

"OBJEKTIVNÍ OSPRAVEDLNĚNÍ" V PRÁVU PROTI ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ

JOSEF ŠILHÁN

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá právem proti zneužití dominantního postavení. Přestože v této oblasti soutěžního práva neexistuje systém výjimek, které známe například z práva proti zakázaným kartelovým dohodám, z aplikační praxe pramení koncept tzv. "objektivního ospravedlnění" jako možnosti, jak zdánlivě zneužívající jednání dominanta ekonomicky racionálně obhájit v souladu se zásadou proporcionality. Text přináší přehled obecných kategorií ospravedlnění – objektivní nutnost, oprávněná obrana zájmů dominanta a zefektivnění (efficiencies), a dále se zabývá aplikací v případě ospravedlnění predátorských cen.

Klíčová slova v rodném jazyce

Dominantní postavení, zneužití dominance, objektivní ospravedlnění, zefektivnění, čl. 82.

Abstract

The text addresses the theme of abuse of dominant position. Although there are no such exemptions that are known from the area of law against prohibited cartel agreements, the concept of objective justification, resulting from application practice, can be applied. It is a way how to economically rationally justify the conduct of dominant undertaking in question in accord with the principle of proportionality. The article concerns with general categories of justification - objective necessity, legitimate market defence and efficiency defence, as well as with specific application in the case of predatory pricing.

Key words

Dominant position, abuse of dominance, objective justification, efficiencies, article 82.

ÚVOD

Ochrana proti zneužití tržní dominance patří mezi stabilní pilíře tzv. antitrustu. Právo hospodářské soutěže patří mezi nejvýraznější projevy státních zásahů do hospodářského mechanismu ekonomiky. Představuje neodmyslitelný, i když nikoliv nezpochybnovaný, jako koncept pevně usazený, ovšem v jednotlivostech ne vždy zcela ustálený, v mnoha ohledech ambivalentní, přesto široce uplatňovaný nástroj k ochraně soutěžního prostředí na relevantních trzích.¹ Je to právě tzv. antimonopolní zákonodárství, prostřednictvím něhož lze

¹ Literatura k tématu zneužití tržní moci je poměrně bohatá. Z české odborné literatury je možno zmínit Bejček, J. Kartelové právo. Brno: MU, 1995. Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007. Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. Praha : C.H. Beck, 2006. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006. Munková, J., Kindl, J. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2007. Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2006. Ze zahraničních publikací pak např. Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition. Šesté vydání. London: Sweet & Maxwell, 2008; Van Bael, I., Bellis, J. F. Competition Law of the European Community. Čtvrté vydání. The Hague: Kluwer Law International, 2005; Faull, J., Nikpay, A. The EC Law of Competition. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC. Hart

vhodným nastavením pravidel a omezení dosáhnout minimalizace nebezpečí plynoucích z bezbřehé volnosti uplatňování tržní síly a přinést tak potřebné stabilizující mantinely zachovávající možnost uspět v hospodářské soutěži na základě efektivního tržního výkonu.

Je to ale právě i toto právo, ve své současné, ne vždy plně vyhovující podobě, které může do fungování hospodářského systému vnášet prvky znejistující, při koncepčně příliš restriktivní interpretaci důležitých ekonomických vazeb i svazující. Je s to vlivem neobratného, především pak ekonomicky nepodloženého a nepředvídatelného rozhodování podnikatelskou (podnikavou) aktivitu soutěžitelů fakticky potlačovat a od sebevědomého tržního chování odrazovat.

Jednou z oblastí, která je v současné době na poli evropského soutěžního práva proti zneužití dominance čile diskutována, je možnost tzv. objektivního ospravedlnění. A je to právě i oblast, kde je současná judikatorní praxe prozatím ustálena poněkud nedostatečně. Nelze se opřít o zcela jasná předvídatelná pravidla, která by do ekonomického chování podniků vnášela stabilizující prvky.

Do situace navíc nové světlo vnesl Diskusní materiál Evropské komise o aplikaci čl. 82 SES² na vylučovací praktiky³, který (nejen) ohledně objektivního ospravedlnění přináší řadu inovativních myšlenek, mnohými oceňovaných, jinými naopak kritizovaných.

Reforma přístupu k čl. 82 SES je jednou z největších výzev v evropské regulaci hospodářské soutěže a vymezení širě chápání důvodů ekonomicky obhajujících jinak zakázaná „protisoutěžní“ jednání je jednou z jejích nejvýraznějších součástí.

V tomto příspěvku je pojem objektivního ospravedlnění zkoumán nejprve obecně, jako koncept uplatnitelný pro veškerá (zdánlivě) zneužívající jednání, a následně je provedena aplikace v případě jedné z typických cenových praktik – cenového predátorství.

I.

Zákaz zneužití dominance je tradičně, a více méně logicky, koncipován jako bezvýjimečný. Bylo by ostatně protismyslné „zneužití“ právně aprobovat. Na rozdíl např. od kartelového práva neexistuje systém zákonných či blokových výjimek, které by bylo možno využít pro vyjmutí z právem delimitovaného prostoru nepřipustného jednání dominantního podniku.

Na druhé straně je však vždy otázka, jak bude v daném případě „zneužívající“ povaha jednání kvalifikována, jak extenzivně bude zákaz interpretován a tedy v kterém případě bude zákaz uplatněn. Přestože tedy výjimka ze „zákazu zneužití“ jako pojem nepřichází v úvahu, aplikace principu proporcionality ve spojení s ekonomicky opodstatněnou argumentací umožňuje mnohdy i na první pohled zdánlivě (formálně) zneužívající jednání v daném kontextu obhájit.

Publishing, 2006; Korah, V. An Introductory Guide to E.C. Competition Law and Practice. Ninth edition. Oxford : Hart Publishing, 2007.

² Smlouva o založení Evropských společenství.

³ Diskusní materiál Evropské komise k aplikaci čl. 82 SES na vylučovací praktiky. Brusel, 2005. (DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses). Dále také jen „Diskusní materiál“. Srov. též zprávu Ekonomické poradní skupiny pro soutěžní politiku „Ekonomický přístup k čl. 82“, 2005. (Report by the EAGCP: „An economic approach to article 82“).

Právě tato „pseudovýjimka“ se skrývá pod pojmem objektivní ospravedlnění ve smyslu práva proti zneužití dominance.

Ani čl. 82 SES, ani § 10 a 11 ZOHS⁴ tedy neobsahují žádnou obecně použitelnou výjimku, jakou nacházíme v čl. 81 odst. 3 SES. Neznamena to ovšem v žádném případě, že tržní chování dominantního podniku nemá v principu být jakkoliv ospravedlnitelné a obhajitelné.

Dominant má plné právo hájit své oprávněné zájmy na trhu, tedy i jednat v soutěžním boji na úkor svých tržních protihráčů.⁵ A pokud jsou pro „takový postup dominanta věcně ospravedlnitelné důvody, není jednání, které by za jiných okolností splňovalo znaky zneužití dominantního postavení“, jednáním zakázaným.⁶

Právě pro účely odlišení zneužívajícího jednání a jednání, kterým dominant chrání své oprávněné obchodní zájmy, vyvinula judikatura koncept „objektivního ospravedlnění“.⁷

Je zřejmé, že ne ve všech případech zneužití bude vůbec otázka detailního zkoumání možného objektivního ospravedlnění na stole. Mnohé případy mohou být přesvědčivě posouzeny i bez pečlivého zkoumání skutečně všech v úvahu přicházejících možností; postačí pouze hrubší zohlednění, jsou-li ostatní faktory natolik indikativní, že zvrát v podobě nějakého ospravedlnění v podstatě vylučují samy o sobě.⁸ V řadě případů tomu tak ovšem nebude a zevrubná analýza i této otázky bude nevyhnutelná.

