

UNIVERZITA KARLOVA
Právnická fakulta

Igor Šebo

**Věrnostní rabaty jako vylučující praktika
v evropském soutěžním právu**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Aneta Vondráčková, Ph.D.

Katedra evropského práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu) : 27. listopadu 2018

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 213 782 znaků včetně mezer.

Igor Šebo

V Praze dne 27. listopadu 2018

Poděkování

Chtěl bych poděkovat vedoucí mé diplomové práce paní JUDr. Anetě Vondráčkové, PhD., za užitečné rady, velmi vstřícný přístup a pružnou komunikaci při odborných konzultacích na vzdálenost Paříž-Mnichov.

ÚVOD	1
1. DOMINANTNÍ POSTAVENÍ A JEHO ZNEUŽITÍ	5
1.1 Prameny soutěžního práva	5
1.2 Podnik	6
1.2.1 Terminologické nejasnosti v české právní úpravě	7
1.2.2 Jednotka vykonávající hospodářskou činnost	7
1.3 Dominantní postavení	9
1.3.1 Definice dominantního postavení.....	9
1.3.2 Vymezení relevantního trhu	10
1.3.2.1 Vymezení relevantního výrobního trhu	11
1.3.2.2 Vymezení relevantního zeměpisného trhu	11
1.3.3 Postavení podniku na relevantním trhu	12
1.4 Typy zneužití dominantního postavení	13
1.5 Typově podobné praktiky	14
1.5.1 Výhradní dohody.....	15
1.5.2 Predátorské ceny	16
1.6 Dílčí závěr	18
2 VĚRNOSTNÍ RABATY	19
2.1 Ekonomický pohled na rabaty	20
2.1.1 Rabat jako druhý stupeň cenové diskriminace	20
2.1.2 Prosoutěžní důvody k používání rabatů	22
2.1.2.1 Efektivnější úhrada fixních nákladů.....	23
2.1.2.2 Motivace pro maloobchodníky.....	24
2.1.2.3 Zamezení dvojí marže.....	25
2.1.2.4 Zabránění „hold-up“ problémům	26
2.1.3 Protisoutěžní dopady rabatů	27
2.2 Typy rabatů	29
2.2.1 Přírůstkové rabaty	30
2.2.2 Individualizované retroaktivní rabaty	33
2.2.3 Standardizované rabaty	38
2.2.4 Rabaty spojené s exkluzivním nebo skoro exkluzivním odběrem	39
2.3 Rabaty jako zneužití dominantního postavení	40
2.3.1 Posuzování rabatů před vydáním Sdělení (2009) Evropskou komisí	40
2.3.2 Posuzování rabatů po vydání Sdělení (2009) Evropskou komisí.....	44
2.3.2.1 Tržní síla.....	45
2.3.2.2 Uzavření trhu vedoucí k poškození spotřebitelů	46
2.3.2.3 Cenová soutěž a hypoteticky stejně výkonný soutěžitel	47
2.3.2.4 Objektivní nutnost a efektivnost	47
2.4 Dílčí závěr	49

3	TEST STEJNĚ VÝKONNÉHO SOUTĚŽITELE	50
3.1	Test jako nástroj ekonomické analýzy Evropské komise	51
3.1.1	Průměrné eliminovatelné náklady.....	52
3.1.2	Dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady.....	52
3.1.3	Efektivní cena a její vztah k nákladům.....	53
3.2	Testování rabatů	54
3.2.1	Určení příslušného rozpětí poptávky a efektivní ceny.....	54
3.2.2	Relevantní časové období a další faktory.....	58
3.3	Dílčí závěr	60
4	RABATY V JUDIKATUŘE SOUDNÍHO DVORA EVROPSKÉ UNIE	61
4.1	Hoffman-La Roche	62
4.1.1	Struktura rabatů.....	62
4.1.2	Posouzení Evropské komise.....	63
4.1.3	Posouzení Evropského soudního dvora.....	64
4.2	Michelin I	65
4.2.1	Struktura rabatů.....	66
4.2.2	Posouzení Evropské komise.....	67
4.2.3	Posouzení Evropského soudního dvora.....	68
4.3	Michelin II	69
4.3.1	Struktura rabatů.....	70
4.3.2	Posouzení Evropské komise.....	74
4.3.3	Posouzení Tribunálu Evropského soudního dvora.....	77
4.4	Tomra	79
4.4.1	Struktura rabatů.....	80
4.4.2	Posouzení Evropské komise.....	81
4.4.3	Posouzení Tribunálu Soudního dvora Evropské unie.....	83
4.4.4	Posouzení Soudního dvora Evropské unie.....	84
4.5	Intel	84
4.5.1	Okolnosti případu.....	85
4.5.2	Struktura rabatů.....	85
4.5.3	Posouzení Evropské komise.....	86
4.5.3.1	Test stejně výkonného soutěžitele.....	87
4.5.3.2	Výsledky testu.....	88
4.5.4	Posouzení Tribunálu Soudního dvora Evropské unie.....	89
4.5.5	Posouzení Soudního dvora Evropské unie.....	90
4.6	Dílčí závěr	92
ZÁVĚR	ZÁVĚR	94
SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	98

SEZNAM ZDROJŮ	99
SEZNAM OBRÁZKŮ.....	107
SEZNAM TABULEK	107
SEZNAM ROVNIC.....	107
ABSTRAKT	108
ABSTRACT	109

ÚVOD

Soutěžní právo je právním odvětvím, které má za cíl udržovat spravedlivou soutěž mezi subjekty na hospodářském trhu. Zjednodušeně řečeno, soutěžní právo nastavuje pravidla, kterými se soutěžitelé musí řídit. Nerespektováním těchto pravidel se vystavují hrozbě sankcí jak ze strany Evropské komise, tak ze strany národních autorit, podle toho, které právo je pro daný případ aplikováno. V této práci bude pozornost věnována především právu evropskému, které má pro problematiku věrnostních rabatů zásadní význam, a národní úpravou se tak kromě terminologického vymezení nebude vůbec zabýváno.

Oblast soutěžního práva zabývající se dominantním postavením a jeho zneužitím je přes své neměnné historické zakotvení ve smlouvách stále vyvíjejícím se odvětvím. Zásadní vliv na jeho vývoj mají řízení před Evropskou komisí a rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie. V září minulého roku (2017) rozhodl Soudní dvůr v řízení ve věci věrnostních rabatů vedeném proti světovému výrobcí mikroprocesorů Intel. Svým rozhodnutím změnil dosavadní pohled na tuto praxi, když od dosavadního přístupu *per se* zákazu těchto praktik naznačil posun směrem k individuálnímu posuzování jednotlivých případů, založenému na ekonomické analýze a na vyhodnocení konečného dopadu praxe na blahobyt spotřebitele.

Právě posun od práva k ekonomické teorii je jedním z fenoménů odvětví soutěžního práva, přinejmenším na evropské úrovni. V oblasti dominantního postavení a jeho zneužití to pak platí dvojnásob. Součástí rozhodnutí Evropské komise nezřídka bývají více či méně složité ekonomické analýzy, bez nichž právní posouzení není možné, má-li být zachována jeho přesnost a spravedlnost.

Věrnostní rabaty tento vývoj výborně demonstrují. Zatímco první významnější rozhodnutí Evropské komise ve věci *Hoffman-La Roche* z roku 1976 má rozsahem pouhých devět stran, k odůvodnění posledního, již zmíněného rozhodnutí ve věci *Intel* z roku 2017 potřebovala Evropská komise přes pět set stran. Tomu pochopitelně odpovídá i délka řízení, kdy v prvním případě trvalo zhruba tři roky, zatímco v druhém se řízení vede již od roku 2004 a konečné rozhodnutí je zatím v nedohlednu.¹ Jistě, dá se namítat vznik tribunálu Soudního dvora

¹ Rozhodnutí Komise ze dne 9. června 1976 v řízení ohledně článku 86 Smlouvy EHS, 76/642/EEC, (IV/29.020-Vitamins), resp. 20. Rozhodnutí Evropské komise ze dne 13. května 2009, v řízení ohledně článku 82 Smlouvy ES a článku 54 Dohody EHP, (COMP/C-3 /37.990 – Intel).

Evropské unie v roce 1988 a prodloužení řízení z důvodu další instance, ale to není hlavním důvodem.

Důvodem je především zmíněná hlubší analýza a přesun od práva k ekonomii a v některých případech i velmi sofistikované uplatňování věrnostních rabatů soutěžícími podniky, reagujícími na dosavadní rozhodovací praxi ve snaze vyhnout se postihu Evropské komise. Právníci nejen Evropské komise, ale i podnikoví právníci jsou nuceni se tomuto vývoji přizpůsobovat a rozumět základním ekonomickým principům uplatňujícím se v soutěžním právu a důvodům rozhodným pro konečné právní posouzení chování vykazujícího znaky zneužití dominantního postavení, zejména pak věrnostních rabatů.

Ambicí této práce je poskytnout přehled nezbytných základních poznatků k porozumění, proč mohou být věrnostní rabaty posuzovány jako zneužití dominantního postavení a proč je k jejich právnímu posouzení potřeba uplatnit základní ekonomické myšlení. Jednotlivé cíle a výzkumné otázky navazují na tuto ambici.

Prvním cílem práce je detailně zanalyzovat jednotlivé mechanismy uplatňování věrnostních rabatů a přiblížit čtenáři jejich jednotlivé typy, lišící se podle struktury a způsobu uplatňování. Součástí tohoto cíle bude odpověď na *první výzkumnou otázku*, jakým způsobem ty které druhy věrnostních a jiných typů rabatů působí na hospodářskou soutěž, zejména pak popis a vysvětlení jejich pozitivních a negativních účinků na soutěžní prostředí relevantního trhu – tedy vyloučení jiných soutěžitelů z trhu nebo zabránění či ztížení jejich vstupu na něj. Stejně tak bude demonstrován a vysvětlen pozitivní a negativní účinek rabatů obecně, uplatňuje-li je dominantní podnik.

Druhým cílem práce je zachytit historický vývoj postoje institucí Evropské unie k této praktice a přesun od formalistického posuzování věrnostních rabatů k posuzování podle okolností jednotlivých případů. Podstatou bude odpovědět na *druhou výzkumnou otázku*, jaké důvody stály a stojí za rozhodováním Evropské komise a Soudního dvora Evropské unie (resp. Evropského soudního dvora) ve věci věrnostních rabatů. Budou rozebrány jednotlivé faktory, jež jsou brány při posuzování v potaz a jež vyplývají buďto ze *soft law* dokumentů Evropské komise, judikatury Soudního dvora, ekonomických úvah či odborné literatury a jiných zdrojů. Součástí této výzkumné otázky je rovněž *podotázka*, jakým způsobem uplatňuje Evropská komise test stejně výkonného soutěžitele na posouzení věrnostních a jiných typů rabatů, které

bude věnována samostatná kapitola, neboť právě tento test představuje jistý exkurz do ekonomické analýzy, byť ne příliš složitě.

Třetím a posledním cílem je poskytnout ucelený souhrn té nejdůležitější judikatury Soudního dvora ve věcech věrnostních rabatů. Jednotlivá řízení budou rozebrána od rozhodnutí Evropské komise přes případné rozhodnutí tribunálu až po konečné rozhodnutí poslední instance. Účelem tohoto shrnutí je především poskytnout náhled na praxi a podklad k pochopení teoretických poznatků z předchozích částí práce na konkrétních a skutečných příkladech. To bezesporu pomůže spolehlivěji rozlišit mezi jednotlivými typy rabatů, které nemusí být snadno rozpoznatelné na základě teoretického vymezení, a samostatně rozhodnout, které z nich jsou bezproblémové a u kterých je naopak možné předpokládat komplikace.

Posláním práce je srozumitelné objasnění této velmi specifické části soutěžního práva těm, kteří se nespokojí se základním právním vymezením určitého jednání na trhu, ale chtějí rozumět jeho podstatě. Přestože je věnována velmi konkrétnímu tématu a je určena především právníkům, obsahuje i krátký úvod do soutěžního práva a do problematiky dominantního postavení v právu Evropské unie. Stejně tak obsahuje jednoduché výpočty, tabulky a grafy, což nebývá u právních textů příliš zvykem. Je tak však činěno s úmyslem usnadnit čtenáři pochopení základních ekonomických a právních souvislostí a s ohledem na odlišnost jednotlivých oborů a dovedností, které vyžadují.

Motivací ke vzniku této práce byl především nedostatek odborné literatury na toto téma v českém jazyce. Přestože v dnešní době je prakticky povinností nejen každého studenta vysoké školy ovládat přinejmenším jeden cizí jazyk, možnost čerpat informace ve své mateřštině je vždy vítána. Zdroje, se kterými se v textu pracuje, jsou až na výjimky zahraniční, především pak anglické a v menší míře i francouzské. Problematika věrnostních rabatů není zdaleka nejpálčivějším problémem soutěžního práva, a tak nezabírá rozsáhlé pasáže v učebnicích věnovaných tomuto odvětví, a tím spíše ne v učebnicích evropského práva. Jsou však předmětem odborných diskuzí a častou součástí soutěžně právních a právně ekonomických periodik.

Práce je číselně členěna do čtyř hlavních částí, přičemž první tři se věnují teoretickému vymezení a poslední čtvrtá je věnována rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie potažmo Evropského soudního dvora.

V první části jsou stručně vysvětleny základní zákonitosti soutěžního práva, včetně praktik působících na trh podobným způsobem jako věrnostní rabaty. Druhá část je věnována podstatě věrnostních a jiných typů rabatů. Obsahuje jejich členění a podrobnou právní a ekonomickou analýzu. Její součástí je rovněž popis vývoje posuzování této praktiky ze strany Evropské komise. Třetí část je věnována testu stejně výkonného soutěžitele a závěrečná čtvrtá část judikatuře.

Hlavními vědeckými metodami v textu používanými jsou metody: analytická, komparativní a deskriptivní; vedlejšími uplatňovanými metodami potom metody: matematická, analogická, a syntetická. Zejména u poslední z nich je však nutno brát v potaz, že právo není exaktní vědou a na každou skutečnost může existovat více pohledů. Pro přehlednost a snadné odlišení tak názory autora budou v textu zvýrazněny tučným písmem.

1. DOMINANTNÍ POSTAVENÍ A JEHO ZNEUŽITÍ

Věrnostní rabaty představují jen velmi úzkou část problematiky dominantního postavení a jeho zneužití, a tím spíše úzkou část problematiky soutěžního práva. Nelze je však smysluplně prezentovat a podrobněji rozebírat bez uvedení základních zákonitostí soutěžního práva. Před přikročením k analýze věrnostních rabatů tak bude nejprve poskytnut vhled do soutěžního práva, a to zejména do problematiky dominantního postavení a jeho zneužití, jímž věrnostní rabaty za určitých okolností mohou být.

1.1 Prameny soutěžního práva

Evropské soutěžní právo vzniklo současně s prvními integračními smlouvami v poválečné Evropě. Jeho obsah byl poprvé upraven ve smlouvě z roku 1952 zakládající Evropské společenství uhlí a oceli (dále pouze „*ESUO*“). Smlouva ESUO v člancích 65 a 66 obsahovala ustanovení, která upravovala zneužití dominantního postavení, zakázané dohody, zakázané státní podpory a kontroly koncentrací. Tato ustanovení byla následně převzata v člancích 85 a 86 Římské smlouvy z roku 1957, jež zakládala Evropské hospodářské společenství a Evropské společenství pro atomovou energii.² Text upravující zneužití dominantního postavení, který zůstal od té doby skoro nezměněn, je obsahem článku 102 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále pouze „*SFEU*“). Jeho znění je následující:

Článek 102

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.

Takové zneužívání může zejména spočívat:

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;

² Smlouvy EU. Oficiální internetové stránky Evropské unie [online]. [cit. 2018-11-10]. Dostupné z: https://europa.eu/european-union/law/treaties_cs.

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.

Samotný text však k porozumění dominantnímu postavení a jeho zneužití nestačí. Výklad nejen článku 102 SFEU, ale všech ustanovení soutěžního práva významně ovlivňuje judikatura Soudního dvora Evropské unie (v minulosti Evropský soudní dvůr). Ten ve svých rozhodnutích postupně definoval většinu pojmů obsažených v těchto ustanoveních, k nimž je tedy nutné přistupovat ve světle těchto rozhodnutí (viz dále).

Výchozím pro posuzování vylučujících praktik podle evropského práva je ustanovení článku 102 písmena b) SFEU, v němž se stanoví, 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. Takové zneužívání může zejména spočívat... b) v omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů.*

V českém právním řádu je soutěžně právní problematika, včetně otázky dominantního postavení a jeho zneužití, obsahem zákona č. 143/2001 Sb., O ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále pouze „ZOHS“). Ten ve své hlavě III., paragrafech 10 a 11 upravuje dominantní postavení a jeho zneužívání. Tento zákon však evropské pojmy neobjasňuje, spíše naopak.

Pro pochopení problematiky této práce je tak potřeba chápat pojmy obsažené zejména ve SFEU v kontextu vývoje, jímž za posledních 65 let prošly. Z tohoto důvodu je vhodné ještě před přikročením k samotnému obsahu práce, věrnostním rabatům, rozebrat některé z nich detailněji, neboť zejména v evropském právu hrají zásadní roli.

1.2 Podnik

Stěžejním pojmem v oblasti soutěžního práva je pojem podniku, neboť právě podniky svým jednáním, pokud jednají způsobem zakázaným, narušují hospodářskou soutěž a právě ony jsou za takové jednání odpovědné. Musí být tedy čtenáři objasněn.

1.2.1 Terminologické nejasnosti v české právní úpravě

Výraz podnik (*undertaking*), jenž je na první pohled zdánlivě jasným pojmem, se stává po hlubším rozboru pojmem poměrně komplikovaným. V českém právním řádu nemá tento termín oporu. ZOHS místo podniku zavádí pojem soutěžitele, který definuje § 2 odst. 1 ZOHS. Přestože zákonná definice pojmu slovně přesně neodpovídá vývoji evropské judikatury³ důvodová zpráva zákona č. 361/2005 Sb.⁴, jež novelizuje ZOHS, v komentáři k bodům 9, 16 a 17 mimo jiné uvádí, že pojem soutěžitele: „*je plně v souladu s významem pojmu undertaking užívaným v právu ES*“. Potvrzuje to i následná rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a správních soudů, zejména pak Nejvyššího správního soudu, který v kauze Česká rafinérská uvedl: „*Pro řešený případ je podstatná interpretace pojmu „soutěžitel“ použitého v zákoně č. 143/2001 Sb., který odpovídá pojmu „podnik“ ve smlouvě Evropských společenství*“.⁵ Vzhledem k zaměření práce především na evropské právo zde však nebude dále s českou právní úpravou pracováno a bude nadále používán pojem dominantní podnik.⁶

1.2.2 Jednotka vykonávající hospodářskou činnost

Přesná definice podniku je nezbytná k určení pole působnosti evropského práva. Klíčovým a v budoucnosti nespočetněkrát převzatým rozhodnutím je rozhodnutí Evropského soudního dvora (dále pouze „ESD“) ve věci *Höfner* z roku 1991.⁷ V bodě 21 tohoto rozhodnutí soudní dvůr definoval, že podnikem je: „*každá jednotka vykonávající hospodářskou činnost bez ohledu na její právní formu či způsob financování*“. Z rozhodnutí tedy zcela nepochybně

³ KINDL, Jiří. Soutěžitel a podnik – definiční a terminologické nejasnosti, přednáška ze dne 14. listopadu 2012 v rámci Svatomartinské konference, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno.

⁴ Zákon č. 361/2005, kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. října 2007, sp. zn. As 61/2005 ve věci Česká rafinérská proti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

⁶ Pokud bude použit „soutěžitel“, bude tak označován konkurenční podnik – konkurent (*competitor*, *le concurrent*), případně bude tento pojem používán v souvislosti s tzv. testem stejně výkonného soutěžitele (*as efficient competitor test*, *Le test du concurrent aussi efficace*). Na rozdíl od jiných jazyků (*fr*, *aj*) v české terminologii není užíván termín konkurent, ale právě soutěžitel. Tam kde se tedy v práci hovoří o soutěžiteli, rozumí se tím konkurenční podnik, není-li v textu uvedeno něco jiného.

⁷ Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 23. dubna 1991 ve věci *Klaus Höfner et Fritz Elser proti Macrotron GmbH*, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161.

vyplývá, že se jedná o pojetí funkční a nikoliv formalistické. Důvodem pro toto pojetí je záměr soudu zachovat efektivnost soutěžního práva.⁸

V daném sporu se posuzovalo, zda německý úřad práce mohl být posouzen jako podnik ve smyslu evropského práva. V potaz bylo nutno vzít zejména skutečnost, že úřad neměl za cíl dosažení zisku a činnost byla bezvýhradně financována z veřejných zdrojů. Přesto však soud rozhodl, že jakákoliv entita i s neziskovým předmětem činnosti může být považována za podnik ve smyslu soutěžního práva, pokud vykonává činnost, jež může konkurovat činnosti podniků, jejichž cílem je na základě této činnosti dosažení zisku. Stejně tak není rozhodné, zda má daná entita právní osobnost či nikoliv, rozhodné bude opět pouze to, zda vykonává hospodářskou činnost.⁹

Hospodářská činnost je tedy zásadním faktorem, podle něž se nahlíží na dané ekonomické operátory na trhu. Při posuzování, zda se u dané činnosti určité jednotky jedná o činnost hospodářskou, musí být opět vycházeno z judikatury ESD.

Soudní dvůr již v roce 1985 ve věci *British Telecom*¹⁰ vyslovil, že: „*hospodářskou činností je jakákoliv činnost, odehrávající se na určitém trhu, spočívající v nabízení výrobků či poskytování služeb.*“¹¹ Přestože ve většině případů tato definice postačovala a bylo možné pomocí ní zahrnout pod pojem podnik například vykonavatele svobodných profesí, ukazovala se jako nedostatečná v případech, v nichž bylo zřejmé, že daná činnost nemůže být striktně hospodářskou.¹²

To vyústilo ve vyloučení některých činností z kategorie činností hospodářských. Soud tak z této kategorie vyloučil činnost výhradně sociální (rozhodnutí ve spojených věcech *Poucet a*

⁸ PRIETO, Catherine, BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Brusel: Bruylant, 2013. 978-2-8027-4251-7, s. 409.

⁹ MALAURIE-VIGNAL, Marie. *Droit de la concurrence interne et européen*, 7e édition, Paris: Dalloz, 2017, ISBN 978-2-247-16824-8 str. 72.

¹⁰ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 20. března 1985, ve věci *Italská republika proti Komisi Evropských společenství*, 41/83, ECLI:EU:C:1985:120.

¹¹ Překlad autora z francouzské jazykové verze: „constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné“.

¹² IDOT, Laurence. *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel*. Prosinec 2004, *Concurrences Review*, číslo 1-2004, číslo článku 46217, [online]. Dostupné z: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2004/Articles-59/La-notion-d-entreprise-en-droit-de>, str. 3.

Pistre z roku 1993¹³), stejně tak jako činnosti spočívající ve výkonu veřejné moci (rozhodnutí ve věci Eurocontrol¹⁴ z roku 1994).¹⁵

Ani po vyloučení některých aktivit však toto pojetí není dostačující. Ukazuje se jako nedostatečné zejména v případech, kdy například není možné hovořit existenci o určitého trhu. Za hospodářskou činnost je tak nutné považovat jakoukoliv činnost, jež může být provozována soukromými podniky anebo jež jimi je provozována.¹⁶

1.3 Dominantní postavení

Pojem dominantního postavení, stejně tak jako pojem podniku, není zpočátku jednoznačně uchopitelný. Zprvce není hned ani jasné ve vztahu, k čemu se dané postavení má posuzovat. Zdáli podnik dominuje slabšího obchodního partnera, trh, anebo třeba celé průmyslové odvětví.¹⁷ V následujících kapitolách bude tak toto postavení definováno, vymezen relevantní trh pro jeho určení a konečně popsáno postavení podniku ve vztahu k relevantnímu trhu.

1.3.1 Definice dominantního postavení

Smlouva o fungování Evropské unie dominantní postavení nedefinuje, a proto je k pochopení tohoto pojmu opět nezbytný výklad provedený ESD, resp. Soudním dvorem Evropské unie (dále pouze „SDEU“).¹⁸ Prvním významným rozsudkem, který přinesl definici dominantního postavení je rozhodnutí ve věci *United Brands*.¹⁹ V aféře, v níž se jednalo o zneužití dominantního postavení dovozce banánů značky Chiquita soud vyslovil, že dominantním postavením se rozumí: „*postavení ekonomické síly podniku, které mu umožňuje bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu pomocí síly chovat se ve znatelném rozsahu*

¹³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. února 1993 ve spojených věcech Poucet a Pistre proti Assurances générales de France a Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, C-159/91, ECLI:EU:C:1993:63.

¹⁴ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 19. ledna 1994, ve věci SAT Fluggesellschaft mbH proti Eurocontrol, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7.

¹⁵ IDOT, Laurence., op. cit., str. 3.

¹⁶ Existují některé výjimky – činnosti, na kterých je veřejný zájem viz Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 18. července 2006 ve věci David Meca-Medina a Igor Majcen proti Komisi Evropských společenství, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492).

¹⁷ PETIT, Nicolas. Droit européen de la concurrence, Paris: Montchrestien – Lextenso éditions, 2013, ISBN 978-2-7076-1768-2, str. 272.

¹⁸ Soud byl přejmenován Lisabonskou smlouvou k 1. prosinci 2009.

¹⁹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14. února 1978 ve věci United Brands Company a United Brands Continentaal BV proti Komisi Evropských společenství, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

*nezávisle na ostatních, zákaznících a nakonec spotřebitelích. Obecně se odvozuje z kombinace faktorů, které samy o sobě nejsou vymezení.*²⁰

Z dané definice je patrné, že pro další postup při kvalifikaci určitého postavení podniku jako dominantního bude potřeba vymezit další faktor, jímž je „relevantní trh“. Neurčuje se tedy, jak uvádí SFEU, na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části.²¹

1.3.2 Vymezení relevantního trhu

Aby bylo možné hovořit o dominantním postavení, je nutné vymezit tzv. relevantní trh. Tedy trh, na kterém se střetává poptávka s nabídkou předmětného podniku. Tento krok je nezbytným předpokladem aplikace článku 102 SFEU, na rozdíl od aplikace článku 101 SFEU. Ten v případech horizontálních dohod mezi podniky, jejichž účelem je omezení hospodářské soutěže, vymezení relevantního trhu jako nezbytné podmínky nevyžaduje.²²

Pro dominantní postavení podniku je toto vymezení nicméně logické. Dominantní postavení je relativní pojem a je potřeba jej tedy vymezit vůči něčemu. Toto lze snadněji pochopit na konkrétním případě. Vezmeme-li například společnost Google, můžeme uvažovat, že bude mít pravděpodobně dominantní postavení na trhu internetových vyhledávačů či na trhu poskytovatelů emailových schránek. Zcela určitě jej však nebude mít na trhu automobilů či domácích spotřebičů. Prvním krokem k vymezení relevantního trhu je tedy vymezit výrobek, který zákazníci na daném trhu poptávají a který podnik nabízí. Hovoří se o tzv. relevantním výrobním trhu.²³

Vedle trhu výrobků je však potřeba vymezit trh i zeměpisně. Podniky, které vyvíjejí stejnou činnost, nabízejí stejné výrobky na stejném místě, budou mít vzájemné postavení velmi odlišné od podniků, které rovněž nabízejí stejné výrobky, ale například na rozdílných kontinentech.

²⁰ Bod 65 tohoto rozsudku.

²¹ PETIT, Nicolas, op. cit., str. 273.

²² MALAURIE-VIGNAL, Marie, op. cit., str. 86.

²³ PETIT, Nicolas, op. cit., str. 277.

