Weapon: Development in U.S. Predatory Pricing Law. *Journal of Business-to-Business Marketing*, 2003, Vol. 10, Issue 2, s. 3-18.

LOVDAHL GORMSEN, Liza. Why the European Commission’s enforcement priorities on Article 82 EC should be withdrawn. *European Competition Law Review*, 2010, Vol. 31, Issue 2, s. 45-51.

MOISEJEVAS, Raimundas. Objective justification in predatory pricing. *Jurisprudencija*, 2011, Vol. 18, Issue 1, s. 213-232.

MOTTA, Massimo. The European Commission’s Guidance Communication on Article 82. *European Competition Law Review*, 2009, Vol. 30, Issue 12, s. 593-599.

MOURA E SILVA, Miguel. Predatory Pricing under Article 82 and the Recoupment Test: Do Not Go Gentle into that Good Night. *European Competition Law Review*, 2009, Vol. 30, Issue 2, s. 61-66.

Prameny práva Evropské unie

Primární právo

Smlouva o fungování Evropské unie. Úřední věstník Evropské unie C 83/47, 30. března 2010.

Sekundární právo

Rozhodnutí Komise ze dne 16. července 2003 ve věci COMP/38.233 Wanadoo Interactive.

Rozhodnutí Komise ze dne 23. dubna 2004 ve věci COMP/C-3/37.792 Microsoft.

Judikatura Soudního dvora Evropské unie

C-26/75 General Motors Continental NV v Commission [1975] ECR 1367.

C-27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission [1978] ECR 207.

C-85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission [1979] ECR 461.

C-322/81 NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461.

C-62/68 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359.

C-333/94 P Tetra Pak International SA v Commission [1996] ECR I-05951.

T-340/03 France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství [2007] ECR II-00107.

C-202/07 P France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství [2009] ECR I-02369.

Stanovisko generálního advokáta J. Mazáka ve věci C-202/07 P France Télécom SA proti Komisi Evropských společenství [2009] ECR I-02369.

Prameny práva Spojených států amerických

Zákony

Clayton Act, Pub. L. No. 63-212, 38 Stat. 730 (1914).

Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 717 (1914).

Robinson-Patman Act, Pub. L. No. 74-692, 49 Stat. 1526 (1936).

Sherman Antitrust Act, 26 Stat. 209 (1890).

Rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojených států amerických

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

Matsushita v. Zenith Ratio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966).

Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967).

Ostatní nezařazené zdroje

Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009.

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brusel, prosinec 2005.

An economic approach to Article 82. Report by the EAGCP, červenec 2005.

An FTC Guide to the Antitrust Laws [online]. 3. června 2008 [cit. 12. října 2012]. Dostupné na <<http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf>>.

KROES, Neelie. *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82* [online]. 23. září 2005 [cit. 18. října 2012]. Dostupné na <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm>.

Abstrakt

Tato diplomová práce se zabývá uplatňováním podnákladových cen, což je jednostranná protisoutěžní praktika, jejímž účelem je vyloučit z trhu soutěžitele a tím poškodit soutěž. Cílem práce je analýza přístupu k podnákladovým cenám v Evropské unii a ve Spojených státech amerických. První, teoretická část práce nejprve popisuje zneužití dominantního postavení v Evropské unii a monopolizaci ve Spojených státech amerických, potom se pozornost přesouvá k samotným podnákladovým cenám, které jsou nelegální, pokud jsou uplatňovány se záměrem vyloučit soutěžitele. Tzv. predátorské ceny a jejich znaky jsou popsány podrobně. Druhá, praktická část se zabývá predátorskými cenami v praxi. Analyzuje evropskou i americkou judikaturu a její vývoj vzhledem k predaci, přičemž využívá poznatků získaných v teoretické části práce. Závěrečná část pak srovnává přístup Evropské unie s přístupem Spojených států a shrnuje hlavní rozdíly, výhody a nevýhody obou z nich.

Klíčová slova

Soutěžní právo, zneužití dominantního postavení, vylučovací praktiky, snaha o monopolizaci, monopolizace, podnákladová cena, predace, vynahrazení si ztrát, objektivní ospravedlnění.

Abstract

This diploma thesis deals with below-cost pricing which is a single-firm conduct focused at excluding competitors from the market and thus harming competition as such. The aim of the thesis is to analyze the approach to below-cost pricing in the European Union and in the United States of America. The first, theoretical part of the thesis describes abuse of dominant position in the European Union and monopolization in the United States, and then shifts towards below-cost pricing itself, which is illegal when it is used to exclude competitors. So called predatory prices and their features are described in detail. The second, practical part deals with predatory pricing in practice. European and American case law and its development regarding predation are analyzed, using information from the theoretical part. The final part compares the approach of the European Union with the one of the United States and summarizes main differences and pros and cons of both.

Key words

Competition law, abuse of dominant position, exclusionary practices, attempt to monopolize, monopolization, below-cost pricing, predation, recoupment, objective justification.