II.

Objektivní ospravedlnění je jednou z oblastí, kde lze výrazně uplatnit i výstupy reformního úsilí čl. 82 SES. V Diskusním materiálu k aplikaci čl. 82 SES, kterýž Evropská komise publikovala, je totiž toto téma výslovně rozvedeno, a oproti stávajícímu stavu jde o jednu z těch nejvýraznějších a zároveň nejkontroverznějších změn v něm navrhovaných.⁹

⁴ Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů. Dále také jen *ZOHS*.

⁵ Viz rozsudek ve věci T-191/98, T-212/98 až T-214/98, *Atlantic Container Line AB and Others v Commission* [2003] ECR II-3275 : „Fakt, že podnik zaujímá dominantní postavení ho nemůže zbavit práva bránit své obchodní zájmy, pokud jsou dotčeny, a provést rozumné přiměřené kroky k jejich obraně, ovšem za předpokladu, že smysl těchto kroků není posílit dominantní pozici a zneužít ji.“

⁶ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 174-175.

⁷ Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 907. Literatura ale také upozorňuje (O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 232), že ačkoliv koncept objektivního ospravedlnění je obecně široce zaužíván a obecně akceptovaný, lze v judikatuře nalézt jen nemnoho případů, ve kterých byl *skutečně použit*

⁸ Není ale patrně vhodné tyto indicie opírat výhradně o *vysoké tržní podíly*. V Diskusním materiálu (bod č. 92) Komise uvádí v souvislosti s *efficiencies*, jednou z forem objektivního ospravedlnění, že v případech dominantního postavení blízcího se monopolu zpravidla žádná možnost poukazovat na *efficiencies* nebude připuštěna, přičemž tuto hranici výslovně spojuje s tržním podílem přesahujícím 75%.

⁹ V rámci tohoto tématu je navrhována řada změn, které se liší od zavedené judikatorní praxe. Zejména co se týče obrany poukazem na tzv. *efficiencies*. K tomu srov. Dreher, M., Adam, M. Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law. E.C.L.R., 2007, č. 4, s. 279. Bejček, J. Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu. Právní fórum, 2008, č. 5, s. 185-186.

Objektivní ospravedlnění může být v konkrétních případech postaveno na několika základech.¹⁰

(1) Prvním z nich je obrana založená na objektivní nutnosti.¹¹ Konkrétní jednání tedy může být dáno okolnostmi, které nelze ovlivnit, nepramení z dominantova chování.¹² Například vcelku závažné zabraňovací jednání – odmítnutí dodávek – může být prostým důsledkem faktu, že nejsou k dispozici žádné produkční kapacity a tedy dodávka není objektivně možná.¹³

(2) Druhým možným důvodem je oprávněná obrana dominantových oprávněných obchodních zájmů. Jedná se o přiměřené kroky v reakci na chování konkurentů.¹⁴

Tuto kategorii je možno ještě diferencovat. Jednak jde o prostou odpověď na závadné jednání svých obchodních partnerů, např. zneužitím dominance zjevně není, pokud podnik přestane produkt dodávat proto, že odběratel za něj přestal platit¹⁵. Podobně pokud porušuje další smluvní podmínky, pokud spolupráce s ním ohrožuje dominantovu reputaci, pokud se podnik stal mimořádně rizikovým např. zahájeným insolvenčním řízením apod.¹⁶

Do této skupiny patří i reakce charakteru soutěžního boje, kdy jde o jednání vyprovokované tržním chováním konkurentů.¹⁷ Důležitým testem je, zda jsou dominantovy kroky

¹⁰ Detailní analýzu problematiky přináší O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 228-234. Použitá kategorizace vychází ze standardního členění, využitého i v Diskusním materiálu (body č. 77-92) – tam jsou ovšem objektivní ospravedlnění a přínosy (efficiencies) uvedeny jako dvě kategorie na stejné úrovni obecnosti. Pro následující výklad se přebírá, ovšem v rozvinuté a pozměněné podobě, integrující klasifikace se zahrnutím efficiencies jako jednoho z možných základů pro objektivní ospravedlnění.

¹¹ Slovy Diskusního materiálu „*objective necessity defence*“, srov. jeho bod č. 78.

¹² Nelze v nich tedy spatřovat *zneužívající záměr*; přestože mezi jednáním samotným a eventuálním poškozením soutěže by kauzální vazbu vystopovat možné bylo. Chybí ale element *zneužívajícího uplatnění* tržní síly.

¹³ Srov. Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 355 (zde uveden případ Filtrona/Tabacalera, který zmiňuje 15. zpráva o soutěžní politice – XVIIth Report on Competition Policy, 1989, bod č. 61). Jako abstraktní schéma je obrana objektivní nutností zřejmá. V realitě ovšem bude i zde docházet k velmi složitým důkazním problémům. Případy *omezené kapacity* budou těmi spíše jednoduššími. Objektivní nutnost ovšem může být opřena také o další jednotlivosti – *bezpečnostní důvody*, otázky *zajištění dostatečné kvality*, *nerentabilitou* apod. Pak je třeba nespolehat pouze na argumentaci uvedenou dominantem, ale prověřit jejich skutečnou objektivitu (zda nedochází pouze k manipulaci a hledání rádoby objektivních důvodů, které jsou přitom jen rouškou pro zneužívající odmítnutí dodávek). Tamtéž s. 228. Příklad nabízí případ *Frankfurt Airport* (věc *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*, OJ 1998 L 72/30), kde podnik argumentoval bezpečnostními riziky, které však Komise po důkladnějším zkoumání technickými experty odmítla jako neopodstatněné. Obdobně uveden příklad ve věci *Eurofix-Bauco v Hilti*, OJ 1988 L 65/19.

¹⁴ Judikatura užívá pojem „*reasonable steps*“ to protect its own commercial interests. Srov. např. *United Brands*. Citován bývá (Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 175, Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 173) též případ *British Plaster Board* (rozsudek T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1993] ECR II-389).

¹⁵ Známy je případ *Východočeská energetika*, kdy šlo o přerušení dodávek elektrické energie jako reakci na zastavení plateb záloh. Srov. rozhodnutí předsedy Úřadu R 35/2002 ze dne 6. 5. 2003, kterým zrušil rozhodnutí Úřadu S 67/02 ze dne 20. 5. 2002.

¹⁶ Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 355.

¹⁷ *Diskusní materiál* používá pro tuto skupinu termín „*meeting competition defence*“, přičemž ji úzce vztahuje výhradně k cenovým praktikám. Srov. bod č. 81.

proporcionální vzhledem k hrozbě, která byla konkurenčním jednáním vyvolána, při zohlednění ekonomické síly zúčastněných podniků.¹⁸ Musí být tedy splněny podmínky účelnosti, nezbytnosti a přiměřenosti.

Relevantním faktorem v testu přiměřenosti je i obvyklost chování v daném odvětví, vzhledem k intenzitě a agresivitě soutěže na trhu.

(3) Třetí možností je ospravedlnění poukazem na zefektivnění, přínosy efektivitě (efficiencies), které posuzované jednání má přinést. Protisoutěžní účinek má tedy být vyvážen zvýšením efektivity přínosným pro spotřebitele. Jde o nejvíce kontroverzní, aplikačně patrně nejméně uchopitelnou ze třech uvedených možností. Vyžaduje velmi choulostivé vyvažování pro- a proti-soutěžních efektů daného jednání.¹⁹

Diskusní materiál konstituuje podmínky uplatnění této „obrany“ v podobě efficiencies analogicky k čl. 81 odst. 3 SES. Jedná se o zřejmou paralelu, vycházející ze čtyř kumulativních podmínek:²⁰

- (a) zefektivnění musí být realizováno, nebo alespoň pravděpodobně realizováno, jako důsledek posuzovaného jednání;
- (b) jednání je k dosažení zefektivnění nezbytné;
- (c) zefektivnění je ku prospěchu spotřebitelů;
- (d) soutěž ohledně podstatné části dotčených produktů není eliminována.