1.3.2.1 Vymezení relevantního výrobního trhu

Základním pramenem pro vymezení relevantního trhu produktů je sdělení Evropské komise z roku 1997 (dále pouze „Komise“ a „Sdělení (1997)“).²⁴ V něm je uvedeno: „*Relevantní výrobní trh zahrnuje všechny výrobky a/nebo služby, které jsou spotřebitelem s ohledem na jejich vlastnosti, ceny a zamýšlené použití považovány za zaměnitelné nebo zastupitelné.*“²⁵ Je tedy zřejmé, že se nemusí jednat pouze o výrobky, ale dominantní postavení podniku se může posuzovat i na trhu služeb. Ostatně to lze vyrozumět z uvedeného příkladu společnosti Google.

Stejně tak definice výslovně uvádí, že se nemusí jednat o naprosto stejný typ výrobku či služby, stačí, aby byly vzájemně zastupitelné, tedy aby byl jeden druhým nahraditelný. K určení, zda jsou dva výrobky vzájemně zastupitelné, se používá jak kvantitativní, tak kvalitativní analýza. To však není z hlediska předmětu práce podstatné, a proto zde analýzy nebudou rozebírány.

Mírně v rozporu s tímto tvrzením je potom již zmiňované rozhodnutí *United Brands*. V něm totiž ESD vymezil jako relevantní výrobní trh banánů, které podle něj nejsou zastupitelné jinými druhy ovoce.

1.3.2.2 Vymezení relevantního zeměpisného trhu

Nelze hovořit o stejném trhu, jestliže se střet poptávky a nabídky odehrává na místech od sebe tak vzdálených, že o jakékoliv konkurenci mezi dvěma výrobky v podstatě není možné hovořit. Je tedy nezbytné určit oblast, ve které reálně hospodářská soutěž existuje.

Stejně jako u vymezení relevantního výrobního trhu i v případě relevantního zeměpisného trhu jeho vymezení usnadnila svým Sdělením (1997). Ta jej v něm definovala následovně: „*Relevantní zeměpisný trh zahrnuje oblast, ve které se dotyčné podniky účastní dodávky a poptávky výrobků nebo služeb, kde jsou podmínky hospodářské soutěže dostatečně stejnorodé a která může být odlišena od sousedních zeměpisných oblastí, protože zejména podmínky hospodářské soutěže jsou v těchto oblastech zjevně odlišné.*“²⁶

²⁴ Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03) ze dne 9. prosince 1997.

²⁵ Bod 7 tohoto Sdělení (1997) Komise.

²⁶ Bod 8 tamtéž.

V praxi se tak vůči sobě budou jednotlivé trhy vymezovat zejména na základě nákladů na přepravu výrobků. Čím nákladnější bude přeprava výrobků, tím užší bude trh a naopak.²⁷ To lze krásně ilustrovat na příkladu. Například cement, který je relativně levným výrobkem, bude kvůli své vysoké hmotnosti velmi nákladný k přepravě. Trh cementu bude proto relativně úzký, neboť náklady na přepravu na větší vzdálenost by byly vyšší než jeho cena a vyvážející podnik by tak reálně nebyl schopen konkurovat lokálním podnikům. Oproti tomu trh diamantů bude patrně velmi široký, možná dokonce celosvětový, neboť jejich cena je oproti nákladům na přepravu mnohonásobně vyšší.

Kromě nákladů na přepravu budou brány v potaz i další faktory, jako spojení určité značky s některou oblastí anebo specifické podmínky v dané zemi/regionu. Komise tak rozhodla například ve věci *Michelin II*²⁸, kde byl relevantním zeměpisným trhem pro službu výměny pneumatik určen národní trh, tedy celé francouzské území, z důvodu podmínek odlišných od podmínek v ostatních státech.²⁹

1.3.3 Postavení podniku na relevantním trhu

Poté co je vymezen relevantní trh jak výrobkový, tak zeměpisný, přistoupí se k druhému kroku – zjištění postavení podniku na daném trhu. Tedy zejména jeho podílu na trhu. Čím větší podíl na trhu daný podnik má, tím pravděpodobněji bude na tomto trhu v dominantním postavení.

Podíl na trhu však není jediným kritériem, jež bude bráno v potaz při posuzování (dominantního) postavení na trhu. Komise bude brát v potaz i překážky, jež znesnadňují novým podnikům vstup na daný trh, struktury souvisejících trhů stejně tak jako některé znaky chování podniku.³⁰

Velikost tržního podílu je základním ukazatelem postavení podniku na trhu, ostatně to soud i vyslovil v rozhodnutí *Hoffman-La Roche*: „dominantní postavení může být způsobeno vícero faktory, jež posuzovány samostatně nemusí být nutně rozhodující, ale rozsáhlý tržní podíl, jenž

²⁷ MALAURIE-VIGNAL, Marie, op. cit., str. 90.

²⁸ Rozhodnutí komise Evropských společenství ze dne 20. června 2001, 2002/405/CE.

²⁹ MALAURIE-VIGNAL, Marie, op. cit., str. 92.

³⁰ PETIT, Nicolas, op. cit., str. 288.

je jedním z nich, je vysoce napovídající“³¹. V rozhodnutí AKZO³² pak ESD potvrdil, že existence velkého tržního podílu až na výjimečné případy zakládá dominantní postavení a že tržní podíl nad 50 % naznačuje dominantní postavení. Pod touto hranicí je nutné zkoumat další faktory, aby mohlo být postavení podniku považováno za dominantní. Nicméně Komise ve svém sdělení z roku 2009³³ označila za nepravděpodobnou existenci dominantního postavení, jestliže tržní podíl podniku nepřesahuje 40 %.³⁴

Dodatečným faktorem pro určení dominantní pozice je možnost vstupu na trh jinými soutěžiteli. Tato možnost bývá často omezena různými vstupními bariérami. Lze hovořit o vstupních bariérách, jestliže dominantní podnik může výrazně zvýšit cenu svých produktů, aniž by to vyvolalo vstup konkurentů na trh. Existence těchto bariér bývá nápovědou k řešení otázky o existenci podniku v dominantním postavení na trhu.³⁵ V praxi pak bude Komise posuzovat, jestli hrozba vstupu reálně hrozí při zvýšení cen a skutečně působí na chování podniku. Pokud nehrozí, například z důvodu velkých vstupních nákladů, pravděpodobněji bude podnik s velkým tržním podílem v dominantním postavení a naopak.

1.4 Typy zneužití dominantního postavení

Obecně lze zakázaná chování dominantních podniků podle článku 102 SFEU dělit do dvou skupin. Jednak na tzv. zneužívající praktiky (*exploitative abuses*) a za druhé na vylučující praktiky (*exclusionary abuses*). První zmíněné mají přímý dopad na spotřebitele, neboť jejich následkem je například neúměrně vysoká cena produktů. Jako příklad lze uvést již zmiňovaný případ *United Brands*, ve kterém předmětný podnik pomocí cenové diskriminace a využitím svého dominantního postavení dosahoval vyšších zisků.³⁶

Oproti tomu u vylučujících praktik není dopad na spotřebitele bezprostřední. Cílem dominantního podniku, je nejprve vyloučit konkurenci z boje o trh a následně jej ovládnout.

³¹ Bod 39 Rozsudku Evropského soudního dvora ze dne 13. února 1979, ve věci Hoffmann-La Roche & Co. AG proti Komisi Evropských společenství, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, pozn. Překlad autora z francouzského jazyka.

³² Rozhodnutí ESD ze dne 3. července 1991, ve věci AKZO Chemie BV proti Komisi Evropských společenství, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286.

³³ 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, 2009/C 45/02.

³⁴ PETIT, Nicolas, op. cit., str. 289.

³⁵ PETIT, Nicolas, op. cit., str. 292.

³⁶ O'DONOGHE, Robert, PADILLA, Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006. ISBN 978-1-84113-502-1. str. 194-196.

Pokud tohoto cíle dosahují svojí efektivitou a úsporami z rozsahu, nelze jim nic vytýkat. Problém však nastává, pokud se snaží ovládnout trh způsoby, které soutěžní právo zakazuje. Na rozdíl od efektivního hospodaření, jež má za následek opouštění trhu méně výkonnými soutěžiteli, vylučující praktiky přivodí dominantnímu podniku krátkodobou ztrátu, kterou však vytačením konkurence v dlouhodobém horizontu bude moci napravit. O jakékoliv efektivitě zde není možné hovořit, neboť v dlouhodobém horizontu se opuštění trhu konkurencí projeví na výsledných cenách anebo kvalitě produktu poskytovaném dominantním podnikem, který se tak bude snažit získat zpět to, co dříve vložil do boje s konkurencí.³⁷

Cílem soutěžního práva, konkrétněji článku 102 SFEU, je těmto praktikám zabránit a zachovat tak spravedlivou konkurenci na trhu spolu s jeho efektivitou. Vzhledem k zaměření práce na věrnostní rabaty, jež jsou praktikou mající za cíl vyloučení ostatních soutěžitelů, se nadále praktikami prvního typu, tedy zneužívajícími, nebude zabýváno.

1.5 Typově podobné praktiky

Vylučující praktiky se dělí do dvou hlavních kategorií, podle toho, jakým způsobem vytlačují konkurenty z trhu. Cenové praktiky (*pricing practises*) útočí na konkurenty pomocí cen produktů, například jejich dlouhodobě neudržitelným snížením. V literatuře jsou zpravidla uváděny 3 typy: predátorské ceny (*predatory pricing*), stlačování marží (*margin squeeze*) a věrnostní či podmíněné rabaty (*loyalty či conditional rebates*). Necenové praktiky (*non-pricing practises*) pak využívají jiných než cenových metod, jak vyloučit konkurenci.³⁸

Praktiky vylučující ostatní soutěžitele jsou považovány za závažné zneužití dominantního postavení, což vysvětluje iniciativu Komise v této oblasti. Ta k těmto praktikám vydala v roce 2009 Sdělení³⁹, ve kterém označuje priority při aplikaci článku 102 SFEU (dříve čl. 82; dále pouze „Sdělení (2009)“). V něm uvádí, které praktiky považuje za nejzávažnější pro spotřebitele a na které se zaměří tak, aby trhy fungovaly řádně. Mezi těmito praktikami jsou uvedeny i věrnostní rabaty, kterým se tato práce bude detailně věnovat. Nejdříve však budou

³⁷ O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2006), op. cit. str. 196-202 a také PRIETO, Catherine, BOSCO, David. Str. 907.

³⁸ PRIETO, Catherine, BOSCO, David, op. cit., str. 923, 944, 963.

³⁹ Sdělení komise ze dne 24. února 2009: Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, 2009/C 45/02.

pro snazší orientaci a rozlišení rozebrány i některé jiné vylučující praktiky, které mají stejné účinky jako rabaty a jsou si v některých ohledech podobné.

1.5.1 Výhradní dohody

Prvním typem zakázaného jednání, které Komise ve svém Sdělení (2009) uvádí jsou tzv. výhradní dohody (*exclusive dealing*).⁴⁰ V případě takového jednání se dominantní podnik snaží uzavřít trh ostatním soutěžitelům tím, že váže poptávku svých odběratelů. Ti tak na základě smluvního či jiného mechanismu nemohou odejít ke konkurenci. Noví anebo stávající soutěžitelé tudíž nemohou rozšiřovat výrobu získáváním stávajících odběratelů. Komise rozděluje tyto praktiky na dvě podkategorie – výhradní odběry a podmíněné rabaty, které souhrnně označuje jako výhradní dohody. **Přestože podmíněné rabaty mohou mít za určitých okolností⁴¹ stejné následky jako exkluzivní odběry, není vhodné je řadit do stejné kategorie, neboť je to problematika mnohem komplexnější. V této kapitole tak jsou jenom pro pořádek uvedeny z důvodu jejich klasifikace Komisí.⁴²**

Výhradním odběrem se rozumí požadavek dominantního podniku, aby se u něj jeho odběratelé zásobovali výhradně anebo z významné části. Jak uvádí Komise, nemusí se nutně jednat o odběr, jelikož stejného cíle může být dosaženo například požadavkem určité výše zásob. Za určitých podmínek mohou být takové dohody i prospěšné pro koncového zákazníka, jelikož dominantní podnik za takový závazek může poskytnout odběrateli určitou výhodu, nelze však usuzovat, že tomu je tak vždy, a je proto každé takové jednání nezbytné zkoumat jednotlivě. Komise tak vezme v potaz zejména kritéria uvedená ve svém Sdělení (2009): postavení dominantního podniku, podmínky na relevantním trhu, postavení konkurentů dominantního podniku, postavení zákazníků nebo dodavatelů, rozsah údajného zneužívajícího jednání, případné důkazy o skutečném uzavření trhu a přímé důkazy o případné strategii k vyloučení ostatních soutěžitelů.⁴³

Důležitým činitelem při posuzování protisoutěžnosti daného jednání je míra konkurenčního tlaku ze strany ostatních soutěžitelů. Komise ve Sdělení (2009) uvádí: “*Možnost, že povinnost výhradního odběru povede k uzavření trhu narušujícímu hospodářskou soutěž, vzniká zejména*

⁴⁰ Bod 32 Sdělení (2009).

⁴¹ V případě stanovení množství pro udělení rabatu ve výši 100 % poptávky.

⁴² Body 31 Sdělení (2009).

⁴³ Body 31-35 tamtéž.

v případě, kdy bez této povinnosti vyvíjejí konkurenti, kteří na trhu nejsou v době sjednání povinnosti přítomni nebo kteří nemohou soutěžit o úplné dodávky pro zákazníky, významný konkurenční tlak“.⁴⁴ Zejména nezpůsobilost soutěžit o celou poptávku dodavatelů je skutečnost, jež má významný vliv i na posuzování určitých typů rabatů. Nastává v případech, kdy dodavatelé nemají výrobní kapacitu schopnou plně uspokojit poptávku odběratele či v případech, kdy výrobky dominantního podniku představují takzvané „*must-stock*“ zásoby, tedy zásoby, které každý odběratel musí odebírat například z důvodu jejich velké obliby u zákazníků.⁴⁵ Dominantní podnik může zneužívat tuto nespornou část poptávky k získání i té sporné části a v takových případech nastává velké riziko nepříznivého ovlivnění hospodářské soutěže.

Podmíněné rabaty jsou slevy poskytnuté odběratelům za splnění určitých podmínek stanovených dominantním podnikem. Formulace podmínky je rozmanitá a může záviset jak na odebraném množství, tak například na určitém typu chování odběratele. Stejně jako výhradní odběr mohou mít nepříznivý dopad na hospodářskou soutěž. V této kapitole jsou však uvedeny pouze pro pořádek, neboť je takto zařadila Komise, a nemá význam je v jejím rámci detailněji analyzovat.⁴⁶

1.5.2 Predátorské ceny

Další zakázanou praktikou jsou tzv. predátorské ceny. Komise je sice označuje pojmem predátorské jednání, ale významově se jedná o predátorské ceny tak, jak jsou běžně uváděny v odborné literatuře.⁴⁷ Stejně jako rabaty i predátorské ceny se, za určitých okolností, řadí mezi tzv. cenové praktiky mající vylučující efekt. Souvislost s rabaty je zřetelná, neboť rabaty mohou někdy dosahovat vyloučení ostatních soutěžitelů *de facto* stejným způsobem jako predátorské ceny. Děje se tak v momentě, kdy jsou rabaty udělovány bez jakékoliv podmínky a výsledná cena je nižší než cena zaplacená, rozdíl je pouze v tom, že rabaty jsou udělovány zpětně.

V případě predátorských cen dominantní podnik zaujme strategii krátkodobé ztráty s vidinou upevnění či zesílení své pozice na relevantním trhu. Snížením svých cen pod úroveň

⁴⁴ Bod 35 Sdělení (2009).

⁴⁵ Bod 35 tamtéž.

⁴⁶ Body 36-40 tamtéž.

⁴⁷ Srov. PETIT, Nicolas, op. cit., str. 334 či PRIETO, Catherine, BOSCO, David, op. cit., str. 923.

dosažitelnou ostatními soutěžiteli jim ztíží nebo znemožní setrvání na trhu. Po oslabení jejich pozice, či dokonce jejich odchodu z trhu, jsou ceny opět navýšeny, a to zpravidla na úroveň vyšší, než jaká byla v době před přistoupením k této praktice, čímž dominantní podnik svou ztrátu investovanou do boje s konkurencí vyrovná. Na první pohled se tedy může paradoxně zdát, že takové snižování cen prospívá spotřebiteli, nicméně je potřeba uvažovat v dlouhodobém horizontu a očekávat jejich neúměrné budoucí zvýšení.⁴⁸

Samozřejmě ne každé snížení cen dominantním podnikem může být považováno za protisoutěžní. Jestliže se ceny dominantního podniku pohybují nad hladinou jeho průměrných celkových nákladů, budou mít spíše opačný efekt, jelikož budou nutit ostatní soutěžitele dosahovat stejné efektivity jako dominantní podnik. Problém však nastává v momentě, kdy se nastavené ceny dostávají pod hladinu mezních nákladů, v takovém případě si podnik prodejem každé dodatečné jednotky přivodí ztrátu.⁴⁹

V praxi se však při analýze škodlivosti jednání postupuje odlišným způsobem, neboť mezní náklady jsou jen velmi obtížně přesně zjistitelné. Ceny jsou porovnávány s průměrnými celkovými náklady a s průměrnými variabilními náklady. Soudní dvůr zavedl následující test v rozhodnutí *AKZO*⁵⁰. V něm jednoznačně stanoví, že ceny pohybující se pod úrovní průměrných variabilních nákladů jsou nutně predátorské a musejí být považovány za zneužívající. Neuvádí tedy průměrné celkové náklady jako rozhodující cenovou hladinu, neboť v určitých případech může být pro daný podnik z krátkodobého hlediska logickým krokem nastavit cenu pod úrovní průměrných celkových nákladů (jak bude demonstrováno dále u věrnostních rabatů). Nicméně o cenách nad hladinou průměrných variabilních nákladů a pod hladinou průměrných celkových nákladů lze uvažovat jako o predátorských, jestliže jsou takto nastaveny s cílem vyloučit ostatní soutěžitele.⁵¹ V praxi u takových případů bude kvalifikace cen jako predátorských záviset na dalších okolnostech, zejména na velikosti ostatních soutěžitelů a jejich schopnosti zareagovat na taková jednání ze strany dominantního podniku.⁵²

⁴⁸ PETIT, Nicolas, op. cit., str. 334.

⁴⁹ Tamtéž str. 334.

⁵⁰ Rozsudek Evropského soudního dvora (pátého senátu) ze dne 3. července 1991 ve věci *AKZO Chemie BV* proti Komisi Evropských společenství, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286.

⁵¹ Rozsudek ve věci *AKZO* body 70-72.

⁵² PETIT, Nicolas, op. cit., str. 335.

S ohledem nejen na tuto praktiku, ale i na další cenové praktiky zavádí komise zvláštní typ nákladů – tzv. průměrné eliminovatelné náklady a dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady, které se částečně liší od průměrných variabilních nákladů a průměrných fixních nákladů, jak bude vysvětleno ve třetí části práce věnované testu stejně výkonného soutěžitele.⁵³

1.6 Dílčí závěr

Soutěžní právo je do jisté míry velmi odlišné od ostatních právních odvětví. Problematika zneužití dominantního postavení a obzvláště problematika věrnostních a jiných rabatů je velmi dynamická a její vývoj reaguje na proměny na trhu a na změny ve způsobu podnikání, ale nejen na ty. Soutěžní právo, do nějž tato problematika patří, se vztahuje *de facto* na vše, u čeho lze hovořit o probíhající soutěži mezi podniky, jež samy o sobě zahrnují téměř všechna uskupení a entity. Problém s věrnostními rabaty tak může pro různé entity nastat i v neočekávaných případech za předpokladu, že jsou na relevantním zeměpisném a výrobovém trhu v dominantním postavení a že naplňují široké, funkční pojetí podniku v evropském právu.

Věrnostní rabaty mohou působit jako vylučující praktika (bez ohledu na jejich právní kvalifikaci), neboť poškozují podobně jako predátorské ceny nebo výhradní odběry konkurenty tím, že jim ztěžují setrvání na trhu. Na rozdíl od predátorských cen však mají méně zřetelný průběh a nejsou tak snadno detekovatelné. O to více mohou být některými považovány za nebezpečné.

Stejně tak musí být odlišeny od výhradních dohod, které už ze své podstaty znemožňují jiným podnikům ucházet se o jednotlivé poptávky zákazníků. Věrnostní rabaty sice mohou takového efektu také dosáhnout, nicméně v porovnání s výhradními dohodami nepředstavují pro odběratele tak přísný režim a případného efektu dosahují jiným způsobem. I v té nejpřísnější formě (tedy v relativně určeném množstevním prahu) zpravidla umožňují konkurenčním podnikům soutěžit alespoň o část poptávky odběratele, jenž disponuje více možnostmi než v případě výhradních odběrů. Zřetelně to vyplývá z následující, druhé části práce, ve které jsou jednotlivé mechanismy a účinky věrnostních a jiných typů rabatů detailně rozebrány.

⁵³ Bod 26 Sdělení (2009).

2 VĚRNOSTNÍ RABATY

Jednou ze zakázaných praktik jsou za určitých okolností věrnostní rabaty. Pomocí nich může dominantní podnik efektivně získávat nové zákazníky, případně motivovat stávající, aby od něj neodcházeli. Stejně tak jimi může stávající zákazníci přesvědčit, aby část své poptávky uskutečňovali u něj místo u ostatních soutěžitelů nabízejících stejný produkt.

Pojem věrnostní rabaty nemá přesné ekonomické ani právní vymezení a může tak zahrnovat všemožné typy rabatů od čistě objemových (tedy rabatů vázaných na odběr určitého množství) až po rabaty udělované za uspokojení významné části nebo veškeré poptávky odběratele. Hlavním společným znakem je však udělení slevy za odběr určitého množství, ať už je toto množství dohodnuto smluvně, anebo jej určí jednostranně dodavatel.⁵⁴ Vzhledem k nevynezení tohoto pojmu tak zde bude používán souhrnně pro různé typy schémat (případně bude používán pouze termín rabaty), pokud bude odkazováno na konkrétnější typ, bude to v textu uvedeno.

Nabízení rabatů samo o sobě zakázané není, naopak. Jeho poskytnutím může výrobce získat větší část poptávky zákazníka, a tím dosáhnout na úspory z rozsahu výroby, jež pak pomocí rabatů na zákazníka přenáší. Takto poskytnutá sleva z velkoobchodní ceny na určitý výrobek by se měla projevit snížením výsledné ceny výrobku pro konečného spotřebitele.

Problém s rabaty však nastává v momentě, kdy jsou užívány způsobem, který poškozují ostatní soutěžitele na trhu. Problematika rabatů je jednou z nejkontroverznějších při prosazování článku 102 SFEU. Zatímco v USA rabaty zpravidla unikají poli působnosti soutěžního práva,⁵⁵ v Evropské unii byly vždy Komisí posuzovány velmi přísně.⁵⁶

Právo Evropské unie však nezakazuje všechny rabaty, článek 102 SFEU se vztahuje především na věrnostní rabaty, které nutí odběratele odebírat většinu své poptávky u dodavatele

⁵⁴ O'DONOUGHIE, Robert, PADILLA, Jorge. *The Law and Economics of Article 102 TFUE*. Oxford: Hart Publishing, 2013. ISBN 978-1-84946-139-9, str. 461.

⁵⁵ Část II – Shermanova Aktu z roku 1890 [online]. Dostupné z: <http://gwcl.com/Library/America/USA/The%20Sherman%20Act%201890.pdf>.

⁵⁶ PETIT, Nicolas, op. cit., str. 342.

poskytujícího rabat. Věrnostních rabatů existuje mnoho druhů, jež byly postupně popisovány judikaturou ESD případně SDEU.⁵⁷

Rabaty je nutno posuzovat ve dvou rovinách. Pohledem ekonomickým, jímž se často jeví soutěži prospěšné (ne však vždy) a pohledem právním, jehož závěry plně nekorespondují s výsledky ekonomického rozboru. V praxi se tak může stát, že uplatňování rabatu působí prospěšně na celkový blahobyť, ale soutěžním právem je shledáno protisoutěžním. I proto by Komise ve svých posuzováních stále častěji měla přistupovat k podrobnější ekonomické analýze, jež bude ukázána ve třetí části práce.

2.1 Ekonomický pohled na rabaty

Předtím než bude přikročeno k právní analýze rabatů a jejich posuzování podle evropského práva, je nutné vysvětlit jejich ekonomickou podstatu s výhodami, které mohou přinášet. Většina rabatů totiž protisoutěžní charakter nemá, a to ani v případě jejich použití dominantním podnikem. Naopak, podniku umožňují prodat větší objem svých výrobků pomocí drobného snížení ceny a navýšení celkových tržeb a zisku a některým zákazníkům dávají možnost koupit výrobky, které by jinak kvůli jejich vysoké ceně nemuseli chtít koupit. Lze je tak považovat za jednu z forem cenové diskriminace.⁵⁸

2.1.1 Rabat jako druhý stupeň cenové diskriminace

Cenová diskriminace je nástroj, který umožňuje podnikům prodat více výrobků a dosáhnout vyšších zisků. Spočívá v nastavení rozdílných cen za stejný výrobek, podle ochoty zákazníka za něj zaplatit.⁵⁹ Obecně lze rozlišovat tři typy cenové diskriminace – diskriminaci prvního, druhého a třetího stupně v závislosti na tom, jak kompletní informace má (dominantní) podnik o ceně, jež jsou jeho zákazníci ochotni zaplatit.⁶⁰

První stupeň cenové diskriminace nastává v případě, kdy má podnik dokonalé informace o svých zákaznících a je schopen je perfektně cenově diskriminovat. Na jejich základě dokáže

⁵⁷ PETIT, Nicolas, op. cit., str. 343.

⁵⁸ KIRNER, Tomáš. *The economics of rebates as a concerned competition practice in the European Union and the United States of America*. Diplomová práce na Ekonomicko-správní fakultě Masarykovy univerzity v Brně, 2016, [online]. Dostupná z: https://www.is.muni.cz/th/b4th2/Loyal_Rebates_Final.pdf, str. 13.

⁵⁹ POSNER, Richard A. *Antitrust law. 2nd ed.* Chicago: University of Chicago Press, 2001. ISBN 0-226-67576-9. str. 79.

⁶⁰ PIGOU, Arthur C. *Economics of Welfare*. 1st edition., London: McMillan and co. 1920, str. 244.

nastavit pro každého potenciálního zákazníka maximální cenu, kterou je ochoten zaplatit, a tím podnik dosáhne vyššího zisku. Nicméně, ekonomové se shodují na tom, že taková situace v praxi v podstatě nemůže nastat, jelikož podniky prakticky nikdy nebudou mít dokonalé informace ohledně cen, jež jsou jejich zákazníci ochotni zaplatit.⁶¹

Ke *druhému stupni* cenové diskriminace dochází v případě, kdy podnik nastaví cenu proměnlivě podle množství jednotek, které zákazník koupí. Toho lze dosáhnout dvěma způsoby. Zaprvé nastavením určitého fixního poplatku bez ohledu na množství a následného proměnlivého poplatku za každou odebranou jednotku. V praxi si to lze představit na příkladu zábavního parku, ve kterém každý návštěvník zaplatí vstupní poplatek a následně si koupí lístky na libovolný počet atrakcí.⁶² Druhou možností jsou právě rabaty, kde se cena liší podle množství odebraných výrobků.⁶³

Třetím stupněm cenové diskriminace je situace, kdy podnik nemá detailní informace o svých zákaznících, avšak dokáže je alespoň přibližně rozdělit do skupin podle jejich ochoty nakupovat a následně jednotlivým skupinám prodává výrobky či služby za různé ceny v závislosti na elasticitě jejich poptávky. Takovými skupinami mohou být například studenti, senioři atd.⁶⁴

Cenová diskriminace, jak již bylo naznačeno, může mít vliv na celkový blahobyt. U jejího prvního stupně o tom však nemá smysl hovořit, jelikož v praxi nemůže téměř nastat. Druhý a třetí stupeň však reálně nastat může a jeho užitím je možno celkový blahobyt zvýšit. U třetího stupně může být příkladem rozdílná cena vstupného do kina pro důchodce, studenty a ekonomicky aktivní obyvatelstvo. Zatímco první dvě skupiny, tzn. důchodci a studenti by si při jednotné ceně lístek do kina třeba dovolit nemohli, ekonomicky aktivní by byli ochotni zaplatit i cenu vyšší. Rozlišením cen pro jednotlivé

⁶¹ MASSIMO, Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004. ISBN 0-521-01691-6. str. 493-494.

⁶² KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 12.

⁶³ GERADIN, Damien, PETIT, Nicolas. *Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?* Journal of Competition Law & Economics [online]. 2006, 2(3), 479-531 [cit. 2018-10-08]. DOI: 10.1093/joclec/nhl013. ISSN 1744-6422. Dostupné z: <http://www.academic.oup.com/jcle/article/2/3/479/872437/PRICE-DISCRIMINATION-UNDER-EC-COMPETITION-LAW>, str. 4.

⁶⁴ PAPANDROPOULOS, Penelope. *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?* [online]. Revue des droits de la concurrence, číslo. 3, 2007, str. 35 [online]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/concurrences_03_2007.pdf. Či KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 13.

skupiny tak podnik, v tomto případě kino, dokáže prodat větší počet lístků a dosáhnout větších tržeb a zisku a zároveň se tím zvýší i užitek skupin, které si při jednotné ceně lístky nemohli dovolit.

Podobného výsledku lze dosáhnout i pomocí druhého stupně diskriminace, tedy například pomocí rabatu, který umožní některým zákazníkům nakoupit výrobky, které by si jinak kvůli jejich vysoké ceně nemohli dovolit. Rabaty tedy mohou zvyšovat celkový blahobyt, jestliže jsou správně nastaveny, tedy zejména dosahuje-li pomocí nich podnik úspor z rozsahu, které potom ve formě slev přenáší na zákazníka. V některých případech však rabaty pouze přesouvají poptávku zákazníka od jednoho podniku k druhému a celkový výstup a blahobyt se nezvyšuje. Naopak. Podniky, které přicházejí o zákazníky, mohou být v důsledku těchto typů rabatů nuceny opustit trh a celková produkce klesne. Dopad rabatů na trh a celkový blahobyt je tedy potřebné zkoumat případ od případu a vzít v potaz velké množství faktorů.⁶⁵

V následujících kapitolách budou proto popsány prosoutěžní a protisoutěžní dopady rabatů.

2.1.2 Prosoutěžní důvody k používání rabatů

Rabaty mohou, ale také nemusí zvyšovat celkový blahobyt. Zpravidla je budou zvyšovat, pokud jejich užitím bude pozitivně ovlivněna hospodářská soutěž a naopak. Existuje několik příznivých vlivů, které nelze zanedbávat, je-li posuzována protisoutěžní povaha věrnostního rabatu, a které v rozhodovací praxi soudů v minulosti nebyly příliš brány v potaz. Ty zastávaly názor, podle něhož dominantní podnik nabízí věrnostní rabaty pouze za účelem vyloučit jiného soutěžitele z trhu.⁶⁶ Nicméně tento názor nenachází v ekonomické teorii oporu, což Komise postupem času zohlednila.⁶⁷

Prosoutěžních důvodů k uplatnění věrnostních rabatů je hned několik. Dřívější judikatura je však nevnímala a umožňovala jejich použití dominantním podnikem pouze v případě jejich odůvodnění snížením nákladů. Taková situace je však v praxi velmi těžko prokazatelná. Většina věrnostních rabatů nebude mít jednoznačný vztah se snížením nákladů dosažených rozšířením výroby v důsledku poskytnutého rabatu.⁶⁸ Princip legality věrnostních rabatů,

⁶⁵ GERADIN, Damien, PETIT, Nicolas, op. cit., str. 5-7.

⁶⁶ O'DONOUGHIE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 464 a 465.

⁶⁷ Viz body 35 a násl. Sdělení (2009).

⁶⁸ O'DONOUGHIE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 465.

jestliže jsou poskytovány z důvodu rozšíření výroby a uskutečnění úspor z rozsahu se však uplatňuje i nadále.⁶⁹ **Judikatura Soudního dvoru Evropské unie, resp. Evropského soudního dvora až příliš zjednodušovala situaci, aby nemusela analyzovat každý případ zvlášť.**

Ekonomové uvádějí celou řadu přínosných důvodů věrnostních rabatů, a to jak pro podniky, tak pro zákazníky. Zde budou rozebrány pouze čtyři z nich – efektivnější úhrada fixních nákladů, motivace pro maloobchodníky k omezení dvojího uplatňování marže a řešení tzv. hold-up situací.⁷⁰ Kromě těchto vybraných důvodů jsou uváděny ještě přínosy v podobě snižování cen v případě oligopolních trhů, zamezení tzv. *free-ridingu*.⁷¹

2.1.2.1 Efektivnější úhrada fixních nákladů

První prosoutěžní efekt souvisí s výše zmíněnou cenovou diskriminací. Jedná se o situace, ve kterých je výroba možná pouze za vynaložení vysokých fixních nákladů a podnik tedy logicky musí stanovit cenu vysoko nad svými mezními náklady, aby fixní náklady mohl uhradit. V takovém případě ale hrozí, že poptávka při takto stanovené ceně nebude odpovídat objemu výroby a podnik nedosáhne zisku. Pomocí cenové diskriminace – například užitím cenových rabatů – může však zisku dosáhnout. Při využití té části poptávky, která je relativně neelastická, dokáže stanovit vysoké ceny nad hladinou průměrných nákladů a tím na za tuto cenu prodaných výrobcích vytvořit zisk. Pro elasticitější část poptávky pak nabídne slevu ve formě rabatu, která sníží původní vysokou cenu pod úroveň průměrných nákladů. Tím sice zisku nedosáhne, ale prodejní cena výrobků je stále nad hladinou mezních nákladů, čímž tyto prodané výrobky „přispívají“ na fixní náklady – uhrazují je.⁷²

Lze si to představit na velmi jednoduchém příkladu:

Příklad 1: Předpokládejme, že poptávka odběratele po určitém výrobku je 10 ks, přičemž za první 3 kusy je ochoten zaplatit 10 euro a za zbylých 7 pouze po 5 eurech. Podnik, který dané výrobky vyrábí, musí vynaložit 30 euro jako fixní náklady, variabilní náklady pak činí 3 eura

⁶⁹ Viz např. [bod 4.5.4 Posouzení Tribunálu](#) ve věci Intel ve čtvrté části práce.

⁷⁰ O'DONOUGH, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 465-468.

⁷¹ FAELLA, Gianluca. *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*. Journal of Competition Law and Economics [online]. 2007, 4(2), 375-410 [cit. 2018-10-08]. DOI: 10.1093/joclec/nhn004. ISSN 1744-6414. Dostupné z: <https://academic.oup.com/jcle/article-lookup/doi/10.1093/joclec/nhn004>, str. 381 a 382

⁷² O'DONOUGH, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 465.

za kus. Mezní náklady budou pro těchto 10 kusů odpovídat variabilním = 3 eura. Průměrné celkové náklady na jeden výrobek tak budou činit $(30+10*3) / 10 = 6$ euro. Aby podnik dosáhl zisku při fixně stanovené ceně, musí ji stanovit nad hladinou průměrných celkových nákladů, tedy například 7 euro. Při takto stanovené ceně se mu však nepodaří prodat více než tři kusy, jelikož za zbylých 7 není odběratel ochoten zaplatit více než po 5 eurech. Podnik tedy prodá výrobky pouze za $3*7 = 21$ euro s celkovými náklady 60 euro a skončí tak ve ztrátě $60-21 = 39$ eur.

Jiného výsledku lze dosáhnout užitím cenové diskriminace. Za předpokladu, že podnik dokáže odhadnout, jak vypadá poptávka po jeho výrobcích, může nastavit odpovídající cenu výrobků tak, aby je prodal všechny. Prodá odběrateli 3 ks po 10 eurech a nabídne mu 50% rabat na zbylé výrobky. Cena za dodatečné výrobky tak bude pro odběratele 5 euro, což odpovídá ceně, jež je za ně ochoten zaplatit a koupí je. Výrobci cena 5 euro za kus sice nepokryje průměrné celkové náklady, které jsou 6 euro za kus, nicméně z každého takto prodaného výrobku bude moci $5-3=2$ eura přispět na fixní náklady.

Výsledné tržby podniku tak budou činit $3*10+7*5 = 65$ euro. Při celkových nákladech za 10 výrobků 60 euro tak dosáhne $65-60 = 5$ euro zisk. Obě strany jsou na tom ve výsledku lépe, neboť odběratel uspokojil celou svoji poptávku a výrobce dosáhl zisku.

Poskytnutí tohoto typu rabatu má tak pozitivní dopad na celkový blahobyt. Naopak jeho znemožnění bude mít efekt výrazně negativní, neboť podnik nebude vyrábět výrobky, na kterých je ztrátový.

2.1.2.2 Motivace pro maloobchodníky

Často zmiňovaným přínosem věrnostních rabatů je efektivní řízení vztahů mezi výrobcem (velkoobchodníkem) a maloobchodníkem a zamezení problému morálního hazardu či tzv. *principal-agent* vztahu. Maloobchodník hraje pro výrobce zásadní roli při prodeji jeho výrobků a svým chováním může významně ovlivnit jejich prodané množství. Aktivitou a ochotou se podrobně informovat o výrobcích, nabízením různých „promo“ akcí a doplňkového sortimentu či snížením cen, dokáže prodat více výrobků než maloobchodník, který je pasivní a prodá tak pouze množství odpovídající poptávce při dané tržní ceně. Maloobchodník však tuto aktivitu bude vyvíjet jenom v případě, že z toho získá dodatečný profit, který bude odpovídat vyvinutému úsilí. Dodatečného a dostatečného profitu, vzhledem k vyvinutému

úsilí, bude snadněji dosaženo, jestliže náklady na dodatečné jednotky budou nižší než náklady za standardní objem výrobků. Velkoobchodník tak svou vůli, aby maloobchodník prodal co nejvíce jeho výrobků může podpořit tím, že mu na dodatečné jednotky (tedy jednotky převyšující objem výrobků, které by prodal bez ohledu na rabat) poskytne drobnou slevu, čímž jej motivuje vyvíjet větší aktivitu.⁷³

Je velmi snadné si toto představit na příkladu:

Příklad 2: Výrobce je přesvědčen, že maloobchodník prodá mezi 500-700 jeho výrobky za měsíc. Cenu pro prvních 500 výrobků může tedy nechat poměrně vysokou, neboť lze předpokládat, že je maloobchodník prodá v každém případě. Aby jej ale motivoval k prodeji dalších jednotek, poskytne mu na ně drobnou slevu, jež sníží jeho náklady a zvýší jeho marži. S perspektivou vyšších zisků tak maloobchodník vyvíjí dodatečnou snahu. Výrobce z toho samozřejmě profituje také, neboť i snížená cena se stále pohybuje nad jeho průměrnými náklady.

Zákazem rabatů per se by tak výrobci museli nastavit jiná motivační schémata, například smluvní, což však v praxi může být obtížně proveditelné.

2.1.2.3 Zamezení dvojí marži

Trochu komplikovanějším protisoutěžním jevem je zamezení dvojí marži. Tento jev se na trhu vyskytuje, jestliže jak dodavatel, tak odběratel maloobchodník mají velmi silné postavení na trhu. Dodavatel, např. dominantní podnik, bude v tomto případě prodávat svoje výrobky za vysoké, monopolistické ceny. Maloobchodník na tyto ceny musí reagovat a aby dosáhl zisku, připočte k nim ještě svoji marži. Tímto způsobem je tak cena výrobků dvakrát nepřiměřeně zvýšena.⁷⁴

Tomuto problému je však možné zamezit správným nastavením systému rabatů. Pro obě strany by bylo výhodnější, pokud by prodávaly více výrobků. Pro dosažení tohoto cíle by však musely snížit ceny, což za daných podmínek ani pro jednoho není výhodné. Použitím vhodného typu rabatů je však možné přinutit dominantní podnik snížit své průměrné ceny pod úroveň monopolistických cen, a zvýšit prodeje maloobchodníka obdobným způsobem jako

⁷³ O'DONOUGH, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 466.

⁷⁴ O'DONOUGH, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 467.

v předcházejícím případě. Na rozdíl od zlepšování služeb však v tomto případě postačí maloobchodníkovi snížit svoji marži, neboť za nižší cenu prodá více výrobků. Pro dosažení takové situace je přitom vhodný systém tzv. retroaktivních rabatů,⁷⁵ který po dosažení určitého množství zlevňuje všechny již odebrané výrobky.⁷⁶

2.1.2.4 Zabránění „hold-up“ problémům

Dalším důvodem, proč nezakazovat rabaty per se může být jejich pozitivní vliv na tzv. hold-up problémy. Zjednodušeně řečeno, hold-up problém může nastat, jestliže 2 entity (podniky) dosahují nejlepších výsledků, jestliže spolupracují. Za účelem této spolupráce je však potřeba, aby jeden z podniků splnil svůj závazek přednostně, tedy například investoval do rozvoje druhého podniku. Taková investice však může být výhodná pouze v případě, že i druhá strana dodrží svůj závazek. Může se tak stát, že první podnik z nejistoty raději nebude do druhého podniku investovat.⁷⁷

V praxi si to lze opět snadno představit na vertikálním vztahu výrobce-maloobchodník, ve kterém má výrobce zájem na tom, aby maloobchodník prodával co největší množství jeho výrobků. Z toho důvodu pro něj může být výhodné investovat do jeho rozvoje, například rozšířením jeho prodejny, zkvalitněním zákaznického komfortu, anebo školením jeho personálu. Problém ovšem nastává po uskutečnění této investice, kdy výrobce nemá žádnou záruku, že maloobchodník bude prodávat jeho produkty a nevyužije například znalosti nabyté školením k prodeji konkurenčních výrobků.

Jedním z velmi efektivních řešení mohou být v tomto případě věrnostní rabaty. Poskytnutím slevy v případě závazku maloobchodníka odebírat určitou část své poptávky od něj, si tento výrobce „zajistí“ svou investici a zamezí jejímu zneužití ve prospěch jiných výrobců. V praxi totiž může být opět velmi obtížné smluvně nastavit a předem určit jednotlivé povinnosti maloobchodníka a stejně tak i následně kontrolovat jejich dodržování. Motivace drobným zvýšením jeho marže se tak může ukázat daleko efektivnější.⁷⁸

⁷⁵ Viz [bod 2.2.2 Individualizované retroaktivní rabaty](#).

⁷⁶ O'DONOUGHÉ, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 467.

⁷⁷ O'DONOUGHÉ, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 467.

⁷⁸ Tamtéž str. 467.

Přesto jsou tyto typy věrnostních rabatů, tedy rabatů, v nichž se odběratel zavazuje k odběru určité části své poptávky od určitého podniku, judikaturou řazeny mezi ty mající největší protisoutěžní následky.⁷⁹ V případě jejich užívání dominantním podnikem mohou mít vylučující efekt a mohou vyloučit ostatní soutěžitele z trhu, případně zabránit vstupu nových nebo jejich vstup na trh ztížit.

Před podrobným rozбором jednotlivých typů rabatů a jejich případných konkrétních dopadů na hospodářskou soutěž budou rozebrány potenciální negativní vlivy na hospodářskou soutěž obecně.

2.1.3 Protisoutěžní dopady rabatů

Jak již bylo výše naznačeno, rabaty mohou mít za určitých podmínek protisoutěžní efekt, pokud jsou uplatňovány podnikem v dominantním postavení. O tom v teorii není pochyb, přestože věrnostní rabaty patří mezi možná nejspornější otázky evropského soutěžního práva.⁸⁰ Obzvláště některé typy rabatů mohou mít závažný protisoutěžní efekt a v krajních případech se jejich účinek dá přirovnat až k exkluzivnímu odběru (*exklusive dealing*).

Nicméně, podmínky, které musí na trhu převládat, aby jakékoliv rabaty mohly mít protisoutěžní efekt jsou poměrně specifické a zdaleka ne ve všech případech, ve kterých je posuzován trh, na němž některý podnik zaujímá dominantní postavení, jsou takové podmínky splněny. Při zkoumání, zda konkrétně nastavené věrnostní rabaty mohou mít protisoutěžní efekt, se často předpokládá, že konkurenční podnik nabízí zcela zastupitelné výrobky, což nemusí být v praxi naplněno. Stejně tak se často neuvažuje, že konkurenční podnik v důsledku velkých investic při vstupu bude vyvíjet zvýšené úsilí se na trhu udržet a vylučujícím praktikám dominantního podniku se všemi způsoby bránit. V poslední řadě, jak bude později ukázáno, tak zejména u některých typů rabatů je nutno rozlišovat, zda dominantní podnik drží alespoň 40% podíl trhu, jež Komise ve svém sdělení (1997)⁸¹ označila jako minimální podíl

⁷⁹ Viz rozhodnutí ve věci Intel v bodě 4.5.5 čtvrté části této práce.

⁸⁰ ZENGER, Hans. *Loyalty Rebates and the Competitive Process*. Journal of Competition Law and Economics [online]. 2012, 8(4), 717-768 [cit. 2018-10-08]. DOI: 10.1093/joclec/nhs023. ISSN 1744-6414. Dostupné z: <https://academic.oup.com/jcle/article-lookup/doi/10.1093/joclec/nhs023>, str. 718.

⁸¹ Sdělení Komise ze dne 9. prosince 1997 o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03).

pro předpoklad dominantního postavení, anebo zda trh dominuje mnohem výrazněji. V praxi bude držení 40% podílu a 90% podílu představovat zásadní rozdíl.⁸²

Nepříznivé účinky rabatu na daný trh se podle Sdělení (2009) Komise k vylučujícím praktikám⁸³ posuzují s ohledem na to, zda jsou schopny vyloučit stejně výkonného soutěžitele z trhu (test stejně výkonného soutěžitele), případně zabránit vstupu nového. **Jedná se principálně o velmi jednoduchý test, který je používán i v případě predátorských cen. Na rozdíl od této praktiky se však při posuzování rabatů není možné omezit pouze na porovnání celkových nákladů a prodejních cen výrobků. V případě některých typů rabatů je nutno provést důkladnější rozbor skutečností v závislosti na mechanismu, jakým jsou rabaty udělovány. Zejména u tzv. retroaktivních rabatů se použití tohoto testu výrazně liší, jelikož dominantní podnik využívá své nesporné části poptávky k udělení slev na tu část poptávky, o jejíž získání usilují i ostatní, menší, podniky. Nicméně, základní princip testu zůstává stejný, tedy zjistit, zdali soutěžitel, jenž vyrábí stejný produkt s nejvýše stejnými náklady není nedovoleným způsobem nucen opustit trh.**

Přestože základní principy testu stejně výkonného soutěžitele jsou poměrně banální, v praxi již jeho provedení tak snadné není. Komise k němu zpravidla potřebuje velké množství dat a do určité míry musí některé prvky odhadovat, čímž vzniká velký prostor pro chybu.

Test stejně výkonného soutěžitele však nebyl vždy určující v posuzování škodlivosti věrnostních rabatů. Na rozdíl od amerického soudního systému, ve kterém převládá v případě posuzování rabatů podle „*rule of reason*“, v právu Evropské unie byly některé typy rabatů dlouho zakazovány *per se*.⁸⁴ Tento formální přístup Komise a soudů EU byl v minulosti velmi kritizován a poslední rozhodnutí ve věci věrnostních rabatů předznamenalo velkou změnu v tomto přístupu.⁸⁵

⁸² O'DONOGHE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 468-470.

⁸³ 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, 2009/C 45/02.

⁸⁴ O'DONOGHE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 489.

⁸⁵ Předzvěstí významné změny je především nedávné rozhodnutí SDEU ve věci Intel viz bod 4.5.5 ve čtvrté části práce. Nejedná se však o poslední rozhodnutí ve věci, jelikož věc byla vrácena tribunálu, tudíž není možné činit pevné závěry.

Rabaty je však nutné podrobněji dělit, neboť každý jejich typ působí na odběratele jinak, a tím pádem má i méně či více škodlivý vliv na konkurenční soutěžitele a na trh obecně.

2.2 Typy rabatů

Základním zdrojem právní klasifikace rabatů jsou *soft law* dokumenty Komise. Je nutno vycházet jednak z již zmíněného Sdělení (2009) týkající se prosazování článku 82 Smlouvy ES (*Commission's Guidelines*), ale také z tzv. *Discussion paper* z roku 2005.⁸⁶ Rabaty lze podle Komise nastavit téměř libovolně a je tedy velmi obtížné je přesně klasifikovat. Základní rozdíl však spatřuje v jejich podmíněnosti. Rozlišuje rabaty podmíněné a nepodmíněné.

Nepodmíněné rabaty jsou poskytovány zpravidla jen vybraným odběratelům nehledě na jejich nákupní chování hlavně z preventivních důvodů. Většinou se jedná o odběratele, u nichž hrozí, že by mohli svou poptávku přesunout k jinému, například zahraničnímu, dodavateli. Oproti tomu *podmíněné rabaty* jsou odběratelům poskytovány na základě předem stanoveného nákupního chování u dodavatele. To může být definováno mnoha způsoby, například jako absolutní množství odebraných produktů, relativní část poptávky odběratele, nárůst odebraného množství odběratele v porovnání s předcházejícím rokem (opět jak relativní, tak absolutní), ale také jako služba poskytnutá odběratelem, například různé promo akce.⁸⁷

Rabaty mohou, ale také nemusí mít protisoutěžní efekt. Není tedy možné je paušálně považovat za nedovolené. Je nutné je podrobněji analyzovat a rozdělit do více skupin, z nichž některé za určitých okolností mohou mít protisoutěžní charakter a mohou vést až k ohrožení nebo vyloučení stejně výkonného soutěžitele.

Do skupin jsou především rozdělovány podmíněné rabaty, a to podle formulace podmínky, tedy podle typu chování vyžadovaného dodavatelem. I v tomto případě je Komise v *Discussion paper* rozdělna na dva hlavní typy. Rozlišuje, zda případná sleva při splnění podmínek bude udělna na všechny výrobky, které klient od dodavatele odebral a odebere v určitém období (*rebates on all purchases*), anebo pouze na ty, které teprve odebere

⁸⁶ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Prosinec 2005, [online]. Dostupné pouze v anglickém jazyce z: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

⁸⁷ Bod 137 Discussion paper.

(*incremental rebates*). Především ty první, tedy rabaty na všechny jednotky (retroaktivní rabaty), mohou mít velký vliv na ostatní soutěžitele, jelikož odběratele motivují tím více, čím blíže se objem jeho nákupů blíží povinnému množství odběru stanoveného dodavatelem. Pokud totiž odebere požadované množství, získá zpětně slevu i na výrobky, které již odebral. Ochota zásobovat se i u jiného dodavatele bude tedy značně omezena, neboť čím větší část své poptávky u něj uspokojí, tím méně nakoupí u dominantního podniku. To může mít za následek ztrátu možnosti rabatu, jelikož nedosáhne na požadované množství dominantního podniku, a zároveň ztrátu zákazníků ostatních dodavatelů, kteří mohou být donuceni opustit trh.⁸⁸

Toto rozdělení je však pouze základní a zdaleka ne postačující. Odborná literatura, ale i judikatura, podmíněné rabaty dále člení hned do několika skupin, jež mohou, ale také nemusí mít vliv na hospodářskou soutěž.⁸⁹ Nedávné rozhodnutí Tribunálu ve věci Intel pracuje s obecným rozdělením do 3 skupin podle jejich posouzení pod optikou článku 102 SFEU. Zaprvé hovoří o tzv. systémech množstevních slev, vázaných pouze na objem nákupů, které jsou obecně považovány za dovolené, pokud umožňují dodavateli dosahovat úspor z rozsahu, zadruhé o slevách za výlučný odběr, které jsou *per se* považovány za zakázané a konečně o slevách poskytovaných podle zvláštních kritérií, u nichž je nezbytné provést hlubší analýzu, aby bylo možné mluvit o protisoutěžním účinku.

Odborná literatura však rozděluje rabaty, které byly předmětem rozhodovací praxe soudů do čtyř hlavních kategorií – rabaty spojené s exkluzivním odběrem, individualizované retroaktivní rabaty, standardizované retroaktivní rabaty a přírůstkové rabaty.⁹⁰ S tímto rozdělením bude v následujících podkapitolách pracováno, jelikož na něm lze nejlépe demonstrovat, které typy rabatů mohou mít protisoutěžní účinek a které jsou naopak neškodné.

2.2.1 Přírůstkové rabaty

Přírůstkové rabaty jsou množstevní slevy poskytované odběratelům na všechny jednotky odebrané nad stanovený množstevní práh. Sleva se tedy nevztahuje na všechny zakoupené jednotky (retroaktivní rabaty), ale pouze na ty, které zákazník odebere nad určitým limitem.

⁸⁸ Body 151-170 Discussion paper.

⁸⁹ Viz např. Rozsudek Tribunálu ze dne 12. června 2014 ve věci Intel proti Komisi, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, body 75-78 anebo O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 472.

⁹⁰ Tamtéž str. 472.

Dodavateli tento typ rabatu umožňuje prodat první jednotky, u nichž je poptávka nejméně elastická za vyšší ceny a zvýšit tím svoji marži. S rostoucí elasticitou poptávky bude dodavatel postupně udělovat větší rabaty, aby jí získal co nejvíce.⁹¹

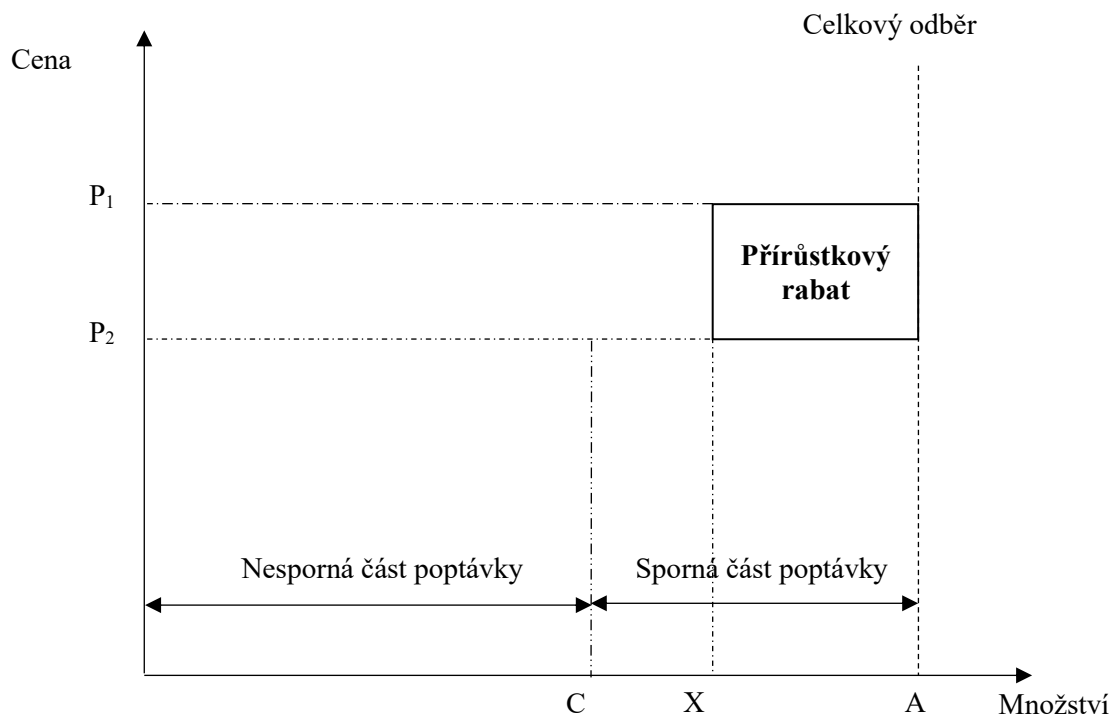
Na rozdíl od retroaktivních rabatů, tento typ nebude mít významný dopad na ostatní soutěžitele, jelikož sleva je poskytnuta pouze na dodatečné jednotky. Ostatní soutěžitelé tak mohou přizpůsobit své ceny cenám dominantního podniku a soutěžit tak o spornou část poptávky.⁹² **Dominantní podnik naopak nebude moci využít nesporné části poptávky po svých výrobcích k tomu, aby odběratele přinutil u něj uspokojovat i tu spornou část tak, jak je tomu v případě retroaktivních rabatů.**

Schéma tedy bude vypadat následovně. **Příklad 3:** Odběratelova celková poptávka je rovna objemu A , z níž u dominantního podniku vždy uspokojí poptávku v objemu C (nesporná část). Výrobky v této nesporné části poptávky budou dominantním podnikem prodávány za cenu P_1 . Dominantní podnik však nastaví cenu P_2 pro všechny výrobky, které budou odebrány nad určitou množstevní hranici X , která se bude pohybovat mezi nespornou částí poptávky a celkovou poptávkou, viz Obrázek 1 níže.⁹³

⁹¹ O'DONOUGHIE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 472.