Při současném naplnění těchto podmínek se má za to, že jednání svými účinky není protisoutěžní, ale naopak samotnou podstatu soutěžního procesu podporuje, neboť spotřebitelům se dostanou lepší produkty za nižší ceny.²¹ Tak alespoň zní oficiální účel.

¹⁸ Srov. rozhodnutí ve věci *United Brands*.

¹⁹ Což se obtížně provádí *ex post*, natož pak *ex ante*. Výstižně to popisuje A. Melamed in Melamed, A. D. Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal. *Berkley Technology Law Journal*. 2005, vol 20:1247, č. 1, s. 1252-1253 [citováno 15. srpna 2008]. Dostupný z http://www.btlj.org/data/articles/20_02_06.pdf: „Co se týče *teorie*, problém vylučovacích praktik nijak složitý není. (...) Vypočítáme velikost *pozitivních* přínosů – zvýšení spotřebitelského blahobytu díky nižším cenám a vyšší kvalitě, případně zvýšení celkového blahobytu díky úsporám nákladů, potom vypočítáme *negativní* účinky vyplývající z likvidace konkurentů na trhu (...) Pokud to druhé je větší než první, jde o zakázané jednání.“ Jak autor uvádí, „pokud by hospodářské subjekty a aplikující orgány byly vševědoucí, dávalo by to dobrý smysl.“ Nutno dodat, že vševědoucí samozřejmě nejsou, a v turbulentním světě dneška se jakákoliv schopnost předvídat účinky konkrétního jednání spíše neustále snižuje. Autor pokračuje (s. 1254): „Od dominantního podniku nelze očekávat, že bude v reálném čase, *ex ante*, vědět, zda jeho zefektivnění přinášející jednání způsobí neproporcionální újmu jeho rivalům nebo spotřebitelům, protože aby toto mohl vědět, musel by vědět mnohem víc, než lze od něj oprávněně očekávat o spotřebitelské poptávce, nákladech konkurentů, o vyhlídkách na inovace, možných vstupech do odvětví apod. Z tohoto pohledu, takovýto komplexní balancující test by buď musel být ignorován, nebo by to vedlo k nesmírným transakčním nákladům (představujícím zvláštní zdanění podniků *sui generis*), nebo by to vedlo k extrémně přehnané opatrnosti. Je pramálo důvodu k tomu očekávat, že vyvažovací test vytvoří *optimální ex ante* stimuly tržnímu chování.“ [kurzíva doplněna]

²⁰ Viz *Diskusní materiál* bod č. 84. Blíže k jednotlivým položkám pak body č. 85-92. Srov. též Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 418.

²¹ Tak *Diskusní materiál* bod č. 84.

(a) První bod předpokládá, že zefektivnění přispívá ke zlepšení produkce nebo distribuce zboží, nebo k podpoře technického či hospodářského rozvoje, například zlepšením kvality produktů nebo dosažením úspor nákladů aj. Možnosti jsou otevřené a je deklarováno, že podnik může vznést teoreticky jakýkoliv druh zefektivnění a soutěžní orgán je zhodnotí.²²

(b) Druhá položka předpokládá jasnou vazbu mezi jednáním a dosaženým zefektivněním. Jednání musí být pro to nezbytné, nepostradatelné. Nesmí existovat jiná, méně protisoutěžní praktika, kterou by bylo možné ke stejnému účelu využít.

(c) Třetí, nejobtížnější (a v praxi aplikačně velmi obtížně posouditelná) podmínka je, že dominant by měl prokázat, že zefektivnění převáží nad negativními důsledky omezení soutěže, a to pro spotřebitele.

(d) Poslední bod zahrnuje negativní předpoklad – soutěž ohledně podstatné části dotčených produktů nesmí být eliminována. Pokud by se tak stalo, pak dle Komise není pochyb o tom, že krátkodobé přínosy jsou převáženy důsledky vyplývajícími z nastalého stavu na trhu.

Je otázkou, jak široce má být tato podmínka interpretována (spolu s podmínkou třetí), resp. jakou míru „eliminace“ podstatné části soutěže je možno ještě akceptovat.

Komise uvádí, že „ochrana rivality mezi podniky a soutěžního procesu má před prosoutěžním zefektivněním přednost.“²³ Je podstatné (a správné), že Komise uvádí takto jasnou deklaraci. V jaké konkrétní podobě by se ale k aplikaci přistupovalo v jednotlivých případech, při hledání oné konkrétní mňavé hranice, kdy již tato rivalita a soutěžní proces je v podstatné míře ohrožen, toť otázka otevřená a do nejvyšší míry odvislá od ekonomické doktríny zastávané tím kterým aplikujícím úřadem.

III.

Celý posun aplikace čl. 82 SES blíže k čl. 81 odst. 3 SES je vskutku rafinovaným problémem. Jak se ale zdá, evropská aplikační praxe se touto cestou velmi pravděpodobně vydá.

Je třeba si znovu uvědomit, že pokud se již zabýváme úvahami o ospravedlnění zneužívajícího jednání dominanta, pohybujeme se na již oslabeném soutěžním trhu. V úvodních fázích (viz předchozí kapitoly) jsme zkoumali, a následně velice přísně hodnotili, zda konkrétní relevantní trh nepostrádá funkční autokorekční mechanismy. Pokud jsme dospěli k názoru o dominantním postavení na něm, akceptujeme tedy konzistentně s tím i v tomto stadiu aplikace, že postrádá (jinak nemůže jít o dominantní postavení a tedy ani o jeho zneužití vůbec).

²² Tamtéž, bod. 85. I tato formulace posiluje celkový dojem, který svědčí o tom, že navržená podoba zohlednění efficiencies je velmi *případově*, negeneralizovatelně zaměřena. K podrobnějšímu obsahu pojmu efficiencies, který je klíčovým i pro oblast kontroly koncentrací srov. Bejček, J. Fúze a „efficiencies“. In Sborník příspěvků z mezinárodní konference studentů doktorského studijního programu Obchodní právo Ekonomické aspekty právní úpravy a jejího výkladu, Brno : Masarykova univerzita, 2006, s. 18-42; Bejček, J. Spory o přínosy fúzí. Právní fórum, 2006, č. 2, s. 39 a násl. Srov. též Luescher, Ch. Efficiency Considerations in European Merger Control - Just Another Battle for the European Commission, Economists and Competition Lawyers? E.C.L.R., 2004, č. 2, s. 72- 88.

²³ Tamtéž, bod č. 91.

Je tedy jádrem problému, zda zefektivnění na straně dominanty, které přinese okamžité užítky spotřebiteli, je dostatečně pádným argumentem pro omezení již tak oslabeného soutěžního tržního mechanismu, který tyto užítky přináší v dlouhodobém měřítku²⁴ – přičemž je takto přináší jako nástroj nenahraditelný (díky hnací síle konkurenčního tlaku, alespoň určité inovační, částečně i cenové rivalitě, možnosti výběru atd.).²⁵

Nelze tedy k tomuto problému přistupovat s příliš hrubou silou. Jednoznačně se ke krátkozraké preferenci okamžitého zefektivnění před eliminací (Diskusní materiál hovoří o „eliminaci“, nikoliv jen o „narušení“) nenahraditelné moci soutěže, přiklonit nelze.²⁶

Citlivější přístup vyžaduje vztáhnout zefektivnění pouze k těm otázkám dominance, které se efektivity týkají.