⁹² Tamtéž str. 484.

⁹³ Tamtéž str. 484.



Obrázek 1 – Přírůstkové rabaty.⁹⁴

Škodlivost tohoto typu rabatů tak může být namítána pouze v případě, kdy cena po poskytnutí rabatu je tak nízká, že ji lze kvalifikovat jako predátorskou (viz výše), což je popsáno i v dokumentech Komise.⁹⁵ Komise ve Sdělení (2009) dále uvádí, že v případě posuzování dopadů přírůstkových rabatů na hospodářskou soutěž pomocí AEC testu, budou obvykle posuzovány pouze nákupy nad stanovenou množstevní hranici.⁹⁶

Tento typ rabatů byl v roce 2007 Komisí posuzován v rámci případu *Velux*.⁹⁷ Velux – výrobce střešních oken byl obviněn svým polským konkurentem Fakro z uplatňování rabatů a dalších praktik, jež měly za cíl bránit jeho odběratelům u něj nakupovat.⁹⁸ V rámci vyšetřování

⁹⁴ Vlastní tvorba podle O'DONOGHE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 484.

⁹⁵ Bod 168 Discussion paper „once it is established that the dominant company grants conditional rebates only on incremental purchases and where the threshold is set in terms of a percentage of total requirements of the buyer or an individualised volume target, the Commission will conclude that the rebate system constitutes an abuse only if the resulting price for these incremental purchases is a predatory price”.

⁹⁶ Bod 42. Sdělení Komise 2009.

⁹⁷ Řízení s číslem COMP/39.451 — Velux, řízení však bylo zastaveno a jediné odůvodnění je obsaženo v Case AT. 40026 – Velux [online], dostupné z: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40026/40026_850_3.pdf.

⁹⁸ ALBAEK, S. CLAICI, A. *The Velux case – an in-depth look at rebates and more* [online]. Competition policy newsletter. No. 2, 2009, Dostupné z: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_10.pdf, str. 44.

Komise detailně zkoumala systém přidělování rabatů, který vypadal při katalogové ceně 100 eur následovně:

Počet jednotek	Výše rabatu v %	Maximální možný rabat
0-99	0	0
100-199	0,5	50
200-299	1	100
300-399	1,5	150
400-499	2	200
500-599	2,5	250
600-699	3	300
700-799	3,5	350
800-899	4	400
900-999	4,5	450
1000+	5	500

Tabulka 1 – Schéma rabatů ve věci Velux.⁹⁹

Takové schéma přidělování rabatů však nebylo Komisí shledáno jako protisoutěžní i vzhledem k tomu, že maximální výše rabatu činila 5 % a bylo tak velmi nepravděpodobné, že by ostatní podniky nemohly o danou část poptávky soutěžit.¹⁰⁰

2.2.2 Individualizované retroaktivní rabaty

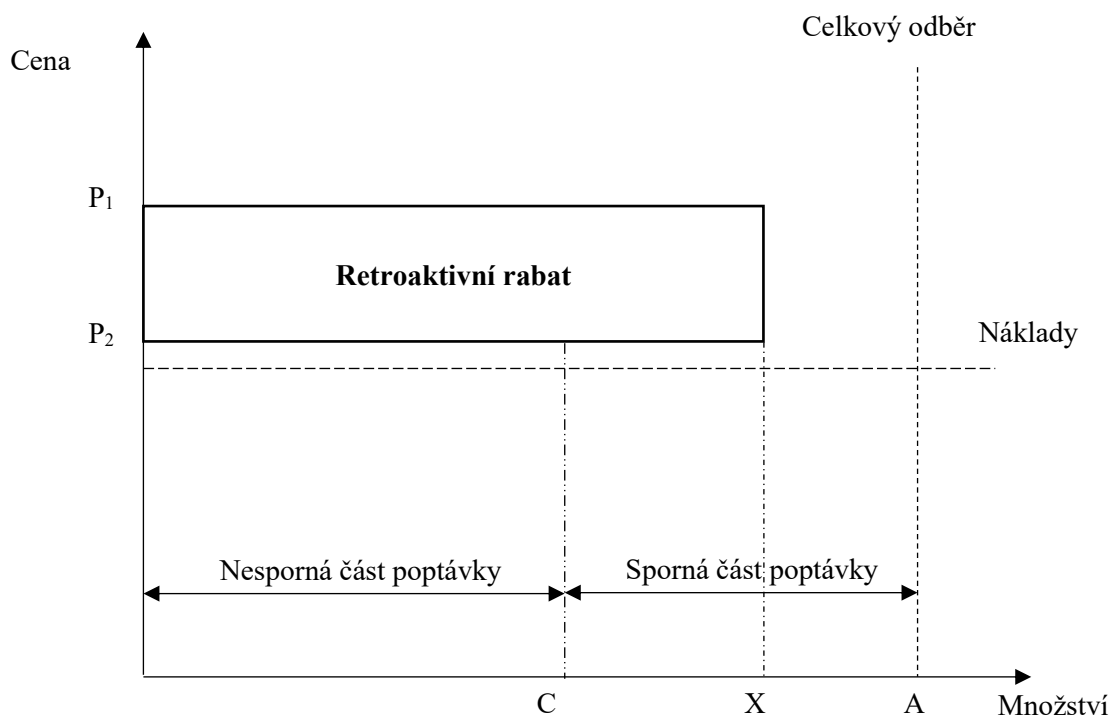
Mnohem komplikovanějšími, z hlediska posuzování dopadu na hospodářskou soutěž jsou tzv. *all-unit* rabaty neboli retroaktivní rabaty. Pokud podnik uplatňuje tento systém, udělí svému odběrateli při splnění podmínky objemu odebraného množství slevu nejen na jednotky, které jsou odebrány nad požadovaný práh, ale i na jednotky, které již byly za dané období odebrány. Výsledná průměrná cena odebraných výrobků tím tedy výrazně klesne. Takovému stavu nemusí být konkurenční podniky schopny vzdorovat, neboť aby zajistily odběrateli stejné cenové podmínky jako u dominantního podniku, budou mu muset kompenzovat i případnou ztrátu rabatu u dominantního podniku.

Dominantní podnik zde tak plně využívá výhod svého silného postavení, jelikož je schopen rabat rozložit na větší objem výrobků, než by toho byl schopen menší soutěžitel. Dominantní

⁹⁹ Tvorba autora podle O'DONOUGHÉ, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 481.

¹⁰⁰ O'DONOUGHÉ, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 486.

podnik totiž využije tu část poptávky, kterou u něj odběratelé musí za každých okolností odebrat – tzv. nespornou část poptávky (viz výše).¹⁰¹



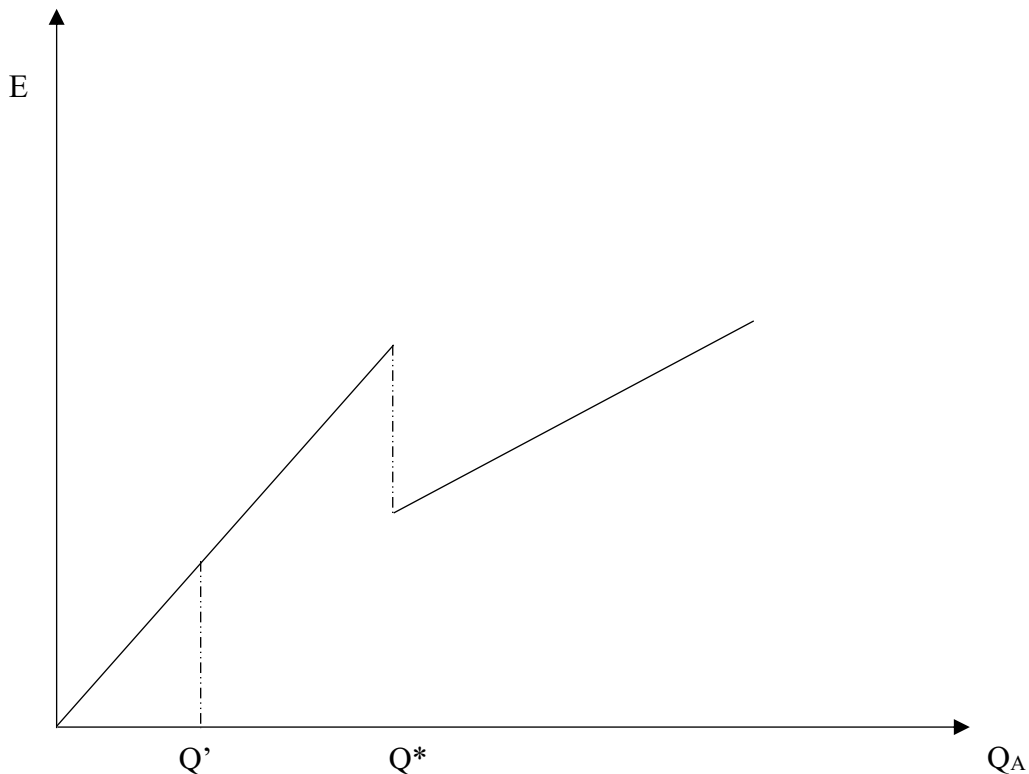
Obrázek 2 – Retroaktivní rabaty – sporná a nesporná část poptávky.¹⁰²

V případě uplatnění tohoto schématu přidělování rabatů se dramaticky mění vývoj mezní ceny za dodatečnou jednotku produktu. V situaci, kdy odběratele dělí od dosažení množstevního prahu poslední jednotka, její efektivní cena výrazně klesne. To je způsobeno tím, že v případě jejího odběru se zlevní všechny jednotky již odebrané a odběratel tím získá zpět část jejich ceny.¹⁰³ Jeho celkové náklady na odběr jsou tímto vývojem výrazně ovlivněny. Zatímco v případě uniformních cen či v případě uplatňování přírůstkových rabatů je funkce celkových nákladů rostoucí a spojitá, při poskytnutí retroaktivních rabatů bude mít funkce následující průběh:

¹⁰¹ Sdělení (2009) Komise bod 38: „Podmíněný rabat, který je přiznán dominantním podnikem, může tomuto podniku umožnit, aby využil „nespornou“ část poptávky každého zákazníka (tj. množství, které by zákazník každopádně od dominantního podniku koupil) jako páku ke snížení ceny, která má být zaplacená za „spornou“ část poptávky“.

¹⁰² Tvorba autora podle O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 479.

¹⁰³ ZENGER, Hans, op. cit., str. 744-745.



Obrázek 3 – Retroaktivní rabaty – vývoj celkových nákladů.¹⁰⁴

Při celkové poptávce Q_A a celkových nákladech E bude (dominantním) podnikem stanoven retroaktivní rabat při odběru množství Q^* a více. Pokud odběratel za stanovené situace neodebere množství Q^* bude mu fakturována katalogová cena. Získává tedy velkou motivaci svou další poptávku uspokojovat u stejného podniku, aby dosáhl na požadované množství odběru a získal rabat.¹⁰⁵ Při překročení množství Q^* mu podnik část zaplacené ceny za všechny jednotky vrátí, čímž sníží průměrnou cenu (p^*). Celkové náklady se tím pádem rovněž sníží, neboť jsou rovny součinu odebraného množství a průměrné ceny.

Extrémně zjednodušeně by takové schéma v praxi mohlo být nastaveno například následovně

Příklad 4: při odběru množství do 1000 jednotek bude uplatněna katalogová cena $p^l = 100$ eur. Při odběru množství nad 1000 jednotek bude poskytnut rabat ve výši jednoho procenta na všechny jednotky. Při odběru maximálního množství za katalogovou cenu p^l , $Q_1 = 1000$ ks, výsledné náklady E_1 tak budou rovny součinu $p^l \cdot Q_1 = 100 \cdot 1000 = 100\,000$. Při odběru

¹⁰⁴ Tvorba autora podle ZENGER, Hans, op. cit., str. 743.

¹⁰⁵ Tamtéž str. 743.

$Q_2 = 1001$ ks však cena P_2 nebude p^l , nýbrž $P_2 = p^l * 0,99 = 99$ eur. Celkové náklady E_2 tak budou rovny $E_2 = Q_2 * P_2 = 1001 * 99 = 99\ 099$. Paradoxně je tak pro odběratele výhodnější nakoupit více jednotek, jelikož za ně ve výsledku zaplatí méně. To je jasně viditelné i z grafu, kde celkové náklady při odebraném množství Q' a Q^* jsou stejné. Efektivní cena za množství mezi Q' a Q^* je v tomto případě nulová.¹⁰⁶

Velmi nízká efektivní cena má výrazný vliv na rozhodování odběratele, u koho svoji poptávku uspokojovat, a tento jev je označován jako tzv. sací efekt (*suction effect*)¹⁰⁷ retroaktivních rabatů. Ten nutí odběratele odebrat tím více, čím více se blíží danému množstevnímu prahu. Jak již bylo naznačeno, poslední jednotka, která bude nezbytná k dosažení požadovaného prahu má tedy velmi nízkou efektivní cenu a v extrémních případech i zápornou.¹⁰⁸ Záporná cena pochopitelně nemůže pokrýt náklady výrobce a působí jako predátorská podobně jako v případě praktiky predátorských cen (viz výše), přestože průměrná cena za jednotku predátorská nebude. Samozřejmě vše je závislé i na výši rabatu samotného. Čím vyšší sleva bude udělena, tím nižší bude cena za kritickou dodatečnou jednotku.¹⁰⁹

Tato cena za kritickou ale i další jednotky těsně před množstevním prahem lze vyjádřit poměrně jednoduchým vzorcem:

Rovnice 1 – Cena za dodatečnou jednotku.¹¹⁰

$$p^i = p^l \frac{[X^m - (r * X^t)]}{X^m}$$

Kde:

p^i = cena za dodatečnou jednotku (jednotky)

p^l = katalogová cena

r = míra rabatu, jež nabývá hodnot 0 až 1

¹⁰⁶ ZENGER, Hans, op. cit., str. 743.

¹⁰⁷ Volně přeloženo z anglického jazyka.

¹⁰⁸ ZENGER, Hans, op. cit., str. 743.

¹⁰⁹ KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 22.

¹¹⁰ Převzato z KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 22.

X^m = počet jednotek nezbytných k dosažení rabatu

X^t = celkové množství, za které je udělován rabat

Uplatníme-li tento vzorec na příkladu s rabatem udělovaným za nákup nad 1000 jednotek, proměnné nabydou následujících hodnot: $p^l = 100$; $X^m = 1$; $r = 0,01$; $X^t = 1001$. Cena kritické dodatečné jednotky pak bude vyjádřena následovně:

$$p^i = 100 \frac{[1 - (0,01 * 1001)]}{1} = 100 \frac{- 9,01}{1} = - 901$$

Pro dané schéma bude tedy cena za poslední jednotku záporná. V tomto případě však bude záporná cena nejen za poslední jednotku, ale i za další jednotky před dosažením prahu. Jejich počet lze zjistit položením $p^i = 0$ a vyjádřením X^m . Rovnice bude mít po zjednodušení následující tvar:

$$X^m = r * X^t = 0,01 * 1001 = 10,01$$

Z následujícího vyplývá, že posledních 10 jednotek tedy bude moci odběratel pořídit za zápornou cenu. Tento velmi zjednodušený příklad ilustruje, jakým způsobem mohou dominantní podniky vyvíjet tlak na odběratele, aby u nich odebíral více výrobků. Právě těmto cenám budou muset ostatní soutěžitelé konkurovat. Je tedy zcela zjevné, že v případě záporných efektivních cen dominantnímu podniku konkurovat nelze a soutěžitelům tak v dlouhodobém horizontu nezbyvá než opustit trh. V případě jiných než záporných cen sice možnost vzdorovat existuje, avšak menší soutěžitel by musel odběrateli kromě nízké ceny za výrobky ze sporné části poptávky (tedy té, o kterou je možnost soutěžit, na rozdíl od nesporné části, již jsou odběratelé z různých důvodů nuceni uspokojit u dominantního podniku) vykompenzovat i ztrátu rabatu a zdražení všech jednotek pod množstevním prahem.¹¹¹

Dominantní podnik může tento efekt ještě umocnit za použití své nesporné části poptávky tím, že nastaví katalogové ceny velmi vysoko a současně s nimi zvedne i míru slevy při poskytnutí rabatu. Odběratelé od něj budou i tak nuceni odebrat nespornou část poptávky. Jejich motivace

¹¹¹ MAIER-RIGAUD, Frank, VAIGAUSKAITE, Dovile. Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information [online]. EC Competition Policy Newsletter, No. 2, 2006. Dostupné z: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_2_19.pdf., str 22.

uspokojovat i spornou část však výrazně vzroste, jelikož v případě překročení prahu efektivní cena klesne ještě výrazněji.¹¹²

Tyto ceny je nutné porovnat s náklady dominantního podniku a na základě toho rozhodnout, zda stejně výkonný soutěžitel dokáže za těchto podmínek dlouhodobě setrvat na trhu¹¹³ (viz třetí část práce a test stejně výkonného soutěžitele). To potvrzuje i Komise ve svém Sdělení (2009): „Komise zamýšlí přezkoumat (jsou-li dostupné a spolehlivé příslušné údaje), může-li systém rabatů zamezit rozšíření nebo vstupu i stejně výkonných soutěžitelů tím, že jim ztěžuje uspokojení části požadavků jednotlivých zákazníků.¹¹⁴

2.2.3 Standardizované rabaty

Standardizované rabaty vlastně nepředstavují samostatnou kategorii s ohledem na jejich působení na trh. Projevují se *de facto* jako individualizované retroaktivní rabaty a odlišují se pouze tím, že na rozdíl od nich nejsou určeny podle jednotlivých poptávek odběratelů. Standardizované rabaty mají nastaveny množstevní prahy pro všechny zákazníky stejně a zdánlivě by tak měly mít menší protisoutěžní efekt, jelikož přesně nekorespondují poptávkám odběratelů a jejich „sací“ efekt není takový.¹¹⁵

Tento efekt může být ale na druhou stranu posílen tím, že dominantní podnik nastaví více stupňů rabatů či jednotlivé množstevní prahy tak, aby pokrývaly poptávky co největšího počtu odběratelů. V takovém případě se budou tyto rabaty chovat podobně jako individualizované retroaktivní rabaty a v některých případech dokonce totožně. Právě to byl jeden z důvodů, proč byl tento systém rabatů shledán zneužitím dominantního postavení ve věci *Michelin II*, přestože do té doby se tento typ rabatů toleroval. Michelin zavedl velmi podrobný systém standardizovaných rabatů, který obsahoval v některých letech i okolo šedesáti různých množstevních prahů. Spolu s dalšími typy rabatů jej tak Komise v tomto případě posoudila jako věrnost-vyvolávající a jako zakázané. Obecně je však pro posouzení tohoto typu rabatu nutné posoudit další okolnosti.¹¹⁶

¹¹² KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 24 či sdělení (2009) komise bod 42: „Čím nižší je odhadovaná efektivní cena pro příslušné rozpětí v porovnání s průměrnou cenou dominantního dodavatele, tím větší je účinek zvyšující věrnost zákazníků.“

¹¹³ O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 479.

¹¹⁴ Bod 40. Sdělení (2009) Komise

¹¹⁵ O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 472.

¹¹⁶ Tamtéž str. 489. Viz rozhodnutí [Michelin II](#) bod 4.3 této práce.

2.2.4 Rabaty spojené s exkluzivním nebo skoro exkluzivním odběrem

Kromě rabatů, jejichž udělení je podmíněno odebráním určitého množství výrobků, jež je stanovenou absolutně, lze podmínit jejich udělení i relativně k poptávce odběratele. V takovém případě dominantní podnik stanoví odběrateli část jeho poptávky, kterou musí nutně u dominantního podniku odebrat.¹¹⁷ V závislosti na poměru k jeho celkové poptávce lze hovořit o podmínce exkluzivního (100 % odběratelovy poptávky) či skoro exkluzivního odběru (<100 %). Paralela s exkluzivním odběrem je zde evidentní (viz výše).

V rámci soutěžního práva EU je pro tento typ rabatů výchozím rozhodnutí ESD *Hoffmann-La Roche* z roku 1976.¹¹⁸ V té době největší světový výrobce vitamínů Roche uděloval svým odběratelům rabaty v rozmezí 1-5 % v případě, že od něj v uplynulém roce uspokojili celou svoji poptávku, anebo její významnou část. Součástí dohod s odběrateli byla i tzv. *english clause*, tedy ustanovení spočívající v povinnosti odběratelů oznámit Roche, že dostali nabídku od jiných dodavatelů. Evropský soudní dvůr v dané věci rozhodl, že dominantní podnik, který uvazuje své zákazníky od něj odebrat veškerou jejich poptávku nebo její většinu se dopouští zneužití dominantního postavení. Zároveň uvedl, že nezáleží na tom, zda je za takový závazek poskytnuté nějaké protiplnění ve formě rabatu či nikoliv, tudíž s těmito rabaty naložil stejně jako s výhradními odběry.¹¹⁹

Zákaz *per se* rabatů spojených s exkluzivním nebo skoro exkluzivním odběrem (ale i dalších typů věrnostních rabatů) byl orgány EU mnohokrát uplatněn v následujících letech.¹²⁰ Tento přístup byl dlouhodobě kritizován¹²¹, avšak zůstal de facto nezměněn i přes Sdělení Komise z roku 2009, které popsalo nový, více ekonomický, přístup k posuzování exkluzivních a věrnostních rabatů.¹²² Zásadní změnu v přístupu předznamenalo až velmi nedávné rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Intel*¹²³, v němž Soudní dvůr zrušil předchozí rozhodnutí Tribunálu. Tribunál totiž odmítl přezkoumávat ekonomickou analýzu exkluzivních rabatů udělovaných

¹¹⁷ ZENGER, Hans, op. cit., str. 755.

¹¹⁸ O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 473.

¹¹⁹ Tamtéž a také bod 89 Rozhodnutí Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 19. dubna 2012, Tomra Systems ASA a další v. Evropská komise, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221.

¹²⁰ PETIT, Nicolas. *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*. European Competition Journal [online]. 2015, 11(1), 26-68 [cit. 2018-10-08]. ISSN 17441056. Dostupný z: <https://www.tandfonline.com.ezproxy.is.cuni.cz/doi/abs/10.1080/17441056.2015.1033215>, str. 28.

¹²¹ ZENGER, Hans, op. cit., str. 720.

¹²² ¹²² PETIT, Nicolas. *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, op. cit., str. 28.

¹²³ Viz bod 4.5.4 [Posouzení Soudního dvora](#) ve čtvrté části práce.

Intelem, kterou provedla Komise s tím, že tento typ rabatů je považován za protisoutěžní *per se*. Soudní dvůr však tento argument odmítl a vrátil tribunálu případ k novému rozhodnutí. Předznamenal tak nejspíše nový, praktický přístup k exkluzivním a věrnostním rabatům.¹²⁴

2.3 Rabaty jako zneužití dominantního postavení

Přestože mnohými odborníky jsou popisovány nesporné výhody rabatů s ohledem na hospodářskou soutěž a celkový blahobyt¹²⁵ a i v dřívějších kapitolách byly některé z nich uvedeny, je stejně tak nesporné, že mohou být zneužity k protisoutěžním cílům.¹²⁶ V případě nastavení účinného schématu jejich přidělování podnikem v dominantním postavení mohou motivovat zákazníky neodebírat od konkurence a tím ji poškodit či úplně vyloučit. Některé základní mechanismy byly popsány v předchozí kapitole a bude s nimi dále pracováno v části týkající se testu stejně výkonného soutěžitele. Právě tento test je jedním z opatření Komise sloužící k posuzování kompatibility jednání dominantních podniků v rámci boje s praktikami vylučující ostatní soutěžitele z trhu. V otázce kompatibility rabatů (věrnostních rabatů) udělovaných dominantními podniky však postoj Komise v minulosti neodpovídal jejich možnému hospodářskému přínosu, když byly de facto zakazovány *per se*. Její Sdělení (2009) mělo přinést zásadní změnu v jejím vnímání této praktiky, nicméně tato změna bezprostředně nenastala, když Komise dále zachovávala formalistický přístup (viz výše). Očekávaná změna ze strany orgánů EU tak nejspíše nastala až v již zmíněném rozhodnutí *Intel* ze září 2017. V následujících kapitolách bude tedy nejprve popsán postoj Komise a soudů EU k této praxi v minulých letech a následně vysvětlena současná pozice orgánů EU i s ohledem na rozhodnutí soudu ve věci *Intel*.

2.3.1 Posuzování rabatů před vydáním Sdělení (2009) Evropskou komisí

V právu Evropské unie (a jejích právních předchůdců), na rozdíl například od Spojených států, byl dlouho prosazován formalistický přístup k věrnostním rabatům a jiným vylučujícím

¹²⁴ BATCHELOR, Bill, REAL, Sophia, MCKENZIE, Baker. *A practical approach to rebates*. Practical Law UK Articles [online]. 2018(010-9828), 1-12 [cit. 2018-10-09]. Dostupné z: https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2017/10/ar_antitrust_approachrebates_oct17.pdf?la=en.

¹²⁵ ZENGER, Hans, op. cit.; KIRNER, Tomáš, op. cit., O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 464-468; SPECTOR, D. Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason. *Competition Policy International*, 2005, 1.2: 89-114 [online]. Dostupné z: <http://www.cepremap.fr/depot/docweb/docweb0514.pdf>.

¹²⁶ ZENGER, Hans, op. cit., str. 744.

praktikám. Samotná schopnost rabatů vyvolat věrnost zákazníků odůvodňovala zákaz věrnostních rabatů jako praktiky s odkazem na zvláštní odpovědnost dominantního podniku nezneužívat svého postavení a nebránit vstupu nových soutěžitelů na trh. Postupně byla stanovena 4 kritéria, podle nichž se věrnostní rabaty udělované dominantním podnikem posuzovaly a jejichž naplnění způsobovalo neslučitelnost s unijním soutěžním právem: I) věrnost-vyvolávající efekt, jenž může bránit vstupu nových anebo stěžovat setrvání stávajících soutěžitelů; II) diskriminační povaha; III) nespravedlnost a IV) tendence členit trh.¹²⁷

I) Věrnost-vyvolávající efekt. Podle ustálené rozhodovací praxe¹²⁸ k neslučitelnosti rabatů s ustanovením článku 102 SFEU stačilo, jestliže tyto směřovaly k omezení volnosti nakupujícího zvolit si své obchodní partnery, čímž bránily ostatním soutěžitelům na trh vstoupit anebo na něm setrvat.¹²⁹ Za neslučitelné tak nebyly považovány pouze rabaty, které ustavovaly výhradní anebo téměř výhradní odběr, nýbrž i ostatní typy rabatů, které svou podmíněností (i třeba jen čistě množstevními prahy) zvyšovaly věrnost zákazníků odebírat u stejného dominantního podniku. Neoddělitelnou součástí věrnost-vyvolávajících rabatů je i referenční doba, během které jsou rabaty poskytovány. Zpravidla čím delší je doba, za kterou se věrnostní rabaty udělují a čím více z ní uplynulo, tím větší je tlak na zákazníky, aby odebírali od stejného dodavatele, neboť šance dosáhnout slevy se zvyšuje.¹³⁰ Obecně však množstevní rabaty (přestože udělované dominantním podnikem) Komisí pochopitelně postihovány být nemohly. Ta tak nastavila základní princip, dle něž množstevní slevy či rabaty mohou být dominantním podnikem udělovány, jestliže odrážejí jeho vyšší efektivitu výroby při větších objemech produkce.¹³¹

II) Diskriminační povaha. Přestože věrnostní rabaty spadají do pole působnosti písmena b) článku 102 SFEU (omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor

¹²⁷ FAELLA, Gianluca, op. cit.

¹²⁸ Srov. Rozhodnutí ve věci [Hoffman-La Roche](#) v bodě 4.1 [Hoffman-La Roche](#) ve čtvrté části práce či rozhodnutí European Sugar Industry - Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. prosince 1975 ve věci Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others proti Komisi Evropských společenství, spojené případy, ECLI:EU:C:1975:174.

¹²⁹ V některých případech byly posouzeny jako mající vylučující efekt i rabaty, během jejichž udělování podíl dominantního podniku na trhu zůstal nezměněn, anebo se dokonce snížil. Viz FAELLA, Gianluca, op. cit., str. 387.

¹³⁰ Viz bod 287 Rozhodnutí Komise ve věci *Michelin II*: „It is inherent in any system of rebates granted on the basis of quantities sold during a relatively long reference period that pressure increases on the purchaser, at the end of the reference period, to achieve the level of purchases necessary for obtaining the rebate.

¹³¹ FAELLA, Gianluca, op. cit., str. 387.

spotřebitelů)¹³², orgány EU je spojovaly i s písmenem c) tohoto článku (uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži). A to právě z důvodu jejich diskriminační povahy, která se nezakládá na žádných legitimních důvodech. Ve většině případů tak věrnostní rabaty byly posouzeny jako diskriminační, zejména pak v případech, kdy jsou pro jednotlivé odběratele stanoveny množstevní prahy pro udělení rabatu individuálně.¹³³ Za takových okolností bylo na dominantním podniku, aby prokázal, že rozdílné jednání s odběrateli je odůvodněné, například určitými službami tím či oním odběratelem poskytnutými. Neobstála však odůvodnění ekonomickou teorií o pozitivním vlivu cenové diskriminace na celkový blahobyť, jež byla v dřívějších kapitolách ukázána.¹³⁴

III) Nespravedlnost. Tento bod je úzce spjat s bodem předcházejícím a do určité míry je i nadbytečným. Komise argumentovala nespravedlností věrnostních rabatů v případě *Michelin II*.¹³⁵ Zmiňovala především nepřehlednost systému udělování rabatů pro odběratele a také velkou míru volného uvážení ze strany Michelinu v otázce uplatnění daného schématu.¹³⁶ To mělo podle ní za výsledek zvýšení tlaku na distributory, a ještě větší vylučující a věrnost-vyvolávající efekt.¹³⁷

IV) Členění trhu. Posledním kritériem, prezentovaným Komisí v rozhodnutí *Michelin II*, byl vliv věrnostních rabatů na členění trhu a bránění zahraničnímu dovozu v rámci zemí Evropské unie. To bylo způsobeno tím, že do odkoupených objemů nezbytných pro udělení rabatu byly započítávány pouze jednotky nakoupené v rámci jednoho státu (v tomto případě Francie) od lokálního dodavatele. Nicméně stejně jako nespravedlnost i kritérium členění trhu se zdá pouze jako doplňkové, ne-li redundantní. Pokud je dosaženo závěru, že daná praktika není schopna vyloučit ostatní soutěžitele, není potřeba zásah proti ní opravňovat cílem integrovaného společného trhu EU.¹³⁸

¹³² O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2006) op. cit., Úvodní slovo edice, str. vii.

¹³³ Přestože tomu tak nebylo například v rozhodnutí *Michelin I*, jak bude v poslední části práce ukázáno v bodě [4.2 Michelin I](#).

¹³⁴ FAELLA, Gianluca, op. cit., str. 391.

¹³⁵ Rozhodnutí Komise ze dne 20. června v řízení dohledně článku 82 Smlouvy, ES 2002/405/EC, (COMP/E-2/36.041/PO — Michelin).

¹³⁶ Viz body 219 a násl. resp. body 250 a násl. tohoto rozhodnutí.

¹³⁷ FAELLA, Gianluca, op. cit., str. 390.

¹³⁸ Tamtéž str. 390.

Věrnostní rabaty byly evropskými orgány označovány za umělá narušení soutěžního procesu, jež by se neměla v dobře fungující soutěži vyskytovat.¹³⁹ Jediný typ rabatů, který nebyl jako takový označen za zakázaný, musel splňovat čtyři podmínky: I) pro jeho získání stačilo odebrat určité množství výrobků, II) toto množství nebylo určováno jednotlivě pro každého zákazníka zvlášť, ale pro všechny stejně (standardizované rabaty), III) byl udělován pouze na další odebrané jednotky (přírůstkový rabat) a nikoli i na jednotky již odebrané (retroaktivní rabat), IV) jeho udělení muselo odrážet snížení nákladů plynoucí ze zvýšení rozsahu výroby dominantním podnikem. Zejména čtvrtá podmínka se neopírá o reálné ekonomické základy, neboť rabaty nemohou zcela jednoznačně odrážet úspory získané rozšířením výroby¹⁴⁰, a rovněž je naivní představa, že se konkurenční podniky každodenně střetávají v soutěži o jednotlivé poptávky.¹⁴¹

Jedním z možných důvodů, proč evropské orgány původně zaujaly tento formalistický přístup a odmítaly ekonomická zdůvodnění věrnostních rabatů, mohla být i obava z velkého množství neurčitých ekonomických tvrzení údajně odůvodňujících uplatnění určitého schématu přidělování rabatů. V takových případech by pak bylo povinností soudů se se všemi těmito zdůvodněními vypořádat, což by mohlo být jen velmi těžce zpracovatelné. Zároveň by takové posuzování a vyvažování každého případu jednotlivě mohlo mít negativní vliv na předvídatelnost rozhodnutí a právní jistotu.¹⁴²

Krokem ve vývoji směrem k více ekonomickému přístupu byl Discussion paper Komise z roku 2005, v němž Komise začala rozlišovat mezi jednotlivými druhy rabatů (retroaktivní rabaty jsou považovány za věrnost-vyvolávající, naopak na přírůstkové rabaty Komise začala uplatňovat test nákladů jako u predátorských cen). Rovněž uvedla, že riziko pro hospodářskou soutěž spočívá v zneužití neelastické části poptávky dominantním podnikem k získání její elastické (sporné) části.¹⁴³

V Discussion paper Komise popisuje i test vlivu věrnostních rabatů na konkurenta nově vstupujícího na trh. V něm porovnává velikost části poptávky odběratelů, kterou by nově vstoupivší soutěžitel měl získat za předpokladu, že efektivní cena dosahuje minimálně

¹³⁹ ZENGER, Hans, op. cit., str. 721.

¹⁴⁰ ZENGER, Hans, op. cit., str. 721 či O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 465.

¹⁴¹ FAELLA, Gianluca, op. cit., str. 391.

¹⁴² ZENGER, Hans, op. cit., str. 724.

¹⁴³ DG discussion paper op. cit., bod 151, 153 a 171; FAELLA, Gianluca, op. cit., str. 392.

průměrných celkových nákladů dominantního podniku (požadovaná část)¹⁴⁴, s částmi poptávky jednotlivých zákazníků, které může očekávat, že získá, a to s ohledem na míru vlivu věrnostních rabatů na rozdíly mezi nimi.¹⁴⁵ V případě, že očekávaná část je menší než požadovaná, systém rabatů má pravděpodobně vylučující efekt. Tento test však Komise doplňuje dalšími poznatky, které mohou výsledné posouzení opět zvrátit.¹⁴⁶

Zlomem v posuzování vylučujících praktik a věrnostních rabatů však bylo sdělení Komise z roku 2009. V něm Komise popisuje nový přístup k posuzování praktik vylučujících ostatní soutěžitele, a to včetně rabatů. Zavádí nový, více ekonomický přístup, který má narušit do té doby formální nahlížení na tuto praktiku.

2.3.2 Posuzování rabatů po vydání Sdělení (2009) Evropskou komisí

Přístup k posuzování vylučujících praktik byl zaostalý¹⁴⁷ a často kritizovaný. Komise zareagovala na tuto kritiku v roce 2009 vydáním¹⁴⁸ Sdělení a zavedením nových priorit ve vynuování článku 102 SFEU v oblasti tzv. vylučujících praktik. Formalistický přístup (posuzování typu chování) byl nahrazen přístupem založeným na podrobnější ekonomické analýze předmětného chování dominantních podniků (jeho následků). Paradoxně nejsilnější argumenty pro tuto změnu byly obsaženy v již dříve uvedených Discussion papers Komise z roku 2005.¹⁴⁹

Jednou z hlavních změn v přístupu je podle Komise zaměření se na blahobyt spotřebitele a posuzování praktik podle vlivu, jenž na něj mají. Tento tzv. „*consumer welfare balancing test*“¹⁵⁰ spočívá v zákazu praktik snižujících spotřebitelův blahobyt a naopak. Podle některých autorů je však sporné, zda lze jednoznačně mluvit o čistě ekonomickém přístupu Komise

¹⁴⁴ Překlad z anglického spojení „required share“.

¹⁴⁵ DG Discussion paper op. cit., bod 156; FAELLA, Gianluca, op. cit., str. 392.

¹⁴⁶ Například rozsah, v jakém jsou věrnostní rabaty dominantním podnikem poskytovány či vstup nového významného soutěžitele.

¹⁴⁷ V porovnání s vývojem, který nastal v otázkách protisoutěžních dohod a kontrol koncentrací viz např. AKMAN, Pinar. *The Reform of the Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished* [article]. Antitrust Law Journal [online]. 2016, 81(1), 145-208 [cit. 2018-10-09]. ISSN 00036056. Dostupné z: https://heinonline-org.ezproxy.is.cuni.cz/HOL/NotAvailable?handle_bad=hein.journals/antil81&collection=journals&index=&handle=hein.journals/antil81&div=11&id=151&page= str. 5.

¹⁴⁸ Sdělení bylo Komisí přijato v prosinci roku 2008, ale publikováno v oficiálním věstníku až 24. února 2009.

¹⁴⁹ AKMAN, Pinar, op. cit., str. 5.

¹⁵⁰ Volně přeloženo jako test porovnávání dopadu na blahobyt spotřebitele – tamtéž str. 6.

k posuzování vylučujících praktik¹⁵¹, či spíše o posunu k ekonomickému přístupu.¹⁵² **Ve věci věrnostních rabatů zatím z důvodu nedostatku relevantních rozhodnutí Komise nelze učinit žádný závěr.**

2.3.2.1 Tržní síla

Nejenom v souvislosti s rabaty, ale s vylučujícími praktikami obecně zpracovává Komise na prvním místě svého Sdělení (2009) pojem tržní síly při posuzování dominantního postavení. Kromě velikosti tržního podílu, musí být přihlíženo i ke struktuře hospodářské soutěže na trhu. Dominantní postavení je tak posuzováno v kontextu postavení existující konkurence a tlaku, který na posuzovaný podnik vyvíjí anebo který bude moci vyvíjet v budoucnu v případě rozšíření výroby či palety poskytovaných produktů; s ohledem na možnosti vstupu nových konkurentů na daný trh a konečně i s ohledem na pozici zákazníků a jejich vyjednávací sílu.¹⁵³

Zohlednění velikosti tržních podílů konkurence je logickým krokem při úvaze o dominantním postavení a vylučujících praktikách. Těžko lze uvažovat o dominantním postavení a vylučujícím chování, jestliže konkurence drží stejné, anebo dokonce větší tržní podíly než posuzovaný podnik.

Složitější posuzování nastává v případě úvahy o vstupu nových konkurentů na trh, případně o rozšiřování výroby stávajících konkurentů. Označit postavení daného podniku za dominantní je daleko náročnější, jestliže existuje reálná hrozba, že v důsledku jeho chování – zneužití dominantního postavení – vstoupí na trh noví soutěžitelé, anebo stávající rozšíří výrobu. V takovém případě není možné hovořit o nezávislém chování dominantního podniku.¹⁵⁴

Stejně musí být posuzováno jednání podniku i vůči zákazníkům. Ti, pokud mají silné postavení, mohou účinně čelit chování ze strany podniku, jenž se v důsledku tohoto jejich postavení opět nemůže chovat zcela nezávisle. Tzv. vyrovnávací kupní síla zákazníků představuje jejich schopnost rychle přecházet ke konkurenci, anebo se například vertikálně

¹⁵¹ Např. z důvodu, že nepokrývá kompletně všechny praktiky, či přílišného odchýlení od rozhodnutí Soudního dvora.

¹⁵² AKMAN, Pinar, op. cit., str. 6.

¹⁵³ Bod 12 Sdělení (2009).

¹⁵⁴ Bod 16 tamtéž.

integrovat a hrozit, že v případě nevhodného chování dominantního podniku přejdou ke konkurenci.¹⁵⁵

Z výše uvedeného lze tedy vyzorovat dynamičtější přístup Komise k posuzování dominantního postavení, a tím pádem i možnosti uplatňovat rabaty, jež v případě podniku bez dominantního postavení nemají a nemohou mít protisoutěžní charakter. Naopak argumentem proti může být hned jeden z úvodních bodů Sdělení (2009) v obecné části: “Komise se domnívá, že podnik, který je schopen značně dlouhou dobu zvyšovat ceny nad konkurenční úroveň za účelem dosažení vyššího zisku, nečelí dostatečně účinným konkurenčním tlakům, a může být proto obecně považován za podnik s dominantním postavením.”¹⁵⁶ Přičemž určit cenovou úroveň konkurence nemusí být vždy možné a neexistuje jednoznačný vztah mezi marží podniku a mírou konkurence na trhu.¹⁵⁷

2.3.2.2 Uzavření trhu vedoucí k poškození spotřebitelů

Zde Komise akcentuje již zmíněný blahobyt spotřebitele, když jeho snížení uvádí jako jednu z charakteristik chování narušujícího hospodářskou soutěž. Konkrétně jej vztahuje k navyšování cen, jež jsou následkem předchozího uzavírání trhu dominantním podnikem. Zdůrazňuje, že se bude zabývat takovým jednáním dominantních podniků, které může poškodit jak mezitímní, tak konečné spotřebitele. K posouzení, zda je či není předmětným jednáním uzavírán trh, Komise přihlédne zejména k: postavení dominantního podniku, podmínkám na relevantním trhu, postavení konkurentů dominantního podniku, postavení zákazníků nebo dodavatelů vstupů, rozsahu údajného zneužívající jednání, případným důkazům o skutečném uzavření trhu a k přímým důkazům o případné strategii k vyloučení ostatních soutěžitelů.¹⁵⁸

Přestože i výše uvedené jasně nasvědčuje upuštění Komise od formalistického přístupu, ani zde nelze hovořit o jeho úplném odmítnutí. V bodě 21 Sdělení (2009) odmítá nutnost zjišťovat výše uvedené okolnosti v případech, kdy dané chování dominantního podniku pravděpodobně povede k poškození spotřebitelů a jestliže se zdá, že může pouze vytvořit překážky pro hospodářskou soutěž a nevede k vyšší efektivnosti. Jako příklad uvádí

¹⁵⁵ Bod 18 Sdělení (2009).

¹⁵⁶ Bod 11 tamtéž.

¹⁵⁷ AKMAN, Pinar, op. cit., str. 9.

¹⁵⁸ Bod 20 Sdělení (2009).

poskytování finančních pobídek zákazníkům, aby nezkoušeli výrobky konkurence, což je velmi podobné věrnostním rabatům uplatňovaným při výhradním nebo skoro výhradním odběru.

2.3.2.3 Cenová soutěž a hypoteticky stejně výkonný soutěžitel

Zajímavým prvkem, který Komise uvádí, je kromě testu stejně výkonného soutěžitele i soutěžitel hypoteticky stejně výkonný. V případě silné cenové konkurence, která je pro blahobyt spotřebitele příznivá, totiž podle ní i soutěžitel méně výkonný, než dominantní podnik může vyvíjet tlak na snižování cen. Při posuzování, zda dané chování uzavírá trh a vylučuje ostatní soutěžitele, se tak Komise nemusí podle podmínek trhu omezit pouze na ty stejně výkonné, ale může „chránit“ i soutěžitele, kteří nejsou tolik efektivní, existuje-li předpoklad, že úrovně efektivit dominantního podniku mohou v budoucnu dosáhnout.

2.3.2.4 Objektivní nutnost a efektivnost

Posledním, avšak nejdůležitějším bodem obecné části Sdělení (2009) je možnost podniku ospravedlnit své protisoutěžní jednání. Komise připouští argument efektivnosti i zneužití dominantního postavení, přestože to není výslovně uvedeno v článku 102 SFEU, jak je tomu například u zakázaných dohod podle článku 101 odstavce 3 SFEU.

Dominantní podnik se může odpovědnosti za své protisoutěžní jednání zprostit dvěma způsoby. Buď prokáže, že jeho jednání, jež vylučuje ostatní soutěžitele, je objektivně nutné, anebo prokáže, že i přes újmu, kterou v konečném výsledku může spotřebiteli způsobit, dosahuje vyšší efektivnosti, jež tuto újmu převyšuje.¹⁵⁹ Jednáním objektivně nutným se přitom rozumí podle komise chování např. odůvodněné zdravím nebo bezpečností v souvislosti s povahou výrobku. **Toto odůvodnění se v případě rabatů nejspíš neuplatní, neboť pravděpodobně míří na jiné typy protisoutěžních jednání, zejména jiné než cenové, jako například vázaný nebo spojený prodej.**

S ohledem na cenovou povahu rabatů tak bude na místě hovořit spíše o zdůvodnění protisoutěžního chování vyšší efektivitou podniku plynoucí z vyššího objemu výroby. Pro tento typ zdůvodnění Komise uvádí čtyři kumulativní podmínky, které musí být splněny: I) protisoutěžní jednání má za následek vyšší efektivnost, II) k zakázanému jednání nesmějí

¹⁵⁹ Bod 27 Sdělení (2009).

existovat alternativy (tedy nezakázané jednání, resp. méně škodlivé), III) přínos převáží nad škodlivými účinky, IV) zakázané chování nevylučuje veškerou soutěž na trhu. Důkazní povinnost přitom náleží podniku, který se snaží vyvinut ze zakázaného jednání.

Ve zvláštní části Sdělení (2009) pak Komise možnost argumentovat efektivností zmiňuje výslovně i pro podmíněné rabaty.¹⁶⁰ Uvádí přitom, že výhody budou pravděpodobněji vyplývat ze standardizovaných rabatů, nežli z individualizovaných a také z přírůstkových v porovnání s retroaktivními. Navazuje tak zčásti na formalistický přístup praktikovaný před vydáním Sdělení (2009).¹⁶¹

Bezprostřední změna rozhodování orgánů EU po vydání Sdělení (2009) však nenastala. V rozhodnutích SDEU, které byly vydány až po jeho zveřejnění soud zachoval formalistický přístup odsouzením rabatů bez předchozí ekonomické analýzy.¹⁶² Přelom nastal až v rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Intel* ze září 2017.¹⁶³ V něm se soud přiklonil k ekonomické analýze věrnostních rabatů a odmítl formalistické rozhodnutí tribunálu.¹⁶⁴ Uvádí, že dosavadní judikaturu zakazující některé typy rabatů per se je nutno přezkoumat v případě, že podnik tvrdí, že předmětné chování nebylo způsobilé poškodit hospodářskou soutěž a ostatní soutěžitele (vyloučit je).¹⁶⁵ Současně ukládá Komisi povinnost zabývat se jednotlivými okolnostmi chování, a to včetně případné strategie dominantního podniku vyloučit ostatní soutěžitele. Jestliže dospěje k závěru, že dané chování je způsobilé vyloučit ostatní soutěžitele, musí rovněž zvážit případný ekonomický přínos takového jednání. K takovému porovnávání však může dospět pouze po provedení testu stejně výkonného soutěžitele¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Body 36 až 44 Sdělení (2009), rozebrány již v ekonomické části práce.

¹⁶¹ Bod 45 tamtéž.

¹⁶² Viz Rozsudek Soudního dvora Evropské unie (třetího senátu) ze dne 19. dubna 2012, ve věci Tomra Systems ASA proti Evropské komisi, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221 či Rozsudek Soudního dvora (druhého senátu) ze dne 6. října 2015 ve věci Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet v řízení o žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Sø- og Handelsretten, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651.

¹⁶³ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 6. září 2017 ve věci Intel Corporation Inc. proti Evropské komisi, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632.

¹⁶⁴ Rozsudek Tribunálu (pátého senátu) ze dne 9. září 2010 ve věci Tomra Systems ASA a další proti Evropské komisi, T-155/06, ECLI:EU:T:2010:370.

¹⁶⁵ Bod 137 Rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci Intel.

¹⁶⁶ Intel bod 140. Rozhodnutí ve věci však není zatím konečné, Soudní dvůr pouze zrušil rozhodnutí tribunálu a věc vrátil k dalšímu řízení.

2.4 Dílčí závěr

Každý druh rabatu působí na odběratele, trh a konkurenci jiným způsobem. Lze zhodnotit, že čím výhodněji jsou rabaty nastaveny pro odběratele, tím více jsou postiženi konkurenti a potenciálně i narušena soutěž na trhu. Největší dopad na ni pak mají rabaty, které nutí odběratele nakupovat *de facto* pouze u dominantního podniku, neboť ty dávají konkurenci pouze malou šanci soutěžit o poptávku odběratele. Na druhou stranu v některých případech mohou být tyto rabaty efektivním řešením nedokonalostí trhu, například různých zájmů v rámci vertikálního obchodního vztahu, a vést tak k vyšší efektivnosti. Velmi podobně lze nahlížet i na retroaktivní rabaty, které mohou mít ve výsledku stejný účinek, neboť tlačí efektivní cenu na pro konkurenci neúnosnou úroveň. Ani v takových extrémních případech by však neměly znamenat automaticky nepřipustné jednání. V určitých situacích je lze využít pro dosažení vyšší efektivnosti např. opět ve vertikálních obchodních vztazích či k zajištění rentability rozšíření výroby.

Právě efektivita by měla být hlavní optikou, jíž jsou věrnostní a jiné rabaty posuzovány. Judikaturou povolovaný typ rabatů, který závisel pouze na množství a jenž byl zdůvodněn pouze úsporou nákladů z rozsahu výroby, byl příliš omezený a celkové efektivitě spíše škodil, když v některých případech mohl být podnik odrazen od použití soutěži prospěšného schématu rabatů z obavy z hrozící vysoké pokuty.

Povolení i jiných typů rabatů umožňuje, jsou-li správně nastaveny, dosáhnout vyššího blahobytu, a to jak celkového, tak zejména pak blahobytu spotřebitele. Právě jeho blahobyt může převážit nad případným omezením či narušením trhu a i nad případným poškozením jiných soutěžitelů. Komise toto postupem času zohlednila ve své pozici, když svojí publikační činností nastavila blahobyt spotřebitele jako zásadní hodnotu při porovnávání ekonomického přínosu rabatů s jejich nepříznivými účinky na trh. Z dosavadních rozhodnutí však nelze dovodit, že by se tímto principem řídila.

Předpokladem pro provedení takového porovnání je nejdříve zjištění možných negativních dopadů věrnostních a jiných rabatů na hospodářskou soutěž. Za tímto účelem musí být proveden test stejně výkonného soutěžitele, který je podrobně vysvětlen v následující kapitole.

3 TEST STEJNĚ VÝKONNÉHO SOUTĚŽITELE

Důležitým kritériem při posuzování slučitelnosti cenových praktik dominantních podniků s hospodářskou soutěží je výstup z testu stejně výkonného soutěžitele. Jak již bylo v předcházejících kapitolách uvedeno, jedná se o principiálně jednoduchý test s cílem ověřit, zda chování dominantního podniku je dlouhodobě udržitelné a zda jeho výsledné ceny nejsou podnákladové takovým způsobem, že jiný, menší soutěžitel, není schopen těmto cenám delší dobu konkurovat. Respektive, zda by byl soutěžitel s menším tržním podílem schopen zavést a udržovat podobnou cenovou strategii. Rabaty, jakožto cenovou praktiku, je tedy nutné v individuálních případech tomuto testu – při zjišťování jejich souladu s pravidly hospodářské soutěže – podrobit.

Jak uvádí D. Bosco¹⁶⁷, na samotný pojem stejně výkonného soutěžitele musí být nahlíženo ze dvou úhlů. Za prvé, je nutno na něj nahlížet v souvislosti s výše uvedeným testem nákladů v souvislosti nejen s rabaty, ale i s ostatními cenovými praktikami (např. predátorské ceny). Za druhé, představuje jakýsi definiční standard zneužití dominantního postavení vyplývající z rozhodnutí *Post Danmark* : “Článek 82 ES tak podniku s dominantním postavením zakazuje zejména to, aby používal praktiky mající za následek vyloučení jeho konkurentů považovaných za stejně výkonné jako on sám, posilováním svého dominantního postavení uplatněním jiných prostředků, než jsou ty, které spadají do hospodářské soutěže na základě výkonnosti.”¹⁶⁸

V další části práce bude rozebrán pojem stejně výkonného soutěžitele v první z rovin, tedy jako test nákladů dominantního podniku. Je třeba uvést, že při provádění tohoto testu se ve skutečnosti neposuzuje žádný z již existujících soutěžitelů v konkurenčním postavení. Celá konstrukce je hypotetická, vycházející z údajů plynoucích z činnosti posuzovaného podniku.¹⁶⁹ Vytváří se tak myšlený konkurent, který by měl bez dominantního postavení operovat na tomtéž trhu a uplatňovat tutéž cenovou strategii (rabaty). Výsledky testu nejsou přitom podmínkou nutnou¹⁷⁰ a ani ne dostačující k určení škodlivosti daného jednání. Po

¹⁶⁷ BOSCO, David. *Le test de l'opérateur aussi efficace : Une nouvelle ère ?*, září 2013, *Concurrences Review* N° 3-2013, Art. N° 53042, str. 13.

¹⁶⁸ Bod 25 rozhodnutí ve věci *Post Danmark* viz výše.

¹⁶⁹ BOSCO, David. *Le test de l'opérateur aussi efficace : Une nouvelle ère ?* Op. cit., str. 14.

¹⁷⁰ Vycházíme-li z předpokladu, že Komise bude nově uplatňovat ekonomický přístup a podrobovat rabaty analýze jejich dopadu na hospodářskou soutěž a odmítne nadále uplatňovat per se zákazy některých typů. Srov. DE GHELLINCK, Elisabeth. *The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of*

provedení testu, jehož výsledkem je výstup, že jednání dominantního podniku bylo způsobilé narušit hospodářskou soutěž, neboť efektivní ceny se pohybovaly po úrovni průměrně eliminovatelných nákladů¹⁷¹, musí Komise navíc doložit důkaz, že k vyloučení jiného soutěžitele již došlo, anebo že je takové vyloučení pravděpodobné.¹⁷² **Bez dané povinnosti doložit důkaz by se jednalo o pouhé teoretické cvičení postrádající reálný základ vyplývající ze skutečné situace na trhu a ztrácelo by svoji podstatu.**

3.1 Test jako nástroj ekonomické analýzy Evropské komise

Posun k více ekonomickému přístupu při posuzování vylučujících praktik byl hlavní devizou Sdělení Komise z roku 2009. Test stejně výkonného soutěžitele (AEC test)¹⁷³, jakožto jednoho z činitelů daného posunu, uvádí Komise ve svém Sdělení (2009) v bodech 23-27. Jeho cílem je především: *“určit, zda by i hypotetickému soutěžiteli stejně výkonnému jako dominantní podnik byl v důsledku dotyčného chování trh pravděpodobně uzavřen.”*¹⁷⁴ Za tímto účelem bude Komise ověřovat, zda prodejní ceny odpovídají nákladům dominantního podniku. Zde se nabízí otázka, zda je tento test dostatečně uspokojivě proveditelný ve všech případech, neboť takové údaje o dominantním podniku v souvislosti s konkrétním chováním nemusí být nutně dostupné či spolehlivě zjistitelné. Komise však tuto možnost výslovně zvažuje a v takových případech odkazuje na náklady konkurentů či jiné srovnatelné údaje.¹⁷⁵ **Jiné srovnatelné údaje jsou však poměrně vágním vymezením a zakládají tak určitou míru právní nejistoty. Ze Sdělení (2009) není jednoznačné, zda k takovým srovnatelným údajům mohou patřit například vlastní propočty Komise.**

Referenčními údaji jsou pro Komisi průměrné eliminovatelné náklady a dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady. Vzhledem k zvláštnosti a částečné odlišnosti těchto nákladů od nákladů

Dominant Position? Journal of European Competition Law & Practice [online]. 2016, 7(8), 544-548 [cit. 2018-10-09]. DOI: 10.1093/jeclap/lpw059. ISSN 2041-7764. Dostupné z: <https://academic.oup.com/jeclap/article-lookup/doi/10.1093/jeclap/lpw059>, str. 544.