Jestliže jsme v předchozích kapitolách velký důraz kladli na dynamickou stránku soutěžního procesu, do značné míry determinovanou překážkami vstupu a tržní expanze, je takové pojetí třeba zohlednit i na tomto místě.

Nebezpečí upřednostnění okamžitých zefektivnění před omezením soutěže je tím větší, čím více je dynamická stránka soutěže určována překážkami nesouvisejícími s efektivitou, resp. s tendováním trhu k rovnováze.

Rozlišili jsme překážky vstupu a expanze na takové, které s optimalitou souvisí a spoluvytvářejí jakési „efektivnostní síto trhu“, a takové, které pramení z jiných faktorů. Na obou dvou typech překážek přitom mohou spočívat kořeny tržní síly na daném trhu; oba však mají jiný vztah k efektivnosti trhu. I tyto aspekty by proto měly být při hodnocení eficientnosti relevantní.

Na trzích, kde pro kvalifikaci dominance převažují mezi bariérami soutěže překážky II. typu (tedy v podstatě náklady vstupu), zdá se být navržený koncept zefektivnění (obežetně)

²⁴ Přičemž Komise argumentuje z časového hlediska pro preferenci prvního. Neboť, jak konstatuje *Diskusní materiál* v bodě č. 89, „hodnota přínosů dosažených v budoucnosti není ta samá, jako hodnota přínosů dosažených okamžitě. Obecně, čím dále v budoucnosti se mají přínosy projevit, tím menší váhu jim Komise přisoudí.“ Z čistě ekonomického hlediska je tento postoj jistě logický, plně to odpovídá teorii diskontování budoucích výnosů. Trochu příliš zjednodušeně se však dle mého operuje se zcela kvalitativně jinými veličinami – zefektivnění (v podobě materiálních, zpravidla peněžně vyjádřitelných veličin) na straně jedné a soutěžní proces (což je poněkud abstraktnější „veličina“) na straně druhé. Banální diskontace přínosů (s vidinou jejich finančně artikulovatelné podoby) je trochu příliš pravověrným spoléháním na mesiášské schopnosti ekonomického pohledu na svět. Při posuzování natolik kvalitativně odlišných aspektů bude staromódní, nekvantifikovatelný, ale právě proto možná příhodnější právní přístup zřejmě přeci jen k nezaplacení. Jednoznačně ve prospěch dlouhodobějšího pohledu a upřednostnění ochrany soutěže jako procesu před krátkodobými efekty se vyslovuje Mertikopoulou, V. *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*. E.C.L.R. 2007, č. 4, s. 251.

²⁵ To Komise výslovně uvádí (*Diskusní materiál*, bod č. 88): „Komunitární soutěžní pravidla chrání soutěž jako prostředek pro zvyšování spotřebitelského blahobytu.“ Srov. též bod č. 90, kde se přímo hovoří o „soutěžním tlaku stávajících konkurentů a těch, kteří mohou na trh vstoupit“. Bod č. 91 pak explicitně popisuje „rivalitu mezi soutěžiteli jako esenciální hnací sílu ekonomické efektivity, včetně dynamické efektivity v podobě inovací.“

²⁶ Podobné obavy vyslovuje např. Mertikopoulou, V. cit. dílo s. 247. Jednoznačné obavy vyslovuje též J. Bejček in Bejček, J. *Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu*. Právní fórum, 2008, č. 5, s. 185: „Soutěžní prostředí (oslabitelné odchodem – třeba méně efektivního – konkurenta) je totiž dlouhodobým *ex ante* regulativem chování dominanty, jehož role by neměla být prostě jen tak „vyměněna“ za kdejaký krátkodobý přínos spotřebiteli.“

aplikovatelný, neboť je vlastně jen pokračováním stávajícího směru, v souladu s (modifikovanou) doktrínou stejně efektivního soutěžitele v zásadě koherentní.

Na trzích, kde naopak dominantní pozice pramení z překážek I. typu (např. jde o státně podporovaný, administrativně zvýhodněný podnik), je koncept spíše nebezpečný, měl-li by být aplikován striktně.

Na definitivní hodnocení je však prozatím brzy, o konečnou podobu právní úpravy nejde a ani diskuse o této problematice zdaleka není u konce (a pravděpodobně půjde, vzhledem ke své fundamentální povaze, o diskusi z kategorie těch nekončících nikdy).

IV.

Související otázkou je ještě důkazní břemeno; je nutné se ptát, kdo nese povinnost důvody objektivního ospravedlnění přinášet.

„Důkazní břemeno“ v tomto smyslu má dle Diskusního materiálu nést dominantní soutěžitel.²⁷ To ovšem nelze shledat příliš korektním.²⁸ Zavání to nepatrně inkvizičním přístupem k řízení, kdy subjekt musí dokazovat, že něco neprovedl.

Zpravidla bude samozřejmě obrana v jeho zájmu. Je také nutné zohlednit, že nikdo jiný než on sám většinu potřebných důkazů a dat stejně zpřístupnit nemůže, takže prokázání relevantních skutečností pro zneužívající jednání není bez spolupráce ze strany dominanta představitelné.

Nicméně, přeci jen by bylo právně „čistší“, kdyby měl podnik pouze povinnost potřebné údaje poskytnout a (ve vlastním zájmu) poskytnout veškerou vyžadovanou součinnost, ovšem samotné zkoumání a náležité vyhodnocení nejen protisoutěžních, ale i prosoutěžních efektů, by bylo primárním úkolem vynucujícího orgánu.

Právo přinášet veškeré argumenty na svoji „obhajobu“ by mu samozřejmě náleželo bezesbytku. Šlo by však zároveň i o povinnost aplikujícího orgánu.

V. OBJEKTIVNÍ OSPRAVEDLNĚNÍ V PŘÍPADĚ PREDÁTORSKÝCH CEN

V případě predátorských cen je jedním z nejčastějších argumentů, že daná cenová strategie nemá jiný ekonomický smysl, než vytlačení konkurenta a omezení soutěže na daném trhu. Zcela logická úvaha se ptá po důvodech, které soutěžitele vedou k prodeji produktu za cenu pod samotnými náklady na jeho vytvoření. To totiž nutně vede k vyvolání ztrát z těchto samotných prodejů.

Právě posouzení onoho „ekonomického smyslu“ je příležitostí pro ilustraci pojmu objektivního ospravedlnění na konkrétním případě zneužívající praktiky.

²⁷ Viz *Diskusní materiál*, bod č. 77. Obecně to zmiňuje i *Zpráva EAGCP* s. 4.

²⁸ Tento aspekt návrhu Komise bývá terčem kritiky často. K Diskusnímu materiálu je k dispozici celá řada kritických názorů, které byly publikovány v rámci diskuse nad jeho podobou (dostupné na <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>) Řada z nich právě otázku důkazního břemene zmiňuje. Srov. např. Linkartes. cit dokument s. 3, 8-9.

Při příliš zúženém chápání tohoto ekonomického smyslu totiž snadno dospějeme k závěru, že jednání nemůže sledovat jiný účel, nežli predátorskou likvidaci konkurentů a tím i posílení dominantního postavení. Je tedy třeba hledat optimální přístup k možným motivům cenových strategií, byť by šlo i o motivy soutěžně poněkud agresivnější. Teprve pokud hledáme a posuzujeme důkladně všechny možnosti, můžeme závěr o protisoutěžní povaze jednání skutečně ekonomicky obhájit.