¹⁷¹ Bod 26 Sdělení (2009).

¹⁷² BOSCO, David. *Le test de l'opérateur aussi efficace : Une nouvelle ère ?* Op. cit., str. 14. Komise také zohlední, zda dané chování, které shledá vylučujícím, je způsobilé poškodit v konečném důsledku spotřebitele, neboť právě blahobyt spotřebitele se stal těžištěm posuzování od vydání Sdělení, jak je uvedeno výše v bodě [Uzavření trhu vedoucí k poškození spotřebitelů](#).

¹⁷³ As efficient competitor – stejně výkonný soutěžitel.

¹⁷⁴ Bod 25 Sdělení Komise.

¹⁷⁵ Bod 25 tamtéž.

označovaných termíny běžně v ekonomii používanými neuškodí je zde krátce rozebrat každé zvlášť, a to včetně následků, které plynou z jejich polohy nad či pod prodejní cenou.

3.1.1 Průměrné eliminovatelné náklady

Ve svém Sdělení (2009) tyto náklady Komise definuje následovně: “*Průměrné eliminovatelné náklady jsou průměrem nákladů, kterým by bylo možno předejít, pokud by podnik nevyráběl určité množství (dodatečného) výstupu, v tomto případě množství, na něž se údajně vztahuje zneužívající chování.*”¹⁷⁶ Podle této definice se může zdát, že se jedná o variabilní náklady na jednotku tak, jak jsou běžně užívány v ekonomické teorii.¹⁷⁷ Nicméně do daného vymezení podle Komise spadají i fixní náklady, které vzniknou v předmětném období – tedy období, během něž jsou vyráběny jednotky relevantní pro posouzení protisoutěžnosti chování. Dá se předpokládat, že ve většině případů budou průměrně eliminovatelné náklady s variabilními náklady totožné, ale neplatí to vždy, proto je nutné to jednotlivě zjišťovat.

Nejsou-li tyto náklady plně kryty prodejními cenami, znamená to, že nejsou plně hrazeny prodanými výrobky a podnik tak nevykazuje zisk, ale naopak. Takové jednání není za žádných okolností racionální, neboť s každou dodatečnou jednotkou vzniká podniku dodatečná ztráta. Stejně výkonný soutěžitel by tedy rovněž musel vykázat ztrátu, neboť samotnou podstatou testu je předpoklad stejné efektivity, tedy stejné výše nákladů. Zejména krátkodobě je takové jednání pro dominantní podnik bezproblémově udržitelné. To stejné však již nemusí platit pro menšího konkurenta, který není schopen ani krátkodobě prodávat se ztrátou, a jednání dominantního podniku jej tudíž činí méně konkurenceschopným.

3.1.2 Dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady

Ani tento typ nákladů není obsahově zcela jednoznačný. Komise jej vymezuje následovně: „*Dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady jsou průměrem veškerých (variabilních a fixních) nákladů, které podnik vynaloží na výrobu konkrétního výrobku.*”¹⁷⁸ Na první pohled se může jevit tento typ nákladů shodným s průměrnými celkovými náklady a u podniku vyrábějícího

¹⁷⁶ Bod 26 Sdělení (2009) a s ním související poznámka pod čarou (2).

¹⁷⁷ Srov. MACÁKOVÁ, Libuše. Mikroekonomie: základní kurz. 10. vyd. Slaný: Melandrium, 2007. ISBN 978-80-86175-56-0, str. 77.

¹⁷⁸ Bod 26 Sdělení (2009) a s ním související poznámka pod čarou (2).

pouze jeden výrobek tomu tak i bude. Rozdíl tedy spočívá v množství typů výrobků, které podnik produkuje. V případě výroby pouze jednoho výrobku jsou všechny fixní náklady bez potíží přiřítelné k celkovým nákladům a lze určit průměrné celkové náklady, které se v takovém případě budou rovnat dlouhodobým průměrným přírůstkovým nákladům tak, jak je definuje Komise.¹⁷⁹

Pokud podnik vyrábí více výrobků než jeden, vznikají pravděpodobně i fixní náklady, které jsou společné více typům výrobků, a nemusí být tudíž zcela jednoznačné, podle jakého klíče části společných fixních nákladů jednotlivým výrobkům přiřadit. Komise tyto společné fixní náklady při stanovování dlouhodobých průměrných přírůstkových nákladů nezohledňuje¹⁸⁰. Ty tak v případech, kdy podnik vyrábí více výrobků mohou, být pro konkrétní typ výrobku nižší než klasické průměrné celkové náklady.

Nejsou-li cenami kryty dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady, podnik opět dlouhodobě vykazuje ztrátu, přestože v krátkodobém horizontu může být stanovování prodejních cen pod úroveň těchto nákladů racionálním.¹⁸¹ Podle Komise taková situace naznačuje, že by mohl být trh uzavřen stejně výkonnému soutěžiteli.¹⁸²

3.1.3 Efektivní cena a její vztah k nákladům

Pro provedení testu u rabatů, na rozdíl od predátorských cen, však nestačí porovnat katalogovou cenu výrobků s náklady na ně. Je nutné operovat s tzv. efektivní cenou tak, jak ji popisuje následující kapitola a jak ji definovala ve svém Sdělení (2009) Komise.¹⁸³ Tato cena je určena jako katalogová cena po odečtení rabatu ve výši odpovídající odebranému objemu. Jak bylo výše zmíněno, v extrémních případech může být efektivní cena dokonce záporná. Teprve takto zjištěnou cenu můžeme s jednotlivými náklady porovnat.

Obecně lze rozlišovat tři situace, které mohou při porovnání efektivní ceny a nákladů dominantního podniku nastat: *I) efektivní cena je nižší než průměrné eliminovatelné náklady, II) efektivní cena se pohybuje v rozmezí mezi průměrnými eliminovatelnými náklady a*

¹⁷⁹ Bod 26 Sdělení (2009).

¹⁸⁰ Komise však doplňuje, že takové náklady mohou být brány v potaz, dosahují-li značné výše.

¹⁸¹ Zejména za účelem přispění na úhradu fixních nákladů za předpokladu, že tyto ceny nejsou pod hranici variabilních nákladů.

¹⁸² Bod 26 Sdělení (2009).

¹⁸³ Bod 41 tamtéž.

dlouhodobými průměrnými přírůstkovými náklady, *III) efektivní cena převyšuje dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady.*¹⁸⁴

Nastane-li první situace, je možné hovořit o chování, které je způsobilé uzavřít trh i stejně výkonným soutěžitelům.

V případě ceny pohybující se v rozmezí mezi jednotlivými druhy nákladů nelze bez dalšího uzavřít s tím, že chování naplňuje znaky zakázané praktiky a že dané schéma udělování rabatů je způsobilé uzavřít trh stejně výkonným soutěžitelům. V takových situacích je nezbytné provést další analýzu trhu a zejména zjistit, zda a jakými způsoby mají ostatní soutěžitelé možnost se takovému chování efektivně bránit. V případě, že tito nemají žádné efektivní způsoby obrany, bude se mít za to, že dané jednání je způsobilé uzavřít ostatním (stejně výkonným) soutěžitelům trh.¹⁸⁵

Konečně pokud efektivní cena převyšuje dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady, nelze o jakémkoliv uzavření trhu stejně výkonnému soutěžiteli uvažovat. Dosahuje-li zisku dominantní podnik, potom i podnik, který vynakládá stejné náklady a získává stejné výnosy, dosahuje zisku také a je tak schopen na trhu dlouhodobě setrvat.

Komise pak výsledek takového testu zařadí k ostatním podkladům pro posouzení protisoutěžnosti jednotlivých typů rabatů.

3.2 Testování rabatů

Rabaty jsou komplexnější praktikou než jiné cenové praktiky a základní verze testu musí být upravena, aby odpovídala jejich povaze. Kromě efektivní ceny musí být zjištěno i příslušné rozpětí, pro něž se efektivní cena určuje (spornou a nespornou část poptávky) a relevantní časové období. Tyto okolnosti výrazně ovlivňují výsledek testu a je nutné je určit co nejpřesněji, aby nebyly učiněny zavádějící závěry.

3.2.1 Určení příslušného rozpětí poptávky a efektivní ceny

Prvním krokem při provádění testu u rabatů je zjištění rozsahu nesporné části, resp. sporné části poptávky. V tento moment je nutné rozlišit, o který typ rabatu se jedná. U přírůstkových

¹⁸⁴ Bod 44 Sdělení (2009).

¹⁸⁵ Bod 44 tamtéž.

rabatů lze považovat za příslušné rozpětí jednotky, které jsou odebrány nad množstevním prahem.¹⁸⁶ Právě u těchto jednotek hrozí, že cena, která je po uplatnění rabatu efektivní cenou, klesne pod náklady dominantního podniku. U retroaktivních rabatů (rabaty se zpětnou platností) je potřeba rozlišovat pečlivěji. Velmi záleží na tom, jaká část poptávky je v každém případě uspokojována u dominantního podniku (nesporná část) a o jakou část poptávky se mohou ostatní soutěžitelé ucházet.¹⁸⁷ Velikost sporné a nesporné části většinou závisí na flexibilitě odběratelů, tedy v jakém rozsahu a jak rychle dokáží změnit svého dodavatele. Čím snadněji dokážou přesunout svou poptávku či její část k jinému dodavateli, tím menší je nesporná část poptávky a naopak.¹⁸⁸ Stejně tak však může záviset na schopnosti ostatních konkurentů nabídnout zákazníkům další výrobky v případě jejich odchodu od dominantního podniku. Ne vždy musí být ostatní soutěžitelé například z kapacitních důvodů schopni uspokojit větší než spornou část poptávky odběratele.

Efektivní cena je pak vypočítávána způsobem naznačeným ve druhé části práce.¹⁸⁹ Postup pro její zjištění se také výrazně liší pro přírůstkové a retroaktivní rabaty. Zatímco u prvně zmíněných stačí pouze odečíst rabat od katalogové ceny a takto stanovenou cenu porovnat s náklady, u retroaktivních rabatů je situace složitější.¹⁹⁰

V případě retroaktivních rabatů musí být zohledněn jejich vliv na cenu již zaplacených výrobků. Poslední jednotka před dosažením prahu, jak bylo demonstrováno, nabývá totiž nejnižších hodnot. V praxi je však pro způsobilost retroaktivních rabatů vyloučit ostatní soutěžitele (a pro výpočet efektivní ceny) důležitá i velikost nesporné části poptávky. Zjevné je to především, zajdeme-li s touto úvahou do extrému, tedy uvažujeme-li, že odběrateli bude přiznán rabat pouze v případě uspokojení celé jeho poptávky u dominantního podniku. V takové situaci by musel konkurent, pokud by chtěl dodat odběrateli část jeho poptávky, kompenzovat odběrateli i ztrátu rabatu. Efektivní cena, za kterou musí nabídnout všechny

¹⁸⁶ Bod 42 Sdělení (2009).

¹⁸⁷ Bod 42 tamtéž.

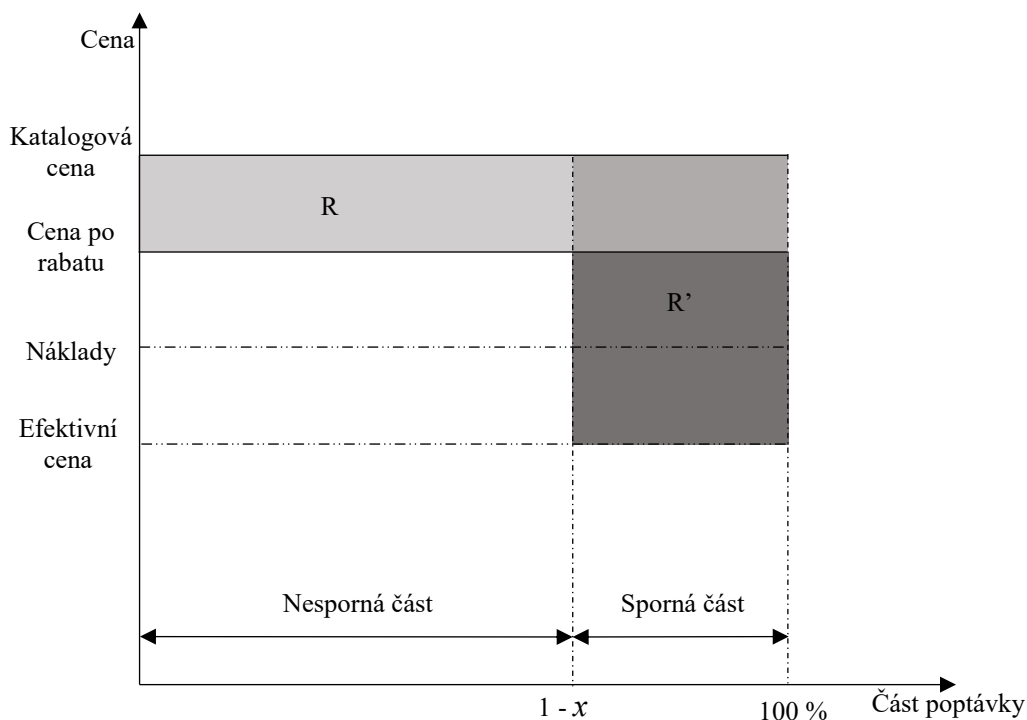
¹⁸⁸ Bod 41 tamtéž.

¹⁸⁹ Viz kapitola [2.2.2 Individualizované retroaktivní rabaty](#), ve které je počítána efektivní cena za poslední jednotku před udělením rabatu.

¹⁹⁰ Tamtéž.

svoje jednotky, tak bude významně záviset na množství výrobků, jež je schopen odběrateli nabídnout.¹⁹¹

Za tímto účelem Komise bude nucena zjistit množstevní hranici mezi produkty odebranými od dominantního podniku a produkty od jiného soutěžitele, při které menší soutěžitel při určité ceně vyrovná zákazníkovi ztrátu rabatu. Tomu tak nebude z cenového hlediska záležet na tom, zda uspokojí veškerou poptávku u dominantního podniku či zčásti u dominantního podniku a zčásti u menšího soutěžitele.¹⁹² Určení této hranice pochopitelně nespočívá v právní analýze, ale zakládá se na ekonomické úvaze a výpočtu. Pro snadnější pochopení ekonomického přístupu Komise tento postup bude demonstrován na příkladu.



Obrázek 4 – Sporná a nesporná část poptávky.¹⁹³

Uvažujme tedy jako první možnost, že zákazník odebírá veškerou svou poptávku od dominantního podniku, neboť ten mu za to poskytne množstevní slevu ve formě rabatu ve výši R . Celková cena (P_1) za veškerý odběr pak bude rovna součinu celkového množství

¹⁹¹ FEDERICO, Giulio. *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach*, Journal of European Competition Law & Practice [online], Číslo 2, Vydání 3, 1. června 2011, dostupné z: <https://doi.org/10.1093/jecclap/lpr008>, str. 277-284.

¹⁹² KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 34.

¹⁹³ Vlastní tvorba podle KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 34.

(100 % = 1) a katalogové ceny P^K snížené o rabat R : $P = P^K * (1-R)$. Celková cena při odběru od dvou podniků (P_2) pak bude ovlivněna ztrátou rabatu, který musí menší podnik odběrateli vynahradit. Uvažujme tedy Množství x , které bude zákazník uspokojovat u menšího podniku a množství $(1 - x)$, které bude nucen nadále uspokojovat u dominantního podniku. Na rozdíl od prvního případu zde za odběr od dominantního podniku zákazník neobdrží rabat a celková cena za tuto část tak bude rovna součinu odebraného množství $(1 - x)$ a katalogové ceny (P^K). Druhou část poptávky (x) uplatní zákazník u menšího podniku a zaplatí za něj cenu P^E . Celková cena v druhém případě tak bude stanovena následovně: $P_2 = (1-x) * P^K + x * P^E$.

Bod, ve kterém nebude pro odběratele rozhodující, zda odebírá výhradně od dominantního podniku či nikoliv, zjistíme položením obou celkových cen na roveň. Výsledná rovnice tak bude vypadat následovně:

Rovnice 2 – Efektivní cena.

$$P_1 = P_2$$

$$1 * P^K * (1 - R) = (1 - x) * P^K + x * P^E$$

Známe-li tedy nejnižší cenu, kterou je menší podnik schopen nabídnout, aniž by prodával pod náklady, můžeme určit jakou minimální část poptávky odběratele musí za tuto cenu být schopen uspokojit.

Tato úvaha však slouží především ke zjištění efektivní ceny, kterou musí menší podnik nabídnout, známe-li velikost sporné a nesporné části poptávky, a k jejímu následnému porovnání s jednotlivými typy nákladů dominantního podniku. Tu lze z výše uvedené rovnice vyjádřit následovně¹⁹⁴:

$$P^E = P^K * (1 - \frac{R}{x})$$

Při krátkém zamyšlení je zřejmé, že efektivní cena bude nabývat kladných hodnot, jestliže podíl R a x bude menší než 1. To nastane, pokud je rabat v relativním vyjádření menší než relativně vyjádřená část poptávky. Pro ilustraci: Uvažujme-li o rabatu ve výši 10 % (0,1) a podílu menšího podniku ve výši 20 % (0,2) tak při katalogové ceně $P^K = 100$ euro bude

¹⁹⁴ KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 34.

efektivní cena rovna $100 \cdot (1 - 0,1/0,2) = 100 \cdot (1 - 0,5) = 50$ euro. Pokud by tedy nesporná část poptávky tvořila 80 % a sporná 20 %, musel by menší podnik odběrateli nabídnout každou jednotku za 50 euro, aby vyrovnal ztrátu rabatu, který tento odběratel nedostane, rozhodne-li se neuspokojit celou svoji poptávku u dominantního podniku.

Naopak bude-li relativně vyjádřený rabat vyšší než relativně vyjádřená sporná část poptávky (řekněme rabat 0,2 a poptávka 0,1) efektivní cena bude záporná: $P^E = 100 \cdot (1 - 0,2/0,1) = 100 \cdot (-1) = -100$ euro. V takovém případě by musel menší podnik odběrateli dokonce za každý jím odebraný výrobek zaplatit 100 euro. Taková transakce však samozřejmě v reálném světě nikdy nenastane.

Vývoj efektivní ceny tedy velmi závisí na velikosti nesporné části poptávky, a proto je nezbytné při jejím zjišťování postupovat zvlášť pečlivě.

Teprve takto zjištěná efektivní cena může být porovnána s náklady dominantního podniku a pouze na základě ní lze rozhodnout o případném uzavíracím efektu pro ostatní soutěžitele.

3.2.2 Relevantní časové období a další faktory

Relevantní časové rozpětí má rovněž důležitý vliv na výsledek testu, neboť v jeho rámci se posuzuje velikost sporných a nesporných částí poptávky. Přitom čím kratší je časový horizont, který uvažujeme, tím rigidnější bude posuzování jednotlivých částí. Obecně lze říci, že v krátkém období je obtížné pro odběratele změnit dodavatele, jelikož jsou například smluvně vázání. Proto v krátkém období nemusí sporná část poptávky vůbec existovat. Naopak ve velmi dlouhém období je možná změna téměř všech okolností a v takovém případě nemusí existovat nesporná část.¹⁹⁵ Rozumnou délkou relevantního období se tak jeví zpravidla běžná délka smluvního závazku v příslušném odvětví. K takovému pravidlu však nemůže být přistupováno vždy a bez důkladnějšího zkoumání daného odvětví. Například v odvětvích, ve kterých je vysoká míra inovací a nových technologických postupů, by běžná délka smluvního období mohla být nepřiměřenou a mohla by významně ovlivnit výsledek testu.¹⁹⁶

¹⁹⁵ O'DONOUGH, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 497.

¹⁹⁶ ZENGER, Hans. *Devising loyalty rebates that comply with the as-efficient-competitor test*. *Concurrences Review* [online] N° 3-2013, Art. N° 53043, str. 19 včetně poznámky pod čarou číslo 24, dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2259793; KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 37.

Nicméně Komise může určit i odlišný postup, jak dospět k relevantnímu výsledku. Například ve věci *Intel* nevzala výše uvedené v potaz a operovala s tzv. nezbytnou částí poptávky. Ta představovala část poptávky, kterou musel konkurent Intelu (společnost HP) nutně získat, aby byl schopen Intelu konkurovat. Současně uzavřela s tím, že je-li takto získaná část poptávky větší než sporná část poptávky, rabat pravděpodobně neuzavírá trh ostatním soutěžitelům.¹⁹⁷

Při tomto výpočtu Komise předpokládala stejnou cenu P konkurenčního podniku ve vztahu k dominantnímu podniku, stejné dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady C a výši rabatu TL ¹⁹⁸, kterou musí konkurenční podnik odběrateli vynahradiť v případě odchodu od dominantního podniku. Aby tak menší podnik byl schopen dosáhnout zisku, musel získat tzv. nezbytnou část poptávky U vyjádřenou následovně:

Rovnice 3 – Požadovaná část poptávky.¹⁹⁹

$$U = \frac{TL}{(P - C)}$$

Rozhodnutí *Intel* však výrazně vybočuje z dosavadní rozhodovací praxe jak Komise, tak i Tribunálu a Soudního dvora Evropské Unie a bude detailně rozebráno v závěru čtvrté části práce.

¹⁹⁷ KIRNER, Tomáš, op. cit., 38.

¹⁹⁸ TL – zkratka pro total (expected) loss – celkové očekávané ztráty.

¹⁹⁹ BOUTIN, Aleksandra, BOUTIN, Xavier. *The as Efficient Competitor Test - Back to Facts*. Competition Law [online]. 2018, 4(2), 51-63 [cit. 2018-10-09]. ISSN 2405481x, Dostupné z: <http://www.crai.com/sites/default/files/publications/The-as-efficient-competitor-test-some-practical-considerations-following-the-ECJ-Intel-judgement.pdf> či rozhodnutí či bod 1285 rozhodnutí Komise ve věci *Intel* viz bod 4.5 ve čtvrté části práce.

3.3 Dílčí závěr

Test stejně výkonného soutěžitele je bezesporu přínosným nástrojem v posuzování cenových praktik, není však bezchybný. Přestože znamenal velmi žádoucí posun k ekonomické analýze, nelze o něm hovořit jako o stoprocentně spolehlivém prostředku k odhalení soutěž narušujících praktik. Zejména v případě posuzování rabatů může být výsledek testu zkreslený, jestliže nejsou přesně zjištěny všechny proměnné, především velikost sporné a nesporné části poptávky. Výsledky z něj vyplývající by tak měly být vždy brány s rezervou a porovnávání vypočtených cen se zjištěnými náklady racionální.

To znamená zejména v případě porovnávání vypočtené efektivní ceny s hladinou průměrných eliminovatelných nákladů může být pouhé poměření těchto dvou hodnot zavádějící, neboť efektivní cena je silně závislá na vypočítaných velikostech částí poptávky. Stejně tak průměrné eliminovatelné náklady lze určit rozdílně ve stejných případech, v závislosti na uvážení ohledně zařazení či nezařazení některých dílčích nákladů do výpočtu.

Z toho důvodu se nelze spokojit s pouhým srovnáním takto vypočítaných hodnot, ale tyto náklady by měly být posuzovány spíše jako pásmo (rozmezí) nákladů než jako ostrá linie bez odchylek.²⁰⁰

Co se týče způsobu, jakým Komise tento nástroj používá, nelze jej prozatím hodnotit. Jediným rozhodnutím ve věci věrnostních rabatů, v němž tento test aplikovala, bylo rozhodnutí Intel. Řízení v této věci však bylo zahájeno ještě před vydáním jejího Sdělení (2009) a test, který použila, se od jí popsaného postupu ve Sdělení (2009) výrazně lišil. K vyhodnocení přístupu Komise tak bude nutné vyčkat dalších rozhodnutí ohledně věrnostních a jiných typů rabatů. Bude tak zajímavé sledovat, jakým způsobem se Komise vypořádá s nástrahami, vyplývajícími z velké citlivosti testu na přesné zjištění všech proměnných.

²⁰⁰ Podle Sdělení (2009) jsou vypočítány náklady na základě výkazů podniku a s takto vypočítanými náklady se následně porovnává efektivní cena.

4 RABATY V JUDIKATUŘE SOUDNÍHO DVORA EVROPSKÉ UNIE

Problematika rabatů byla jednou z nejrozporuplnějších otázek při výkladu pravidel zakazujících zneužití dominantního postavení. Dlouhodobý formalistický přístup Komise a následná rozhodnutí Tribunálu a Soudního dvora²⁰¹ vyvolávala negativní reakce ze stran odborníků.²⁰² Velmi četná a často i velmi komplikovaná rozhodnutí s podrobnou analýzou Komise potvrzovala tento přístup několik desítek let od prvního důležitého²⁰³ rozhodnutí týkajícího se věrnostních rabatů ve věci *Hoffman-La Roche* z roku 1979 přes rozhodnutí *Michelin I a II* z let 1983 resp. 2003 až po rozhodnutí ve věci *Tomra Systems* z roku 2012.²⁰⁴

Zásadní zlom v problematice rabatů přineslo však až rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Intel* z roku 2017, k němuž mnozí vzhlízejí s nadějí definitivního opuštění formalistického přístupu k posuzování rabatů a příklonu k ekonomickému, racionálnímu, přístupu. Přestože takový přístup poskytuje nižší úroveň právní jistoty dominantních podniků než jednoduché řešení zákazu *per se*, umožňuje využití rabatů jako účinného nástroje k řešení některých nedokonalostí obchodních vztahů či jako účinného a pro spotřebitele prospěšného nástroje soutěže mezi podniky.²⁰⁵

Cesta k takové změně přístupu trvala velmi dlouho a byla velmi složitá už jenom z důvodu komplexnosti soutěžního práva a nezbytnosti spolupráce s ekonomy u stále složitějších neprávních analýz. Účelem této kapitoly je tak zmapovat judikaturu, jež měla určující vliv na tuto přeměnu a detailněji rozebrat nejdůležitější rozhodnutí. Zvláštní důraz pak bude kladen na rozhodnutí ve věci *Intel*, jakožto nejčerstvějšího, a tím pádem i v současnosti nejvíce relevantního rozhodnutí.²⁰⁶

²⁰¹ A jejich předchůdců.

²⁰² O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge (2013), op. cit., str. 462.

²⁰³ Prvním rozhodnutím bylo rozhodnutí Komise ve věci Sugar Industry z 2. ledna 1973, IV/26.918, cit. r.

²⁰⁴ V posledně zmíněném rozhodnutí se nicméně Komise vypořádala s ekonomickou analýzou dominantního podniku, přestože v době jejího rozhodování (2006) ještě nebylo vydáno její Sdělení. Je nicméně možné, že právě toto rozhodnutí Komisi k jeho vydání vedlo.

²⁰⁵ Viz část [Prosoutěžní důvody k používání rabatů](#).

²⁰⁶ K tomuto je však potřebné přistupovat s jistým odstupem, neboť jen čas ukáže, která rozhodnutí jsou doopravdy přínosem a která budou zapomenuta v případě jejich nerespektování v dalším rozhodování Soudního dvora.

4.1 Hoffman-La Roche

Prvním důležitým rozhodnutím Evropského soudního dvora zabývajícím se rabaty je rozhodnutí ve věci *Hoffman-La Roche*²⁰⁷ ze dne 13. února 1979. V dané věci se v té době největší světový výrobce vitamínů společnost Hoffman-La Roche (dále jen „HLR“), sídlící ve Švýcarsku, domáhala zrušení rozhodnutí²⁰⁸ Komise ze dne 9. června 1976, jímž jí byla udělena pokuta ve výši 1 098 000 německých marek za zneužití dominantního postavení podle tehdy platného článku 86 smlouvy EHS.²⁰⁹

Společnost HLR byla v dominantním postavení na trzích některých vitamínů (A, B2, B3, B6, C, E a H), na nichž se její tržní podíl pohyboval v rozmezí 47-95 %, přičemž její celkový podíl na světové výrobě vitamínů a objemu jejich prodeje činil 65 % respektive 60 %. Konkrétně jí bylo vytýkáno, že se na těchto trzích dopustila protisoutěžního jednání tím, že vážala své nejdůležitější zákazníky (jejichž poptávka v té době činila 25 % celkové produkce HLR a 16 % veškeré světové poptávky) systémem věrnostních rabatů, jež byly podmíněny exkluzivním nebo skoro exkluzivním odběrem.²¹⁰

4.1.1 Struktura rabatů

Společnost HLR aplikovala rabaty za exkluzivní nebo skoro exkluzivní odběr svých zákazníků. Pro udělení rabatu vyžadovala, aby od ní její zákazníci odebírali alespoň 90 % své poptávky. Na oplátku jim HLR poskytovala vitamíny za nejnižší cenu, kterou za dané množství nabízela na jejich národním trhu. Součástí dohody pak byla i tzv. „*English clause*“, zakládající povinnost odběratelů informovat HLR o lepší nabídce ze strany konkurence. V takovém případě HLR nabídla odběrateli stejnou nebo nižší cenu, bylo-li to v jejich možnostech. Nevyrovnala-li HLR nabídku konkurence, měli zákazníci svolení uspokojit svoji poptávku u konkurence bez ztráty rabatu. Stejně platilo, nebyla-li HLR schopná dostat požadavkům zákazníka z kapacitních důvodů.²¹¹

²⁰⁷ Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 13. února 1979 ve věci *Hoffman-La Roche & Co. AG* proti Komisi Evropských společenství 85/76.

²⁰⁸ Rozhodnutí Komise ze dne 9. června 1976 v řízení ohledně článku 86 Smlouvy EHS, 76/642/EEC, (IV/29.020-Vitamins).

²⁰⁹ Obsah článku 86 Smlouvy EHS odpovídá obsahu článku 102 SFEU.

²¹⁰ Body 5-11 rozhodnutí Komise ve věci.

²¹¹ Body 11 a 12 tamtéž.

Každoročně potom zákazníci, kteří splnili podmínky, obdrželi rabat ve výši pohybující se mezi 1-5% (jeden zákazník – společnost Merck, měla nárok na rabat dokonce ve výši 12,5 – 20 %). Výhody tak byly zcela zřejmé, stejně jako vázací síla rabatů, jelikož v případě změny dodavatele a neuspokojení požadované části přišel odběratel o celý rabat. Ostatně i sama společnost s tímto cílem rabaty nabízela, když ve svých interních dokumentech uváděla: *“věrnostní smlouvy poskytují velmi účinnou ochranu proti konkurenci.”*²¹²

4.1.2 Posouzení Evropské komise

Komise posuzovala chování podle tehdy platného článku 86 smlouvy o EHS. V souladu s postupem při hodnocení porušení pravidel hospodářské soutěže ohledně zneužití dominantního postavení tak musela nejdříve určit relevantní trh a dominantní postavení. S tím druhým neměla Komise potíže, jelikož HLR držela celkový podíl na trhu přesahující 60 %. Relevantním výrobním trhem pak shledala trhy jednotlivých vitamínů odděleně, jelikož různé jejich typy nejsou vzájemně zastupitelné. Relevantním zeměpisným trhem pak určila celý společný trh.²¹³

Komise shledala, že *„dané jednání zakládá zneužití dominantního postavení, protože svojí povahou narušuje svobodu výběru a rovnost v zacházení s odběrateli a omezuje soutěž mezi výrobci“*.²¹⁴ Hlavní důvody pro to shrnula do čtyř bodů: I) Zákazníci byli vázáni k odběru velkých částí své poptávky, II) slevy poskytované zákazníkům nevyplývaly z úspor z rozsahu zvýšené výroby, III) rabaty byly závislé na celkovém odběru napříč všemi druhy výrobků (*across the board rebates*), IV) součástí dohod byla i tzv. *„English clause“*.

Zajímavé je, že komise vyhodnotila tento systém rabatů jako porušující ustanovení článku 86 písm. c) smlouvy EHS, spočívající v uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, zatímco v současnosti je na rabaty nahlíženo jako na praktiku porušující ustanovení písm. b), tedy jednání omezující výrobu, odbyt nebo technický vývoj na úkor spotřebitelů.²¹⁵

²¹² Bod 12 rozhodnutí Komise ve věci. Přeloženo z anglické verze rozhodnutí ve znění: *“fidelity contracts provide a very efficient protection against competition“*. Originální jazykovou verzí je němčina.

²¹³ Body 20 a 21 rozhodnutí Komise ve věci.

²¹⁴ Bod 22 tamtéž. Pozn. Překlad autora.

²¹⁵ O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge, (2006), op. cit., Úvodní slovo edice.

4.1.3 Posouzení Evropského soudního dvora

Společnost Hoffman-La Roche rozhodnutí Komise napadla u Evropského soudního dvora²¹⁶ a opřela svoji žalobu o čtyři důvody. *Zaprvé*, rozhodnutí Komise porušuje základní právní princip předvídatelnosti a určitosti ustanovení, za jejichž porušení je možné udělit trest. *Zadruhé*, rozhodnutí trpí formálními vadami způsobenými nesprávným postupem v řízení. *Zatřetí*, vyložení daného chování je nesprávným právním posouzením a špatnou aplikací článku 86 smlouvy EHS. A *začtvrté*, Komise neprávem uložila společnosti HLR pokutu, neboť tato nejednala úmyslně ani z nedbalosti.²¹⁷

Za rozbor stojí především třetí argument, kterým se soud zabýval nejpodrobněji a detailně při jeho analýze zkoumal nastavené schéma rabatů. Podle soudu bylo nepřijatelné, aby podnik v dominantním postavení vázal své odběratele odebírat od něj většinu jejich poptávky, ať již bylo splnění této podmínky bez významu či bylo předpokladem k udělení rabatu. Takové jednání bylo možné považovat za zneužití dominantního postavení, a to i v případě, kdy o takový závazek požádal odběratel.²¹⁸ Stejně bylo nutné posoudit situace, ve kterých neexistovala žádná forma závazku odebírat veškerou nebo většinu své poptávky u dominantního podniku, jestliže byl odběrateli navrhnut systém rabatů, jejichž přidělení záviselo na uspokojení obdobné části poptávky, přičemž na absolutním množství nezáleželo.²¹⁹

Takové závazky soud považoval za nepřijatelné, jelikož slevy na rozdíl například od čistě množstevních rabatů nevyplývaly z úspor z rozsahu výroby, ale představovaly způsob zamezení ostatním výrobcům ve vstupu na trh. Musel se však ještě vypořádat s tvrzením HLR, že rabaty, které poskytovala, byly právě těmito kvantitativně závislými rabaty a nikoliv rabaty věrnostními. Za tímto účelem je rozdělil do dvou kategorií – *rabaty s fixní sazbou* a *rabaty s progresivní sazbou*. První z nich se vyznačují tím, že procentuální sazba rabatu není závislá na odebraném množství výrobků. Sazba druhého typu se pak zvyšuje se zvyšujícím se odebraným množstvím. Argumenty HLR však byly odmítnuty a oba typy rabatů byly

²¹⁶ Tribunál jako dnešní první stupeň, u něhož jsou řešeny žaloby směřující proti rozhodnutí Komise byl založen až v roce 1989 jako tzv. soud prvního stupně.

²¹⁷ Podmínka stanovená v článku 15 odst. 2 nařízení č. 17/1962 – první nařízení, kterým se provádějí články 85 a 86 Smlouvy.

²¹⁸ Bod 89 rozhodnutí Soudního dvora ve věci.

²¹⁹ Bod 90 tamtéž.

posouzeny jako protisoutěžní. Zatímco u prvního typu je zcela zřejmé, že nelze hovořit o kvantitativních rabatech, jelikož jsou neměnné v závislosti na množství, u druhého typu to již tak jednoznačně být nemusí.

Rabaty s progresivní sazbou jsou závislé na velikosti odběru a mohou tak naznačovat, že se zakládají na ekonomických předpokladech. Jak však Komise i soud zjistily, v daném případě byly u každého zákazníka nastaveny individuálně a nemohly tak objektivně odrážet úspory z rozsahu výroby, neboť každý z nich odebíral jiné množství. Promyšleně nastavené množstevní prahy odpovídaly jednotlivým poptávkám tak, aby co nejvíce tlačily na jejich uspokojení v co největším objemu. Proto i tyto rabaty byly shledány jako mající za cíl vázat zákazníky a chováním klasifikovatelným jako zneužití dominantního postavení, a tedy zakázanými.²²⁰

Přestože soud všechny argumenty HLR zamítl, sám z vlastní iniciativy přehodnotil výměr pokuty a snížil ji na 732 000 německých marek. Učinil tak z důvodu jiného posouzení relevantního období, které Komise vyhodnotila jako pětileté, zatímco soud vzal v potaz pouze tři roky.²²¹

Toto rozhodnutí nebylo podloženo žádnými ekonomickými analýzami, rabaty byly zakázány *per se*, a rozhodnutí je tak jasným důkazem formalistického rozhodování Komise a ESD. Pouhá schopnost rabatu vázat jiné měla pro rozhodující orgány zásadní význam, ty nebraly v potaz ani případnou vůli jednotlivců vstupovat do takových závazků, jestliže druhou stranou byl dominantní podnik. Odvoláváním se na zvláštní povinnost takového podniku nepoškozovat hospodářskou soutěž jim zabránily v získání výhodnějších podmínek, aniž by zkoumaly celkový dopad této praktiky na trh.

4.2 Michelin I

Rozhodnutí ESD, které následovalo rozhodnutí ve věci *Hoffman-La Roche* bylo rozhodnutí ve věci *Michelin I* z roku 1983.²²² Jednalo se o první ze dvou rozhodnutí proti francouzskému výrobcí pneumatik, v daném případě proti jeho pobočce v Nizozemsku NV Nederlandsche

²²⁰ Body 92-100 rozhodnutí Soudního dvora ve věci.

²²¹ Body 140-141 tamtéž.

²²² Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 9. listopadu 1983 ve věci NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin proti Komisi Evropských společenství, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313.

Banden Industrie Michelin (dále pouze „Michelin“). Michelin jakožto jeden z největších světových výrobců pneumatik zastával pozici největšího výrobce pneumatik na trhu EHS. V Nizozemsku byl dokonce jediným výrobcem pneumatik pro kamiony. Na nizozemském trhu nových pneumatik pro nákladní vozidla a autobusy pak byl v letech 1975-1980 v dominantním postavení s podílem na celkovém prodeji nových pneumatik pohybujícím se mezi 59 % a 65 %.²²³ Právě v souvislosti s tímto trhem s ním bylo vedeno řízení před Komisí a ESD.

4.2.1 Struktura rabatů

Michelin měl nastavenou komplexní cenovou politiku včetně rozsáhlého systému slev. Kromě slev, jež odběratelům poskytoval okamžitě (*invoice discounts*) a jež jim sděloval na začátku roku písemnou formou, obsahoval systém i slevy udělované zpětně za kalendářní rok (rabaty). Ty však nebyly zveřejňovány, ale byly odběratelům sdělovány pouze ústně. Rabaty se přitom uplatňovaly v rozmezí 10-22 % v roce 1977 a vztahovaly se až na $\frac{3}{4}$ všech odběratelů²²⁴ pneumatik pro kamiony. V dalších letech však výše rabatu postupně klesla na rozmezí 1-5 % v roce 1978 a na 0-2 % v roce 1979. Zvýšila se naopak sleva poskytovaná odběratelům okamžitě, která v roce 1979 mohla činit až 30 %. Kromě těchto dvou hlavních slev poskytoval Michelin dodavatelům i různé měsíční bonusy a další výhody, které se však zpravidla pohybovaly jen v řádu jednotek procent.²²⁵ Systém lze znázornit následující tabulkou:

Rok	1975	1976	1977	1978	1979	1980
Jednorázová sleva	15 %	15 %	15 %	22,5 %	30 %	30 %
Měsíční bonus	-	-	-	3-10 %	-	-
Čtyřměsíční bonus	-	-	-	-	0-3 %	0-3 %
Roční bonus	10-22 %	10-22 %	10-22 %	1-5 %	0-2 %	0-2 %
Skonto bonus	2 %	2 %	2 %	2 %	2 %	2 %
Maximální bonus	35,4 %	35,4 %	35,4 %	35,675 %	36,2 %	36,2 %

Tabulka 2 – Schéma rabatů ve věci Michelin I.²²⁶

²²³ Rozhodnutí Komise ze dne 7. října 1981 v řízení ohledně článku 85 Smlouvy EHS ve věci Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, 81/969/EEC (IV.29.491).

²²⁴ Jednalo se o dealery, nicméně dále bude pracováno s termínem odběratel.

²²⁵ Bod 22 Rozhodnutí Komise ve věci.

²²⁶ Při posouzení těchto hodnot v kontextu ekonomického rozboru v předcházejících kapitolách je zjevné, že taková výše rabatů (přes 20 %) musela mít nutně vázající efekt, vezmeme-li v potaz i okolnost, že nejbližší větší

Na rozdíl od ostatních podniků na trhu, Michelin tyto bonusy určoval jednotlivě pro každého odběratele zvlášť. Vycházel přitom z poměru jeho pneumatik na celkovém objemu poptávky odběratele a jeho meziročním růstu nebo údržbě.²²⁷ Vyplacení ročního bonusu a čtyřměsíčního bonusu se určovalo podle cílů stanovených na počátku každého kalendářního roku, resp. jejich naplnění ke konci příslušného období. Ve většině případů byly stanoveny tři úrovně cílů, přičemž nejvyšší z nich zpravidla přesahoval objem odebraný předcházející rok, aniž by byl bonus za jeho splnění v porovnání s předcházejícím rokem navýšen.²²⁸

4.2.2 Posouzení Evropské komise

Komise shledala dané schéma rabatů jako protisoutěžní, zakládající zneužití dominantního postavení, a rozhodnutím ze dne 7. října 1981 udělila společnosti Michelin pokutu ve výši 680 000 ECU.²²⁹ Chování vyhodnotila stejně jako v případě HLR, tedy jako porušující článek 86 písm. c) smlouvy EHS, a tudíž jednání diskriminační, nastavující nerovné podmínky pro odběratele, jejichž postavení je srovnatelné. Nastavením individuálních cílů podle ní systém slev jednoznačně směřoval k uzavírání odběratelů, čímž výrazně ztěžoval ostatním výrobcům prosazení se na trhu. Tento efekt byl ještě umocněn tím, že stanovené cíle v jednotlivých letech rostly (případně zůstávaly na stejné úrovni například v době nepříznivé ekonomické situace).

Michelin argumentoval obdobně jako HLR tím, že takto nastavené rabaty jsou pouze variantou kvantitativních rabatů. Komise však argument zamítla s tím, že takto je na dané rabaty možné nahlížet pouze v kontextu jednotlivých odběratelů a nevztahuje se k objektivně vyjádřeným množstvím odběru.²³⁰ Opakovala tak odůvodnění ESD z rozhodnutí ve věci HLR. Zdůraznila, že takto nastavené slevy *je nutné považovat za věrnostní rabaty*, přestože nejsou výslovně vázány na podmínku exkluzivního nebo skoro exkluzivního odběru.²³¹

Zajímavý pohled Komise zaujala na skutečnost, že naprostá většina ujednání týkající se rabatů měla pouze ústní formu. Ústní forma podle ní zvyšuje účinnost věrnostních rabatů, neboť

konkurenti drželi v té době tržní podíl maximálně mezi 4-8 % (viz bod 35 komise) a nemohli tak v žádném případě odběratelům vynahradit ztrátu rabatu poskytovaného dominantním podnikem. Potřebovali by tržní podíl alespoň ve výši 20 %, aby efektivní cena za odpovídající množství výrobků nebyla záporná. Nicméně, Komise si zde vystačila i bez ekonomické analýzy.

²²⁷ Na absolutních objemech tedy nezáleželo.

²²⁸ Body 23-24 Rozhodnutí Komise ve věci.

²²⁹ European Currency Unit – jednotka měny sloužící k zúčtování mezinárodních transakcí v rámci ES, později nahrazena Eurem. Bod 63 rozhodnutí Komise.

²³⁰ Bod 42 rozhodnutí Komise ve věci.

²³¹ Bod 44 tamtéž.

ztěžuje odběratelům učinit přesné srovnání mezi nabídkou dominantního podniku a nabídkou konkurenta. Posiluje tak nezávislou pozici dominantního podniku.

4.2.3 Posouzení Evropského soudního dvora

Michelin rozhodnutí Komise napadl žalobou ze dne 28. prosince 1981 u ESD. Svou žalobu opřel o pět důvodů: Zaprvé, nesprávný procedurální postup Komise; zadruhé, Komise nesprávně určila dominantní postavení Michelinu; *zatřetí, Komise chybně rozhodla, že systém slev byl zneužitím dominantního postavení*; začtvrté, nesprávné posouzení způsobilosti ovlivnit obchod mezi členskými státy a konečně zapáté, neoprávněnost anebo případně nepřiměřenost pokuty.²³²

Rozhodným z hlediska vnímání věrnostních rabatů ESD je jeho vypořádání se se třetím důvodem Michelinu. Na rozdíl od rozhodnutí ve věci *Hoffman-La Roche*, zde soud stěžovateli částečně vyhověl a v důsledku toho vyhověl i pátému důvodu žaloby a pokutu snížil na 300 000 ECU. Nicméně, potvrdil svoji pozici ohledně rozdílu v posuzování rabatů vázaných čistě na odebraný objem a věrnostních rabatů, jejichž cílem je zabránit dodavateli uspokojovat svoji poptávku u jiného výrobce.²³³ Upozornil, stejně jako Komise, že je nutné tento typ věrnostních rabatů odlišit od věrnostních rabatů aplikovaných HLR, neboť neobnáší výslovnou podmínku exkluzivity. Z toho důvodu bylo nutné tento typ blíže zkoumat v kontextu dalších okolností: zaprvé, že Michelin na sebe vázal odběratele a zadruhé, že vůči nim uplatňoval různé podmínky, přestože byli v podobném postavení.²³⁴

Co se týče schopnosti rabatů vázat odběratele, ESD potvrdil svoji předchozí judikaturu, přičemž odmítl i argument Michelinu, odvolávající se na velmi nízkou sazbu rabatu, a uzavřel s tím, že: *„Jakýkoliv systém, podle něž jsou přidělovány slevy v závislosti na prodaném množství během dlouhého referenčního období, má neoddělitelný efekt tlaku na odběratele na konci daného období dosáhnout na objem nákupů nezbytný pro získání slevy, anebo vyhnout se utrpění očekávané ztráty za celé období... Bylo tudíž velmi obtížné pro jeho konkurenty*

²³² Bod 4 rozhodnutí Soudního dvora ve věci.

²³³ Bod 71 tamtéž.

²³⁴ Bod 74 tamtéž.

*vyrovnat dealerům benefity anebo ztráty pramenící z dosažení anebo nedosažení cílů stanovených Michelinem“.*²³⁵

Ohledně diskriminační povahy slevového systému Komise podle soudu neunesla důkazní břemeno a ten tedy nemohl potvrdit její závěry o takovém jednání. Komise v ústním řízení dokonce přiznala, že se dopustila chyby v souvislosti s některými důkazy – opírala se nesprávně o objemy celkových nákupů pneumatik a ne o celkový obrat odběratele. Soud tedy zamítl tvrzené rozdílné jednání ze strany Michelinu a částečně tak zrušil²³⁶ rozhodnutí Komise. Potvrdil však zneužití dominantního postavení co do chování Michelinu vůči jeho odběratele, aniž by upřesnil, podle jakého ustanovení článku 86 smlouvy EHS je takové jednání protisoutěžní.

Lze tak zhodnotit, že v rozhodnutí *Michelin I* ESD potvrdil svůj předchozí formalistický přístup k věrnostním rabatům a jejich zákazu *per se*. V daném případě sice uznal, že nelze tyto rabaty bez dalšího hodnotit stejně jako rabaty za exkluzivní odběr a že musí být zkoumány další okolnosti, nicméně opět bez jakékoliv ekonomické analýzy je označil jako věrnostní. Tedy takové, jež jsou schopné vázat odběratele, a tím bránit konkurenci v jejich získávání. Jak bylo ukázáno ve druhé a třetí části práce tento typ rabatů má nepochybně za určitých okolností tuto vázací a vylučovací schopnost, nicméně neplatí to vždy a nelze je proto nepodloženě odsuzovat jako škodlivé.

4.3 Michelin II

Dvacet let po prvním rozhodnutí proti společnosti Michelin vydala Komise v roce 2001 další rozhodnutí²³⁷ trestající Michelin pokutou ve výši 19 760 000 EUR za zneužití dominantního postavení a za uplatňování nedovoleného systému věrnostních rabatů. Na rozdíl od předcházejících rozhodnutí, ve věci *Michelin II* nepřezkoumával rozhodnutí Komise ESD, jelikož byl mezitím zřízen Tribunál ESD. Vzhledem k tomu, že proti rozhodnutí tribunálu již opravný prostředek podán nebyl, ESD se ke slovu v *Michelin II* nedostal.

²³⁵ Body 81 a 82 rozhodnutí Soudního dvora ve věci. Pozn. vlastní překlad autora práce z anglické verze, česká jazyková verze rozhodnutí není k dispozici, autentickým jazykem řízení je pouze francouzština.

²³⁶ Kromě rozebraného výroku zrušil i druhý výrok trestající Michelin za udělení jednorázového bonusu v roce 1977, který zde pro bezpředmětnost nebyl rozebírán.

²³⁷ Rozhodnutí Komise ze dne 20. června 2001 v řízení ohledně článku 82 Smlouvy ES 2002/405/EC 2002/405/EC, (COMP/E-2/36.041/PO — Michelin).

Oproti rozhodnutí ve věci *Michelin I*, ve kterém bylo vytýkáno zneužití dominantního postavení nizozemské pobočky, v *Michelin II* bylo vedeno řízení přímo s francouzskou společností Michelin. Ta se v době rozhodování podle Komise nacházela v dominantním²³⁸ postavení na francouzském trhu pneumatik pro těžká vozidla.²³⁹

4.3.1 Struktura rabatů

Obdobně jako v *Michelin I* cenová politika Michelinu sestávala z katalogových cen a bohatého systému slev a rabatů. Díky změně francouzské legislativy²⁴⁰ a následné změně cenové politiky Michelinu je potřeba rozdělit referenční období na časový úsek mezi lety 1980–1996 a období po roce 1996.²⁴¹

A) V prvním období Michelin vyplácel rabaty ke konci února roku následujícího po roce, v němž nárok na rabat vznikl. Lze rozlišovat tři typy rabatů, které během daného období poskytoval: kvantitativní rabaty (*quantitative rebates*), rabaty za kvalitu služeb poskytnutých dealery (*service bonuses*) a rabaty udělované za zvýšení prodejů (*progress bonuses*). K těmto rabatům je však potřeba doplnit ještě bonusy vyplývající ze speciálních smluv uzavíraných Michelinem s těmi neúspěšnějšími dealery.

I) Kvantitativní rabaty byly udělovány za kalendářní rok podle celkového prodeje všech typů pneumatik (až na některé výjimky, které měly podmínky vymezeny jinak). Jejich sazba se v roce 1995 pohybovala v rozmezí 7,5 % (při obratu alespoň 9000 Francouzských franků) po 13 % (obrat alespoň 22 milionů).²⁴² Jednotlivé sazby a obraty požadované k přidělení rabatu za rok 1995 zachycuje následující tabulka:

Roční obrat (FRF)	Sazba rabatu v %	Roční obrat (FRF)	Sazba rabatu v %	Roční obrat (FRF)	Sazba rabatu v %	Roční obrat (FRF)	Sazba rabatu v %
9 000	7,50	172 000	10,65	5 855 000	11,85	10 660 000	12,45

²³⁸ Přesná čísla určující podíl na trhu bohužel byla ze zveřejněného rozhodnutí Komise vypuštěna kvůli ochraně obchodního tajemství.

²³⁹ Lze rozlišovat trh s novými a s protektorovanými (recyklovanými) pneumatikami. V následující části však bude pro zjednodušení rozebráno pouze schéma rabatů vztahující se k novým pneumatikám.

²⁴⁰ Francouzský zákon zakazující prodej se ztrátou – zákon číslo 96-588 ze dne 1. července 1996, o poctivých a vyvážených obchodních vztazích, dostupný z: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000560166&categorieLien=id>.

²⁴¹ Bod 53 rozhodnutí Komise ve věci.

²⁴² Bod 57 tamtéž.

Roční obrat (FRF)	Sazba rabatu v %	Roční obrat (FRF)	Sazba rabatu v %	Roční obrat (FRF)	Sazba rabatu v %	Roční obrat (FRF)	Sazba rabatu v %
15 000	8,50	241 000	10,75	6 242 000	11,90	11 170 000	12,50
25 000	9,00	492 000	10,85	6 604 000	11,95	11 730 000	12,55
30 000	9,25	757 000	10,95	6 934 000	12,00	12 520 000	12,60
35 000	9,50	1 030 000	11,05	7 280 000	12,05	13 380 000	12,65
45 000	9,85	1 306 000	11,15	7 640 000	12,10	14 314 000	12,70
60 000	10,00	1 656 000	11,25	8 020 000	12,15	15 314 000	12,75
80 000	10,10	2 100 000	11,35	8 415 000	12,20	15 385 000	12,80
100 000	10,20	2 663 000	11,45	8 830 000	12,25	17 532 000	12,85
118 000	10,35	3 376 000	11,55	9 260 000	12,30	18 792 000	12,90
142 000	10,50	4 280 000	11,65	9 710 000	12,35	20 145 000	12,95
		5 136 000	11,75	10 180 000	12,40	22 000 000	13,00

Tabulka 3 – Schéma rabatů ve věci Michelin II.²⁴³

II) *Rabaty za kvalitu služeb* byly Michelinem poskytovány za účelem motivovat dealery ke zlepšení služeb.²⁴⁴ Uděloval je na základě bodového systému, kdy každý závazek dealera poskytovat služby byl hodnocen z hlediska svého splnění body. Požadované obraty pro získání rabatu se jednotlivé roky vyvíjely, stejně tak jako jejich sazba, která činila 0-1,5 % mezi lety 1980–1991 a 0-2,25 % v období mezi rokem 1992 a rokem 1996.²⁴⁵

III) *Rabaty za zvýšení prodeje* byly poskytovány těm dealerům, kteří na začátku roku písemně souhlasili s překročením prahu, který byl nastaven v závislosti na loňském roce. Výše rabatu se pohybovala mezi 2,5 - 15 % v letech 1980-1984, 5-15 % v roce 1985 a 7,5 – 15 % mezi lety 1986-1994. Bonusy se však počítaly pouze z tržeb nad stanoveným prahem, nicméně pokud dealer práh překonat nedokázal, obdržel i tak bonus ve výši 0,5 % vypočítaný ze všech odebraných pneumatik.²⁴⁶

IV) *Speciální podmínky pro nejlepší dealery* byly sjednávány s těmi dealery, kteří překročili maximální obraty pro udělení množstevních rabatů (tzn. 22 milionů FRF). Tito měli možnost

²⁴³ Bod 69 rozhodnutí Tribunálu ve věci.

²⁴⁴ Jak zákazníkům – např. znalost produktu, vyškolení zaměstnanců, tak i Michelinu – např. nabízení nejnovějších produktů, poskytování informací ohledně zákazníků apod.

²⁴⁵ Body 60-66 tamtéž.