Za znaky predátorského chování považujeme:

- (1) dominantní postavení jednajícího,
- (2) nastavení cen (plošným oceněním, selektivním cenovým cílením nebo cenovým balíčkováním) na nepřiměřeně nízkou úroveň, která jemu i ostatním soutěžitelům působí nevyhnutelné ekonomické ztráty,
- (3) záměr tyto ztráty posléze vynahradit těžíc z
- (4) omezení soutěže na relevantním trhu, které je jednáním způsobeno (tento bod tedy již implicitně obsahuje nastavení nepřiměřených cen po takovou dostatečně dlouhou dobu, aby mohlo být dosaženo potřebného omezení soutěže v takové intenzitě, aby utrpěné ztráty umožnilo vynahradit.)
- (5) Třetí a čtvrtý bod také implikují, že jednání je uskutečněno za neexistence objektivního ospravedlnění.

Uvědomíme-li si podstatu uvedeného jednání, lze stručně zkonstatovat, že fakticky nejde o nic jiného, než o mimosoutěžní souboj spočívající v prosté převaze finanční síly.

Jelikož kruciólním faktorem je zde schopnost přestát období dlouhodobých finančních ztrát, zaujímá zde mimořádný význam právě toto kritérium, které patří mezi faktory dominance – finanční síla podniku.

Ve známém případě AKZO jsme mohli pozorovat zavedení vcelku jasných a na první pohled srozumitelných pravidel, která se alespoň částečně blížila předvídatelnému, aplikačně přívětivému per se přístupu – rozhodnutí implikuje, že ceny pod úrovní AVC budou z hlediska soutěžního práva závadné (per se zákaz), naopak ceny nad ATC by neměly činit jakýkoliv problém (safe harbour). Další vývoj judikatury však všechna tato pravidla zrelativizoval a dnes již rozhodně nemá valného smyslu se na jejich obecnou platnost spoléhat.

- (1) Jednak se postupně upouští od používání testu průměrných variabilních nákladů (přesnějším benchmarkem jsou náklady odvrátitelné – avoidable costs AAC),
- (2) všechna cenová pásma jsou již nyní také otevřená pro hledání výjimek, neboť existuje obecná možnost objektivního ospravedlnění, včetně úrovně pod AVC,
- (3) predátorské jednání je nutno posuzovat vždy v souvislosti s dalšími prvky jednání dominantanta, pokud je komplexnější a tedy samostatné pravidlo pouze pro predátorskou cenu nelze ustavit.

Soutěžní orgány se vypořádávají s náročností prokazování predátorské povahy jednání, protože se snaží hledat stále přesnější hlediska, která by zneužívající prvek pomohla objektivně odhalit.

Možnost zdůvodnění poukazem na objektivní ospravedlnění existuje ve všech případech zdánlivě zakázané praktiky.²⁹ Bohužel však přehled důvodů, které budou aplikující orgány brát v potaz deklarován nebyl.³⁰

Nicméně mechanistické lpění na cenově-nákladových testech ustupuje a vývoj směřuje směrem k mnohem flexibilnějšímu pojetím, které zohledňuje strategické a behaviorální elementy podnikatelského chování.³¹ Navíc, řada nových technologických a informačních odvětví tzv. nové ekonomiky vyžaduje přeci jen poněkud jiný přístup, než který (dobře) posloužil na tradiční průmyslová výrobní odvětví.³²

Je možno uvést tyto konkrétní důvody objektivního ospravedlnění v případech predátorských cen, které přicházejí v úvahu.³³

(1) První z možností, jak vyvrátit domněnku o predátorské povaze jednání se opírá o jeho pouhou reaktivní podstatu – tedy že nejde o vylučovací praktiku, nýbrž naopak o defenzivu vyprovokovanou dřívějšími kroky rivalů. To bývá označováno jako tzv. meeting competition defense.³⁴

²⁹ A v procesu modernizace tento trend bude jednoznačně potvrzen, ne-li spíše posílen. Srov. *Zpráva EAGCP* s. 50 a násl. a *Diskusní materiál* bod č. 110 hovoří o možných výjimkách i v případě prvního AKZO pravidla. Stejně tak zcela jasně a výslovně bod č. 130.

³⁰ Pouze částečné *negativné vymezení* vyplývá z Diskusního materiálu bod č. 133, které *zpochybňuje* možnost objektivního ospravedlnění poukazem na *efficiencies*. Komise zde totiž pochybuje, že by bylo možno dle navrženého čtyřbodového testu, který by se měl na zefektivnění uplatnit, jakoukoliv predátorskou praktiku obhájit.

³¹ K tomu viz Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf. Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Response to Critique and Further Elaboration*. *The Georgetown Law Journal*. 2001, č. 8, s. 2496-2529 [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200108/ai_n8977345/print. Grout, P. A. cit. dílo. O'Hagan, L. *Predatory Pricing: A New Theory*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z <http://www.tcd.ie/Economics/SER/sql/download.php?key=181>.

³² O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 284, též s. 269-274.

³³ Následující přehled nejrelevantnějších důvodů, které přichází u predátorských cen v úvahu, je čerpán jednak z Diskusního materiálu (který je zmiňuje v bodech č. 130-133), tak z řídké odborné literatury k tomuto tématu (stručně se k důvodům objektivního ospravedlnění vyjadřuje Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 379; Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 232; Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 961; Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006 s. 187; Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 456; obsáhleji Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf s. 45 a násl. a především O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 283-302.). Některé důvody obsahují také nejnovější kanadské guidelines pro predátorské ceny *Predatory Pricing. Enforcement Guidelines*. 2008 [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z [http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Predatory_Pricing_Guidelines-e.pdf/\\$file/Predatory_Pricing_Guidelines-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Predatory_Pricing_Guidelines-e.pdf/$file/Predatory_Pricing_Guidelines-e.pdf).

³⁴ Pojem zná jak oficiální praxe (srov. *Diskusní materiál* bod č. 132), tak literatura (srov. např. O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 284).

Na dominovaných trzích pochopitelně k prudkým soutěžním bojům „tělo na tělo“ zpravidla nedochází, stěží by tak takový trh mohl být označen jako dominovaný, ovšem určitá zbytková úroveň soutěže samozřejmě vyloučena není. A její intenzita se může v průběhu času měnit, rozhodně nejsou pokusy o „prolomení“ pozic ze strany ostatních soutěžitelů teoreticky vyloučeny.

V takových případech, kdy se konkurenti odhodlají k agresivní cenové soutěži, nelze od žádného podniku, ani od dominantního, očekávat, že bude nečinně přihlížet, jak se jeho tržní pozice rozkládá.³⁵

I evropská aplikační praxe jasně připustila nezpochybnitelné právo dominantního podniku hájit své zájmy, pokud se tak stane v reakci na chování konkurentů a podniknuté kroky budou přiměřené.³⁶

Oprávněnost tohoto ospravedlnění je nesporná a široce akceptovaná, konkrétní podrobné okolností, za kterých k takové reakci lze přistoupit a míra, v jaké je dovolena, však obecně popsatelná není.

Rozhodujícím bude jistě fakt, zda jde o úroveň cen pod AAC, nebo nad nimi. V obou případech by měla být taková soutěž v zásadě povolena, v případě pásma prvního AKZO pravidla však pouze s výjimečnou ostražitostí.³⁷

(2) Další přirozenou obchodní strategií jsou krátkodobé propagační akce. Nesporně patří k běžné cenové soutěži, v obecné rovině není důvod, proč by měly být dominantnímu podniku odepřeny. I zde pochopitelně hraje roli několik podstatných omezení.³⁸

Již z názvu plyne limitace časová – musí jít o pouze krátkodobou nabídku. Krátkodobost se bude poměřovat objektivními kritérii s ohledem na účel propagační nabídky. Tím je zpravidla snaha nechat zákazníky produkt si vyzkoušet, seznámit se s ním, osobně ověřit jeho kvality a případně k němu získat vztah, což se vše obrazí v následných běžných prodejkách.³⁹

Délka doby propagační nabídky by tedy měla odpovídat době nutné pro toto seznámení se s produktem a ověřením jeho charakteristik. To se bude samozřejmě odvíjet od odvětví lišit,

³⁵ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 285.

³⁶ Srov. již cit. případy *United Brands, Tetra Pak II, Napier Brown/British Sugar*. V rozhodnutí *Irish Sugar plc*, OJ 1997 L 258/4, čl. 134 Komise konstatuje: „Není pochyb o tom, že dominantní podnik je oprávněn bránit svou pozici soutěžením s ostatními podniky na relevantním trhu.“

³⁷ Zásadní přípustnost meeting defence ve všech cenových pásmech akceptuje i *Diskusní materiál* bod č. 132. Uvádí se ale, že ve výši pod AAC „obvykle připuštěna být nemůže“. Přesto, i zde jsou důvody, kdy takto nízké ceny mohou být oprávněné, bez záměrného protisoutěžního vylučovacího účinku. Literatura zmiňuje případ síťových odvětví jako jsou internetové připojení či mobilní telefonie nové generace, kdy dodavatelé mohou zpočátku čistě prodělavat, ovšem s vidinou pozdějších legitimních zisků pramenících ze služeb, které rozšíření jejich produktů umožní. Blíže O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 287-288. Komise proto v obecné rovině trvá na tom, aby dominantova reakce byla *vhodná, nezbytná a přiměřená* („suitable, indispensable and proportionate“).

³⁸ Srov. O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 291-292.

³⁹ Viz Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf s. 49-50.

když některé spotřební zboží lze poznat a zhodnotit relativně rychle (např. potraviny)⁴⁰, zatímco jinde je třeba výraznější doby k měření vlastností a kvalit produktu (průmyslová výroba, technologie aj.) Význam může mít také velikost nákladů na změnu dodavatele, tzv. switching costs.

Prostá izolovaná limitace délky trvání nabídky by postrádala smysl, nebyla-li by doplněna o vliv četnosti nabídek. Je zřejmé, že byť krátkodobé, avšak neustále se opakující, a tedy svým celkovým dopadem v podstatě permanentní, akce mohou mít predátorský účinek podobný, jako plošné nastavení cen. Je tedy třeba vzít v úvahu vždy kumulativní účinek všech nabízených akcí za delší období.

Samotná propagační nabídka nemůže „přebít“ všechny ostatní důkazy v případě, že predátorské chování lze vyvodit z jiných skutečností. Tam, kde lze prokázat jasný vylučovací plán, ve kterém propagační nabídka sehrála roli nástroje predátorské strategie, je nutno samozřejmě tyto důkazy hodnotit ve vzájemném vztahu.⁴¹

(3) Tradičně se mezi případy objektivního ospravedlnění uvádí likvidace skladových zásob.⁴²

V případě zastaralých⁴³, kazících se či expirovaných zásob je jejich prodej za jakoukoliv cenu mnohdy lepší než všechna ostatní řešení. Je zcela oprávněným ekonomickým prostředkem minimalizace ztráty, která by jinak pramenila z jejich úplného odpisu a nutnosti fyzické likvidace, případně kterou by vyvolávala potřeba dalšího skladování.

(4) Legitimní obchodní strategií zahrnující mimořádně nízké ceny je také praktika, kterou lze nazvat „cenová vábnička a návazné prodeje“.

Jde o marketingovou strategii týkající se pouze podniků, které nabízejí širší sortiment zboží či služeb. Smysl totiž taková praktika má pouze pokud se zohlední celá šíře sortimentu, nelze na podnákladové ocenění hledět izolovaně.

Smysl spočívá v tom, že cena jednoho (či několika málo) produktů, nejlépe jedněch z nejvíce exponovaných a lákavých, se stanoví velmi nízko, zatímco cena ostatních produktů je běžná,

⁴⁰ Viz tamtéž s. 50 a násl. Autoři zde uvádějí ilustrativní příklad nazvaný „Tasty-Frozen Pizzas“. Výrobce pizz přichází s novým, netradičním, ale mnohem lepším druhem sýra, který však pizzu vcelku *prodražuje*. Jelikož zákazníci jsou k samozvaně „novým a lepším“ produktům dle provedeného výzkumu zdrženliví, obzvláště pokud musí zaplatit více, rozhodl se výrobce pro několikátýdenní *propagační slevovou akci* (doprovázenou reklamní kampaní), aby zákazníci přiměl nový dražší produkt ochutnat a přesvědčit se, že vyšší cena je oprávněná a že připlatit si rozhodně bude stát za to. Později byla cena stanovena na běžnou vyšší úroveň, ovšem zákazníci, kteří produkt již poznali a byli spokojeni, zůstali loajální. Investované prostředky se tedy díky pozdějším prodejům výrobci vrátily.

⁴¹ Tak v britském případě *Aberdeen Journals Limited v Office of Fair Trading* [2003] CAT 11 (cit dle O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 292) byla shledána zneužívající měsíc trvající cenová akce na úrovni pod AVC, přičemž bylo prokázáno, že dominant se snažil přimět oběť predátorství buď k odchodu z trhu, nebo k odprodeji podniku samotnému dominantovi.

⁴² Srov. Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 379; Bishop, S., Walker, M. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London : Sweet & Maxwell, 2002, s. 232; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 302; Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006 s. 187; Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 456; *Diskusní materiál* bod č. 131.

⁴³ A to ať již technicky (nekompatibilita s novými standardy, nemodernost vůči novějším typům) nebo vkusově (v případě módního zboží po příslušné sezóně či módní vlně).

nebo dokonce mírně vyšší. Cílem samozřejmě je přilákat zákazníky k oferentovi na uvedené nižší ceny, které jsou využity jako „vábnička“ dalších nákupů.⁴⁴ Musí být oprávněně očekávatelné, že zákazníci si při příležitosti opatření zlevněného produktu nakoupí i nezanedbatelné množství produktů dalších, které podnik nabízí také (přičemž zákazníci mohou být v domnění, že jejich ceny jsou výhodné také). Pak mohou být ztráty utržené podnákladovým prodejem v celkovém součtu vyrovnány, resp. překonány.⁴⁵

Účelem tedy není ani tak podpora prodeje konkrétního výrobku, jako spíše přivábění zákazníka k podniku jako takovému, za účelem prodeje návazných.

Známa je tato taktika zejména u maloobchodních řetězců⁴⁶, kde obrovská šíře sortimentu a také charakter spotřebního chování úspěšnému uplatňování výrazně napomáhají. Může však využitelná i kdekoliv, kde jsou na primární produkt „nabaleny“ doplňkové služby, servis, leasing apod. Dobře představitelná je i u nových informačních technologií, kde může být velmi výhodné „investovat“ do rozšíření určité technologie, která bude následně využívána jako prostředek pro distribuci nejrůznějších služeb (přenos informací, multimédia, mobilní finanční služby atp.)

U dominantních podniků je taková obrana přesto více než ošidná. Podobná akce v jejich podání může totiž být také právě oním čirým predátorstvím, kde možnost zisků z následných prodejů je tím, co lze označit za recoupment, spojený s křížovým financováním. Proto u dominantních praktik je nutno přistupovat k takovým vysvětlením opět jedině v souladu se zásadou přiměřenosti⁴⁷, nezbytnosti, výsledek musí být opodstatněný a podložený rozumným očekáváním a soudit se musí vždy s ohledem na další okolnosti a důkazy.⁴⁸

(5) Kontroverzní je i objektivní ospravedlnění v podobě poukazu na zefektivnění, které bude pramenit z tržní expanze. Jde tedy o efficiencies spojené s tržním růstem.⁴⁹

⁴⁴ Srov. *Loss-Leading And „Follow On“ Revenues* in O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 296-300.

⁴⁵ Otázka, zda ale jde o *obecně výhodnou* marketingovou techniku, není v teorii rozhodně jednoznačně zodpovězena. Srov. studie Hess, J., Gerstner, E. *Loss Leader Pricing and Rain Check Policy*. *Marketing Science*, 1987, č. 4, s. 358-374. Lal, R., Matutes, C. *Consumer Expectations And Loss-Leader Pricing in Retail Stores*. Stanford University Graduate School of Business Research Paper No. 1142. Naopak některé empirické studie nenaznačují, že by uvedené strategie vedly k vyšší ziskovosti – viz Walters, R. G., MacKenzie, S. B. *A Structural Equations Analysis of the Impact of Price Promotions on Store Performance*. *Journal of Marketing Research*, 1988, č. 1, s. 51-63.

⁴⁶ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 296.

⁴⁷ Zajímavý je *kanadský* příklad, kde tamější guidelines pro potravinářské řetězce zavádějí plošnou orientační hranici, kde podnákladové ceny mohou být účtovány pouze maximálně pro *padesát* položek. Canadian Competition Bureau (2001b), *Enforcement Guidelines: The Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act) as Applied to the Retail Grocery Industry*. Cit. dle O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 297.

⁴⁸ V kontextu čl. 82 SES se ještě o žádnou aplikační praxi opřít nelze. Bylo by možno např. při hledání nezbytnosti a přiměřenosti jako podpůrný důkaz *porovnat zisk v období před a po* uvedení praktiky, jak je proponováno v britském materiálu OFT *Assessment of Conduct: Draft Competition Law Guidelines for Consultation*, OFT 414a, čl. 4.17. Tamtéž s. 298.

⁴⁹ Srov. *market-expanding efficiencies* in Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf a O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 292 a násl.

Mnohé trhy jsou bytostně spojeny s výrazným poklesem průměrných nákladů s rostoucím množstvím produkce, i její celkovou délkou trvání. Cílové efektivní úrovně nákladů je tedy dosaženo až po jisté době, při dosažení minimálního efektivního množství.

Dokud není této úrovně množství i času dosaženo, produkce bývá ztrátová; markantní je to zejména v úplných začátcích, při náběhu na trh. V této startovní fázi tedy mohou náklady být i ještě velmi vysoko, tudíž prodávat bude nutno v tomto přechodném (ovšem nikoliv nutně vždy krátkodobém) stadiu za aktuálně podnákladové ceny.

Přesto, takové chování může být jasně obhajitelné a ekonomicky opodstatněné, je-li rozumné a podložené očekávání budoucího vývoje příznivé. Startovní náklady se v pozdějších fázích životního cyklu produktu vrátí.

Úspory z rozsahu pramení z rozložení fixních nákladů na čím dál větší počet jednotek výstupu. Úspory plynou také ze specializace, kterou rozsah umožňuje.

Sítový efekt je relevantní v těch případech, kdy hodnotu produktu zvyšuje napojení co největšího počtu dalších uživatelů (typicky u telekomunikací, informačních technologií). Široké rozšíření je tedy nezbytným předpokladem úspěchu produktu jako takového; proto se vyplatí ho případně z počátku i dotovat.

Tržní osvojení se týká zejména pozdějších úspor marketingových nákladů. Dokud není dosaženo určitého nezbytného povědomí o produktu, je třeba investovat značné náklady do reklamy. Jakmile se později produkt na trhu usadí, vejde ve známost a může alespoň částečně profitovat z „bezplatné“ reklamy v podobě „word of mouth“, nákladová úroveň klesne.

Časového i množstevního hlediska se týká efekt učení. Odráží fakt, že s každou vyrobenou jednotkou se zvyšuje zkušenost a dovednost, a tedy i efektivita, což bude mít odraz i v nákladech.

Otázka efficiencies je z hlediska ekonomického nesporná. Nelze pochybovat o tom, že tyto efekty skutečně existují, a co víc, že v mnoha odvětvích budou markantní.

Uvažovat o těchto kategoriích (obvykle spojovaných teprve se vstupem na trh a pronikáním do odvětví) u dominantního soutěžitele, který naopak zpravidla jako jediný ze všech na daném trhu z těchto charakteristik těží, je na první pohled možná paradoxní.

Efekt učení, sítový efekt, úspory z rozsahu, to vše je u tržních leadrů již v hojné míře přítomno, a nemělo by tedy sloužit jako argument obhajoby jejich predátorského chování.

Ovšem, statický pohled je i v tomto kontextu nutno považovat za nedostatečný a zrádný. Obecně tuto možnost odmítat nelze.

I dominantní soutěžitel má jistě právo uvádět na trh nové produkty, zavádět zcela novou technologii, přinášet nové generace výrobků a revoluční zlepšení. Při takových jeho projektech, samozřejmě stále spadajících do daného relevantního trhu, mají výše uvedené otázky naprosto stejné opodstatnění, jako u soutěžitelů nově vstupujících. Zabraňovat teoretické možnosti obrany poukazující na efektivnost by potom bylo jedině tlumením a potlačováním jeho dynamické inovační aktivity, která je ale přítom právě tou z nejpodstatnějších věcí, které po dominantních podnicích z hlediska fungující hospodářské soutěže bývají vyžadovány.

Evropská komise se k objektivnímu ospravedlnění v podobě market expanding efficiencies staví rezervovaně.⁵⁰ To neadekvátní z právního pohledu patrně není, neboť jestliže prokazování a předvídatelné rozhodování ve věcech objektivního ospravedlnění obecně bývá mimořádně obtížné, má-li být plausibilní a korektně ekonomicky podložené, pak v případě tržních efficiencies půjde o problém dvojnásobný. Zejména z pohledu obtíží při praktické aplikaci je ostatně postoj Komise zdrženlivý.⁵¹ Stejně tak evropských soudů.⁵²

Literatura ale možnost v zásadě připouští⁵³, k čemuž je nutné se přiklonit. Součástí takových výjimečných případů totiž vždy bude i důkladné zohlednění dalších důkazů, které pomohou posoudit zvolenou obchodní strategii z hlediska její objektivní opodstatněnosti, tedy zohlednit, zda bylo možno s informacemi, které byly v době rozhodování o uplatnění cen k dispozici rozumně a ekonomicky oprávněně očekávatelné, že náklady investované do startovních ztrát se projeví v pozdějším zefektivnění. Opět se uplatní všudypřítomné zásady přiměřenosti a nezbytnosti.⁵⁴

(6) Ryze ekonomicky podmíněná je také obrana v podobě minimalizace ztrát při excesivní kapacitě na trhu.⁵⁵

Z fundamentálních zákonitostí vztahu ceny a množství na trhu plyne, že při nadměru velkém výstupu, který je na trhu k dispozici, nebude zkrátka poptávka umožňovat dosažení ceny, která by alespoň náklady pokryla. Prodej pod nákladovou úrovní tak bude jedinou cestou k dosažení udržitelné cenové hladiny (skrze zmenšení kapacity).

Může jít o období, kdy poptávka vykazuje neobvyklý pokles. V obdobích, kdy není možno na trhu zboží uplatnit za plnou cenu, musí být (minimálně z důvodů cash flow) umožněno jakémukoliv podniku prodávat alespoň za nejvyšší možnou dosažitelnou cenu i v případě, že bude podnákladová.

Problém souvisí s tzv. společensky neefektivním vstupem na trh, kdy charakter odvětví a jeho nákladová struktura nedovoluje větší počet soutěžitelů, než jaký již na trhu působí.⁵⁶ Při

⁵⁰ Postoj ale není kategoricky odmítavý. V Diskusním materiálu v bodě č. 131 (vč. pozn. pod čarou č. 82) je výslovně zmíněna možnost poukazu na efekt učení.

⁵¹ Srov. *Diskusní materiál* bod č. 133.

⁵² Co se týče judikatury, výslovnou zmínku o *economies of scale* a *learning effect* najdeme v rozhodnutí Soudu první instance v případě *Wanadoo*, resp. France Télécom (viz čl. 217 cit rozhodnutí). Soud zde uvádí, že „podnik, který uplatňuje predátorské ceny, může těžit z úspor z rozsahu a efektu učení díky nárůstu produkce, které dosáhne právě přesně za pomoci takové cenové praktiky. Proto úspory z rozsahu a efektu učení *nemohou být výjimkou* z odpovědnosti vyplývající z čl. 82 SES.“

⁵³ Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf, s. 47 a násl. Autoři obranu obecně připouštějí, ovšem poznamenávají, že oproti defenzivním typům ospravedlnění je hodnocení mnohem obtížnější, neboť jde o agresivní, aktivní tržní taktiky. Podobně O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 294-296.

⁵⁴ Američtí autoři uvádí třibodový test: (i) praktika musí jasně vést k uváděným zefektivněním, (ii) nesmí existovat jiná méně restriktivní alternativa a konečně (iii) následný recoupment musí vyvérat právě z dosaženého zefektivnění a nikoliv z eliminace konkurentů. Srov. Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf, s. 48.

⁵⁵ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 300-301.

vstupu dalšího by totiž nebylo možno dosáhnout na minimální efektivní rozsah (minimum efficient scale) a trh po vstupu by byl méně efektivní než trh před vstupem. Pokud jsou současní soutěžitelé schopni vyrobit určitý dodatečný výstup s menšími náklady, než se kterými je toho schopen nový vstupující, pak není efektivní, aby na trh vůbec vstupoval.⁵⁷

(7) V úvahu přichází i další důvody, neboť výčet zdaleka nemůže být taxativní. Mezi kuriózní argumenty může patřit chyba.⁵⁸ Objektivně závadná povaha jednání může pramenit z prostého faktu, že údajný predátor neznal všechna relevantní data, dle kterých by mohl správně zhodnotit, zda se dopouští predátorské strategie.

Společně s následným chováním, kdy okamžitě po upozornění od svého jednání upustí, přichází zřejmě taková „výmluva“ v úvahu.⁵⁹ Nebezpečí plynoucí z takové subjektivizace je však zjevné. Za objektivní ospravedlnění proto omyl spíše považovat nelze. Roli mohou tyto okolnosti hrát při stanovení výše případné sankce.

V každém případě je však zřejmé, že v úvahu přicházejících důvodů pro ospravedlnění (zdánlivě) predátorské cenové praktiky může být celá řada. Konkrétní zhodnocení aplikability bohužel nelze než přenechat na posouzení v konkrétním případě. Posun k tzv. rule of reason, tedy individualizovanému rozhodování každého případu vzhledem k jeho unikátním okolnostem lze v soutěžním právu pozorovat v posledním období zřetelně. Ne vždy je však míra takových tendencí při vědomí negativních důsledků, zejména pro právní jistotu adresátů nejhodnější.

Přinejmenším v oblasti aplikačních pravidel pro uplatnitelnost objektivního ospravedlnění u případů zneužití dominance lze jakékoliv rozpracování v další judikatuře jedině uvítat. Je tak možno se alespoň, i když vlastně poněkud škodolibě, těšit na mnohé další případy zneužití dominance. Nová judikatorní rozhodnutí v těchto věcech by totiž mohla přinést kýženou konkretizaci a precizaci konceptu objektivního ospravedlnění, která je pro efektivní regulaci chování dominantních soutěžitelů tolik potřebná.

Literatura:

- Bejček, J. Kartelové právo. Brno: MU, 1995.

⁵⁶ V obecné rovině srov. Mankiw, N. G., Whinston, M. D. Free Entry and Social Inefficiency. RAND Journal of Economics, 1986, č. 1, s. 48-58.

⁵⁷ Srov. kanadské guidelines (Predatory Pricing Enforcement Guidelines, Canadian Competition Bureau, oddíl 2.2.2): Podnákladová cena „může být ospravedlnitelná v případě *slábnoucí poptávky* nebo *podstatně excesivní kapacity na trhu*, i pokud to bude spojeno s odchodem jiných podniků z trhu.“ Viz též britské guidelines (Assessment of Conduct: Draft Competition Law Guidelines for Consultation, OFT 414a, čl. 4.8): „Některé trhy jsou schopny udržet pouze jednoho nebo dva podniky, neboť zde jsou například výrazné úspory z rozsahu. Pokud se nový vstupující mylně domnívá, že je zde prostor pro jeho vstup, jeho vstup může donutit všechny podniky na trhu prodávat pod průměrnými variabilními náklady. Stávající podniky pak budou mít na výběr buď zůstat na trhu a trpět ztrátou, nebo z trhu odejít, anebo nechat trh obsluhovat méně efektivním vstupujícím. Za těchto podmínek by nemělo být rozhodnutí dominantního soutěžitele o setrvání na trhu a podnákladovém cenovém boji s novým hráčem nutně podkládáno za predátorské.“ Cit. dle O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 301.

⁵⁸ Mezi možnosti objektivního ospravedlnění jej zařazují O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 301.

⁵⁹ Podobné schéma v obecnější rovině bylo možno pozorovat v případě *General Motors* (cit. výše, čl. 20-21) a jako teoretická možnost bylo zmíněno též v případě *Tetra Pak II* (cit. výše čl. 148).

- Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007.
- Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. Praha : C.H. Beck, 2006.
- Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006.
- Munková, J., Kindl, J. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2007.
- Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2006.
- Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition. Šesté vydání. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Van Bael, I., Bellis, J. F. Competition Law of the European Community. Čtvrté vydání. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- Faull, J., Nikpay, A. The EC Law of Competition. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007.
- O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing, 2006.
- Korah, V. An Introductory Guide to E.C. Competition Law and Practice. Ninth edition. Oxford : Hart Publishing, 2007.
- Diskusní materiál Evropské komise k aplikaci čl. 82 SES na vylučovací praktiky. Brusel, 2005.
- Dreher, M., Adam, M. Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law. E.C.L.R., 2007, č. 4.
- Bejček, J. Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu. Právní fórum, 2008, č. 5.
- Melamed, A. D. Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal. Berkley Technology Law Journal. 2005, vol 20:1247, č. 1.
- Bejček, J. Fúze a „efficiencies“. In Sborník příspěvků z mezinárodní konference studentů doktorského studijního programu Obchodní právo Ekonomické aspekty právní úpravy a jejího výkladu, Brno : Masarykova univerzita, 2006, s. 18-42.
- Bejček, J. Spory o přínosy fúzí. Právní fórum, 2006, č. 2, s. 39 a násl.

- Luescher, Ch. Efficiency Considerations in European Merger Control –Just Another Battle for the European Commission, Economists and Competition Lawyers? E.C.L.R., 2004, č. 2, s. 72- 88.
- Mertikopoulou, V. DG Competition’s Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View. E.C.L.R. 2007, č. 4.
- Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf.
- Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. Predatory Pricing: Response to Critique and Further Elaboration. The Georgetown Law Journal. 2001, č. 8, s. 2496-2529 [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200108/ai_n8977345/print.
- Grout, P. A. cit dílo. O’Hagan, L. Predatory Pricing: A New Theory. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z <http://www.tcd.ie/Economics/SER/sql/download.php?key=181>.
- Bishop, S., Walker, M. Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. London : Sweet & Maxwell, 2002.

Kontaktní údaje na autora – email:

josef.silhan@law.muni.cz