²⁴⁶ Body 67-74 tamtéž.

uzavřít s Michelinem smlouvu o spolupráci. Podle jejích podmínek se zavazovali poskytovat Michelinu informace související s prodejem a následným servisem, čímž pomáhali Michelinu uvádět na trh nové produkty a plánovat výrobu. Za takové informace jim pak mohly být k sazbě kvantitativního rabatu za dané období připočteny až další dva procentní body. K rabatům za zvýšení prodejů pak měli v některých letech možnost přičíst až 3 % z celkového ročního obratu, překročili-li stanovený práh alespoň o 15 %. Kromě rabatů obsahovaly smlouvy i jiné výhody, jako např. půjčky či dřívější vyplácení rabatů.²⁴⁷

B) *Ve druhém období* (tedy po roce 1996) se systém přidělování rabatů za odběr nových pneumatik výrazně proměnil. Byly zrušeny předcházející typy a zavedeny čtyři nové: fakturační rabat (*invoice rebates*), bonus za dosažení cíle (*achieved-target bonus*), rabaty za uplynulý rok (*end-of-year rebates*) a rabaty za více produktů (*multiproduct rebates*).²⁴⁸ Kromě toho byly pro udělování rabatů jednotlivé typy pneumatik odlišeny podle druhu těžkého vozidla, kterému náležely.

I) *Fakturační rabaty* se odvíjely alternativně od: a) nákupů uskutečněných za poslední rok, b) průměru nákupů za poslední dva roky či c) průměru nákupů za poslední tři roky a jejich sazba se pohybovala v rozmezí 15-17 % v roce 1997 resp. 15-19 % v roce 1998. Tyto slevy jim Michelin podobně jako v *Michelinu I* poskytoval při fakturaci.²⁴⁹ Pro nové dealery pak byla sazba nastavena na 15 %.²⁵⁰

II) *Rabaty za dosažení cíle* závisely na spokojenosti dealera s podmínkami uplatňovanými u fakturačních rabatů. Uplatňovaly se pouze tehdy, jestliže dealer měl ambice dosáhnout vyšší sazby rabatu, než ke kterému byl podle výsledků z minulých let oprávněn. V takovém případě uzavřel s Michelinem smlouvu o dosažení určitého cíle. Pokud jej dosáhl, byl mu kromě

²⁴⁷ Body 75-79 rozhodnutí Tribunálu ve věci. To znamená de facto i vyšší hodnotu rabatu s ohledem na snižující se hodnotu peněz v čase.

²⁴⁸ Bod 83 tamtéž. Pozn. autentickým jazykem rozhodnutí je francouzský jazyk, anglické názvy jsou uvedeny pouze pro srovnání, ve francouzštině jsou jednotlivé typy rabatů popořadě označeny následovně: Les Remises sur facture, la Prime pour objectif atteint, Les Rappels de fin d'année a konečně Le Rappel multiproduit. Jsou tak detailněji názvoslovně odlišovány jednotlivé typy, přičemž žádný není označován slovem „rabais“, jež je francouzským ekvivalentem angl. slova „rebate“. To však na jejich kvalifikaci nic nemění.

²⁴⁹ Zde je patrně přiléhavější slovo sleva (fr. la remise), neboť na rozdíl od rabatů není poskytována zpětně, ale okamžitě (viz. PÉTIT, Nicolas, op. cit., str. 342-343). Jedná se však pouze o formalitu, která nemá reálný vliv a v odborné literatuře (obzvláště té v anglickém jazyce) i praxi je s termíny pracováno jako se synonymy.

²⁵⁰ Body 84 -89 rozhodnutí Komise ve věci.

příslušného fakturačního rabatu vyplacen i rabat za splnění cíle ve výši 2 % z celkového ročního obratu v roce 1997 resp. 1,5 % v roce 1998.²⁵¹

III) *Rabat za uplynulý rok* Michelin uděloval a vypočítával podle fakturačních bonusů a celkového ročního obratu dealera. Vypláceny byly zpětně za uplynulý rok v únoru roku následujícího. Systém lze nejjednodušeji zachytit následující tabulkou:

Rok 1997			Rok 1998		
Fakt. rabat v %	Celkový obrat v tisících (FRF)	Rabat za uplynulý rok v %	Fakt. rabat v %	Celkový obrat v tisících (FRF)	Rabat za uplynulý rok v %
15		0	15		0
16	<150	1,0	18	<120	3,75
	>150 a <300	1,5		>120 a <250	4,00
	>300	2,0		>250	4,25
16,5	<600	1,5	18,5	<750	4,25
	>600 a <1200	2,0		>750 a <1200	4,50
	>1200	2,5		>1200	4,75
17	<2500	2,0	19	<3000	4,75
	>2500 a <3500	2,5		>3000 a <3800	5,00
	>3500	3,0		>3800	5,25

Tabulka 4 – Schéma rabatů za uplynulý rok ve věci Michelin II.²⁵²

IV) *Rabaty za více produktů* mohly dosahovat až výše 2,70 % z ročního obratu, byly-li splněny požadované poměry prodejů mezi jednotlivými typy pneumatik.

Kromě rabatů existovala podobně jako v prvním období možnost užší spolupráce, a to buď prostřednictvím tzv. „Pro“ smlouvy anebo smlouvy o spolupráci (klub přátel Michelinu). V rámci této užší spolupráce byli dealeri odměňováni a byly jim poskytovány další drobnější slevy v řádu jednotek procent.²⁵³

²⁵¹ Bod 90 rozhodnutí Komise ve věci.

²⁵² Bod 91 tamtéž.

²⁵³ Body 97-108 tamtéž.

4.3.2 Posouzení Evropské komise

V porovnání s předcházejícími případy je rozhodnutí Komise ve věci *Michelin II*, vzhledem k různorodosti typů rabatů mnohem obsáhlejší, neboť se Komise musela se všemi postupně vypořádat. Posuzovala rovněž velmi dlouhé období, téměř dvacet let (1980-1999), přičemž nakonec jako období zneužití dominantního postavení označila pouze posledních devět let (1990-1998).

U systému rabatů hodnotila tři faktory: neférovost praktiky, věrnost-vyvolávající efekt a schopnost členit trh. Ne vždy přisoudila každému druhu všechny tyto vlastnosti, u jednotlivých rabatů budou tedy rozebrány pouze faktory, na něž kladla Komise při posuzování důraz nebo jejichž odůvodnění se liší od dříve uvedených argumentů.

I) Kvantitativní rabaty. Přestože pohledem pod optikou rozhodnutí *Hoffman-La Roche* a *Michelin I* by se mohlo zdát, že Komise nemohla mít s těmito rabaty problém, jelikož na rozdíl od rabatů ve zmíněných věcech nebyly individualizovány, není tomu tak. Komise zdůraznila okolnost, že rabaty byly udělovány za celý rok a vypláceny zpravidla až na konci února a měly tak významný efekt na rozhodování dealera.²⁵⁴

Problémem rovněž bylo, že dealéři prodávali pneumatiky pouze s velmi nízkou marží (do konce roku 1995 dokonce se ztrátou²⁵⁵), a přidělení rabatu tak pro ně znamenalo zásadní událost, jež rozhodovala o jejich hospodářském výsledku za uplynulý rok. Právě to byla jedna z okolností, v níž spatřovala Komise neférovost praktiky. Dealéři do poslední objednávky nevěděli, zda bude jejich celkový roční obrat dostatečný na získání uspokojivého bonusu. Tato situace je pak odrazovala od nákupu u ostatních výrobců a raději uspokojovali poptávku u Michelinu (věrnost-vyvolávající efekt).

Takto nastavený systém neztěžoval soutěž pouze místním konkurentům, ale i zahraničním podnikům, a to dokonce i zahraničním pobočkám Michelinu, neboť rozhodné obraty se určovaly na základě odběrů uskutečněných výhradně u francouzské společnosti. Michelin byl tak nejen schopen účinně kontrolovat trh a dělit jej na území jednotlivých států, ale především si zachovat výsadní pozici na francouzském trhu.²⁵⁶

²⁵⁴ Body 215-217 rozhodnutí Komise ve věci.

²⁵⁵ Do doby, než to bylo francouzskou legislativou zakázáno. Viz bod 4.3.1 [Struktura rabatů](#).

²⁵⁶ Body 240-247 rozhodnutí komise ve věci.

Stejně jako kvantitativní rabaty byly posouzeny i IV) *Speciální podmínky pro nejlepší dealery*, které měly stejnou povahu, akorát se vztahovaly na vyšší objemy.²⁵⁷

II) *Rabaty za zlepšení služeb* Komise označila bez dlouhých rozborů jako zneužití dominantního postavení, jelikož byly udělovány na základě na do značné míry subjektivního posouzení získaných bodů ze strany Michelinu. Byly tedy téměř nevyhnutelně diskriminačními a naplnily tak podstatu ustanovení článku 82 písm. c) Smlouvy ES. Stejně tak nutily dealery upřednostňovat propagaci produktů Michelinu na úkor produktů konkurence, neboť body závisely i na poměru pneumatik Michelin na celkovém prodeji dealera.

III) *Rabaty za zvýšení prodejů* přilákaly zvýšenou pozornost Komise, když je ohodnotila jako: “zvláště škodlivé, jelikož se k jejich získání musel dealer zavázat k minimálnímu objemu nákupů odpovídajícímu buď nákupům z předcházejícího roku, anebo průměru posledních dvou nebo tří let.”²⁵⁸ Komise zdůraznila, že podnik v dominantním postavení nemůže zvyšovat svoje tržní podíly tím, že nutí své odběratele od něj odebírat více než v předchozím období a že takovýto typ rabatu je nutně neférový a diskriminační, jelikož různí dealeri zaznamenali různé výsledky v předcházejících letech, a větší dealer tak musel překročit větší množstevní práh, aby dosáhl na stejný bonus. Překročení prahu a další uspokojování poptávky u Michelinu se nepochybně muselo projevit na poptávce po výrobcích konkurence, neboť dealeri hnáni vidinou vyššího bonusu uspokojovali u Michelinu poptávku v co nejvyšší možné míře. Zvýšením podílu Michelinu, musel zákonitě klesnout souhrnný podíl ostatních výrobců.²⁵⁹

Rabaty ve druhém období se proměnily, ale škodlivé účinky na hospodářskou soutěž měly podle Komise i ony.

I) *Fakturační rabaty* byly sice udělovány okamžitě, nicméně jejich sazba závisela na nákupech uskutečněných v předcházejícím období. V době objednávky nevyvíjel rabat na dealera žádný tlak, neboť ten jej měl již jistý a mohl tak objednat množství, které skutečně vyžadoval. Výše rabatu pro následující rok nicméně závisela na objemu odebraném v probíhajícím roce a v konečném důsledku tak byl dealer nucen i v tomto případě nakupovat více právě proto, aby

²⁵⁷ Bod 272 rozhodnutí Komise ve věci.

²⁵⁸ Bod 260 tamtéž. Pozn. překlad autora z angl. jazyka.

²⁵⁹ Body 260-271 tamtéž.

příští rok dosáhl na vyšší sazbu bonusu. Kromě tohoto souvisely s fakturačními rabaty i *III) rabaty za uplynulý rok*, jejichž sazba se odvíjela od sazby fakturačního rabatu a odebraného množství při této sazbě. Protisoutěžní povaha rabatů za uplynulý rok byla nesporná, a fakturační rabaty tak bylo nutné posuzovat i s ohledem na tuto okolnost.²⁶⁰

II) Rabaty za dosažení cíle. Problémem u tohoto typu byla skutečnost, že cíle stanovoval Michelin a nikoliv dealeri. Ten tak mohl podle svých potřeb vázat dealery k odběru množství zajišťujícího jejich věrnost a zvýšení prodejů jeho produktů na úkor konkurence.

Všechna takto nastavená schémata (za obě období) rabatů musela být posuzována souhrnně. Jejich jednotlivé účinky se lišily, ale jejich obecný záměr (zvýšit poměr výrobků Michelinu na celkové poptávce dealera a snížit odpovídající poměr výrobků konkurence) zůstával stejný. Toho Michelin dosahoval pomocí finanční závislosti dealerů na takto nastavených a dobře promyšlených systémech. Zejména pak rabaty vyplácené za dlouhé období měly na rozhodování dealerů velký vliv.

Komise neprováděla žádnou ekonomickou analýzu a po podrobném rozboru jednotlivých praktik prvního období je odsoudila jako zneužívající slovy: „...*system měl za následek nejistotu ohledně konečné ceny produktu, což je praktika, jež je nepřijatelná, je-li uplatňována podnikem v dominantním postavení.*“²⁶¹

U rabatů druhého období pak rovněž bez jakékoliv ekonomické analýzy uzavřela s tím, že rabaty je možné považovat za zneužití bez dalšího, jestliže vyvolávají věrnost odběratelů.²⁶²

Při stanovení výše pokuty (19,76 milionů EUR), jež byla v porovnání s pokutami v předchozích rozhodnutích řádově vyšší, hrála významnou roli skutečnost, že byl Michelin za dané jednání v minulosti již potrestán²⁶³, což Komise vyhodnotila jako přitěžující okolnost, stejně jako délku období, během kterého Michelin rabaty uplatňoval.²⁶⁴

²⁶⁰ Body 281-285 rozhodnutí Komise ve věci.

²⁶¹ Bod 279 tamtéž.

²⁶² Viz bod 295 resp. 282 tamtéž.

²⁶³ Neobstál ani argument, že se jednalo o jeho pobočku působící na jiném trhu.

²⁶⁴ Bod 361 rozhodnutí Komise ve věci.

4.3.3 Posouzení Tribunálu Evropského soudního dvora

Proti rozhodnutí komise podal dne 4. září 2001 Michelin žalobu k tribunálu ESD. Kromě nepřiměřenosti pokuty rozporoval i posouzení rabatů jako zneužití dominantního postavení. Posouzení Komise *napadal z pěti důvodů*. První tři směřovaly postupně proti posouzení kvantitativních rabatů, rabatů za zlepšení služeb a proti posouzení smluv o užší spolupráci (Michelin club). Čtvrtý důvod směřoval proti vyhodnocení systému rabatů jako souhrnu a konečně pátý důvod vytýkal Komisi, že neprovedla žádnou ekonomickou analýzu a spokojila se s formalistickým přístupem.²⁶⁵ Zatímco první čtyři důvody mířily pouze na některé typy rabatů (např. posouzení rabatu za zvýšení prodejů nebylo napadeno), pátý důvod napadal rozhodnutí jako celek a jako jediný tak mohl být způsobilý založit zrušení celého rozhodnutí.

Zajímavými (z hlediska novosti) jsou stanoviska soudu k prvnímu a k pátému důvodu odvolání.

K prvnímu důvodu. Kvantitativní rabaty, jak je výše uvedeno, jsou povoleny, jestliže jejich přidělení závisí čistě na odebraném množství, které je určeno objektivně, a jestliže výhodnost jejich poskytnutí vyplývá z úspor z většího rozsahu výroby. V případech *Michelin I* a *Hoffman-La Roche* tomu tak nebylo, a proto je Komise i ESD shledaly protisoutěžními. Ve věci *Michelin II* však byly poprvé zakázány kvantitativní rabaty, jež závisely pouze na množství a žádným způsobem se nevztahovaly k jednotlivým dealerům. Nicméně, jakékoliv rabaty mohly podle soudu mít vylučující účinek, jestliže podle soudu vyvolávaly věrnostní efekt a vážaly odběratele.²⁶⁶

V tomto ohledu soud poprvé rozlišil mezi přírůstkovými a retroaktivními rabaty: „*Systém kvantitativních rabatů nemá věrnost-vyvolávající účinky, jestliže jsou slevy udělovány při fakturaci v závislosti na velikosti objednávky. Pokud jsou slevy udělovány během referenčního období, věrnost-vyvolávající efekt je méně významný, jestliže se dodatečná sleva vztahuje pouze na množství přesahující stanovený práh, než když se sleva vztahuje na celkový obrat v daném období.*“²⁶⁷

²⁶⁵ Bod 42 Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2003 ve věci *Manufacture française des pneumatiques Michelin* proti Komisi Evropských společenství, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250.

²⁶⁶ Bod 65 rozhodnutí Tribunálu ve věci.

²⁶⁷ Bod 85 tamtéž.

V případě Michelinu se však jednalo o tzv. retroaktivní rabaty, navíc poskytované za období celého roku, a právě to byl důvod, proč byly i tyto kvantitativní rabaty zakázány, přestože nenaplnovaly znaky rabatů již dříve zakázaných. Současně Michelin nedoložil žádným způsobem, že by jejich přidělování vyplývalo z jakýchkoliv ekonomických důvodů. Soud tedy zamítl tento žalobní důvod a potvrdil posouzení Komise: „[...] Komise byla v napadeném rozhodnutí oprávněna uzavřít, že uplatňovaný systém kvantitativních rabatů byl nastaven tak, aby vázal dealery [...] udělováním výhod, které neměly jakékoliv ekonomické odůvodnění.“²⁶⁸

V pátém bodu žaloby vytýkal Michelin Komisi chybějící ekonomickou analýzu předmětných praktik. Tvrdil, že aby bylo možné aplikovat článek 82 smlouvy EHS na dané praktiky, musí být prokázán jejich efekt na hospodářskou soutěž. Komise však takový efekt žádnou analýzou neprokázala a Michelin měl za to, že by jej taková analýza zprostita viny, jelikož v posuzovaném období se jeho podíl na trhu nejenže nezvětšil, ale dokonce klesl, stejně jako ceny. Naopak namítal, že po ukončení poskytování sporných praktik jeho podíl opět vzrostl, což dokazovalo, že tyto praktiky nemohly mít věrnost-vyvolávající účinek.²⁶⁹

Soud se s důvody neztotožnil, rabaty podle něj nemusely mít nutně žádný vliv na hospodářskou soutěž (tzn. omezit hospodářskou soutěž vyloučením jiného soutěžitele), stačilo, že byly schopné takového efektu dosáhnout.²⁷⁰ Komise tedy nebyla povinna účinky na hospodářskou soutěž dokazovat.

Stejně tak soud zamítl argument klesajícího tržního podílu a cen, neboť to z hlediska posouzení protisoutěžnosti dané praktiky není relevantní. Naopak usuzoval, že nebýt této praktiky, snížení tržního podílu Michelinu a jeho prodejních cen a jeho tržního podílu by bylo velmi pravděpodobně ještě výraznější.²⁷¹

²⁶⁸ Bod 110 rozhodnutí Tribunálu ve věci.

²⁶⁹ Bod 236 tamtéž.

²⁷⁰ Na rozdíl od ustanovení článku 101 SFEU (resp. v té době článku 81 smlouvy EHS), článek 102 SFEU nerozlišuje mezi omezením hospodářské soutěže dvěma druhy jednání – „by effect“ a „by object“, tedy mezi jednáními, jejichž cílem je omezit hospodářskou soutěž a jednáními, u nichž je hospodářská soutěž omezena jejich účinkem. U dominantního podniku je tak protisoutěžnost jednání posuzována bez rozlišování jeho cíle od účinku. Viz rozhodnutí *Irish Sugar* proti Komisi, bod 170. A v konkrétním případě bod 241 rozhodnutí Michelin II.

²⁷¹ Bod 245 Rozhodnutí Tribunálu ve věci.

Ve věci *Michelin II* tak Komise i ESD zachovaly formalistický přístup, přestože situace volala po hlubší ekonomické analýze.²⁷² Odmítnutí zkoumat jakékoliv účinky daného chování může vyplývat z předcházející judikatury a může být žádoucí s ohledem na zachování právní jistoty nicméně nevyhnutelně přináší riziko snížení, resp. nezvýšení, celkového blahobytu *per se* zákazem někdy prospěšné praxe. Úvaha, že nebýt dané praxe, pokles tržního podílu by byl *velmi pravděpodobně* výraznější, je minimálně sporná, není-li demagogií.

Nicméně, je pravděpodobné, že pokud by Komise hlubší analýzu byla provedla, protisoutěžní účinek rabatů by byla prokázala. Schéma Michelinu zejména v prvním období bylo výjimečně sofistikované a zaměřené na zvyšování individuálních poptávek jednotlivých dealerů. Tím pádem výrazně ovlivňovalo jejich rozhodování, u koho pneumatiky odebírat a nejspíše poškozovalo menší podniky, které si podobnou cenovou politiku nemohly dovolit.

4.4 Tomra

V roce 2006, necelých pět let po rozhodnutí Komise ve věci *Michelin II*, vydala Komise rozhodnutí ve věci *Tomra*²⁷³, jímž udělila spol. Tomra pokutu za uplatňování věrnostních rabatů ve výši 24 milionů EUR. Řízení prošlo všemi fázemi, včetně Tribunálu, a skončilo až u SDEU, který v roce 2012 rozhodnutí komise a Tribunálu potvrdil.

Norská skupina Tomra působila v odvětví využívání použitých nápojových obalů a její podíl na evropském trhu přesahoval 70 % a po nákupu svého největšího konkurenta (1997) dokonce těžko uvěřitelných 95 %. Její hlavní činností byla výroba a prodej automatů na sběr použitých nápojových obalů.²⁷⁴ V březnu 2001 jiný její konkurent (německá společnost Prokent) zaslal Komisi podnět k vyšetření jejího zneužívajícího chování v celkem pěti zemích Evropského

²⁷² Ani Komise, ani Soudní dvůr se nezabývaly cenami konkurence, stejně tak jako neporovnávaly výslednou cenu pneumatik Michelin s náklady na jejich výrobu. Podrobněji viz. KIRNER, Tomáš, op. cit., str. 48.

²⁷³ Rozhodnutí Komise ze dne 29. března 2006 v řízení podle článku 82 Smlouvy ES a článku 54 Dohody o EHP proti společnostem Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems B.V., Tomra Systems GmbH, Tomra Butikkssystemer AS, Tomra Systems AB a Tomra Leergutsysteme GmbH (COMP/E-1/38.113 – Prokent/Tomra).

²⁷⁴ Tzv. RVMs – reverse vending machines.

hospodářského prostoru, týkajícího se uzavírání smluv s některými dodavateli, jejichž obsahem byly různé exkluzivní dohody, rabaty a jiné vylučující dohody.²⁷⁵

Zajímavá na tomto rozhodnutí je především skutečnost, že rozhodnutí Komise vydala před svým Sdělením (2009) ohledně vylučujících praktik, zatímco SDEU rozhodl až tři roky po něm. To jí však nebránilo v tom, aby se poprvé ve věci rabatů zabývala jejich ekonomickou analýzou, i když tedy ne formou, kterou o tři roky později ve popsala ve Sdělení (2009), ale pouze vypořádáním se s důkazy Tomry.

4.4.1 Struktura rabatů

Tomra byla podnikem používajícím agresivní konkurenční strategii v případě vstupu nového konkurenta na trh. Za účelem udržení své dominantní pozice poskytovala různé protisoutěžní praktiky, mezi nimiž byly exkluzivní dohody, ale také individualizované kvantitativní závazky a retroaktivní rabaty.

Praktiky zajišťující exkluzivitu zahrnovaly nejen exkluzivní dohody, ale i rabaty, jejichž přidělení záviselo výslovně na odběru celé poptávky od Tomry. Exkluzivní dohody a rabaty byly nastaveny velmi přísně, ve většině případů měli odběratelé kromě odběru výrobků od jiných výrobců dokonce zakázáno i je pouze testovat. Doba, na kterou byly dohody uzavírány, se lišila, pohybovala se v rozmezí jednoho roku a tří let. Nicméně, v odvětví, ve kterém byla Tomra aktivní, byly objednávky většinou velkého rozsahu a nárazové, neboť zpravidla souvisely se zavedením nového systému automatů. Takové objednávky se však prováděly pouze jednou za delší čas, proto i krátkodobá exkluzivní dohoda mohla mít významnější dopad.²⁷⁶

Množstevní závazky vedly podobně jako výslovně exkluzivní praktiky k celkové anebo částečné výhradnosti odběru. Sestávaly z individuálně určených nákupních cílů, které odpovídaly předpokládané poptávce odběratelů, a byly vyjádřeny absolutně za určité

²⁷⁵ Bod 7 Rozhodnutí Komise ve věci.

²⁷⁶ Body 119-122 tamtéž.

referenční období (okolo tří let).²⁷⁷ Takto určené cíle však převyšovaly zákazníky skutečně plánované odběry.²⁷⁸

Rabaty Tomra poskytovala na celý odběr zpětně za určité referenční období, jednalo se tedy o retroaktivní rabaty. Nebyly zdaleka tak propracovány jako ve věci *Michelin II*, nicméně i ony byly tvořeny více stupni a nutily tak odběratele odebírat stále více. To ještě umocňovala skutečnost, že i ony byly určeny individuálně podle poptávky jednotlivých zákazníků a nejvyšší práh se pohyboval zpravidla okolo množství odpovídajícího celkové poptávce odběratele, anebo dokonce nad ním. Zajímavostí je, že ne vždy byly vypláceny v penězích, ale někdy měly formu naturálních bonusů, například bezplatnou instalaci automatů.²⁷⁹

Vzhledem k tomu, že byly praktiky uplatňovány ve více zemích a že byly individualizovány, nelze je jednotným schématem všechny přesně popsat, neboť se částečně lišily. Pro ilustraci však postačí konkrétní případ z jedné z dotčených zemí, ze Švédska. Pro daného švédského odběratele byl nastaven systém věrnostních rabatů, který vypadal následovně:

Objem nákupů (v tis. EUR)	Sazba rabatu	Objem nákupů (v tis. EUR)	Sazba rabatu
421-562	4 %	632-737	8 %
562-632	6 %	> 737	10 %

Tabulka 5 – Schéma rabatů ve věci Tomra.²⁸⁰

Horní hranice odebraného množství samozřejmě nebyla stanovena náhodně, nýbrž podle předpokládaného celkového ročního odběru zákazníka. Je zřejmé, že vzhledem k podílu Tomry na trhu, mohl mít 10% rabat zásadní vliv na rozhodování zákazníka.²⁸¹

4.4.2 Posouzení Evropské komise

Komise se se systémem dohod, závazků a retroaktivních rabatů vypořádala v souladu s odůvodněními vyplývajícími z předcházející judikatury a v tomto ohledu její rozhodnutí nepřineslo nic nového a nemá význam je zde opakovat. Novým však byl přístup komise k argumentům Tomry založeným na ekonomické analýze.

²⁷⁷ Absolutní vyjádření požadovaného množství může být matoucí a vyvolávat představu, že se spojeným množstvím jsou spojeny nějaké úspory z rozsahu, nicméně tomu tak není, jelikož takto určená množství se liší pro každého odběratele.

²⁷⁸ Body 123-130 rozhodnutí Komise ve věci.

²⁷⁹ Body 131-133 Rozhodnutí Komise ve věci.

²⁸⁰ Bod 173 tamtéž.

²⁸¹ Bod 173 tamtéž.

Tomra předložila jako důkaz neškodnosti rabatů ekonomickou studii zakládající se na tvrzení, že stanovený množstevní práh je systematicky nastaven pod úroveň skutečné poptávky. Současně vytkla Komisi její tvrzení, že množstevní práh byl vždy nastaven na maximální hranici.²⁸² V návaznosti na to rovněž tvrdila, že konkurent byl pravděpodobně schopen vyvolat v zákazníkovi zájem o nákup jeho produktů i nad takto stanovený práh. Díky tomu se mohl ucházet i o výrobky, na něž by se vztahoval věrnostní rabat, neboť by mohl jeho případnou ztrátu rozpočítat na výrobky nad množstevním prahem.²⁸³

Komise se s danou konstrukcí neztotožnila a argumenty Tomry odmítla ze tří důvodů. Zaprvé, nastavení množstevního prahu dominantním podnikem jinak než na hodnotu maximální poptávky odběratele není ekonomicky racionální. Pokud by jej nastavil nad danou hodnotu, nemělo by to pro odběratele motivační efekt, neboť by ho nebyl schopen dosáhnout a rabat by tak ztratil účinek. Nastavení množstevního prahu pod danou hranici pak není nejvýhodnějším jednáním dominantního podniku, neboť jeho zvýšením až na onu maximální hranici by dominantní podnik dosáhl dodatečného zisku.²⁸⁴

Zadruhé, Komise odmítla předložené důkazy Tomry, dokládající skutečné poptávky jednotlivých jejích odběratelů v předmětném období, jež převyšovaly množstevní prahy nezbytné k přidělení rabatu. Tato tvrzení podle ní nemohla být relevantními pro posouzení jednání Tomry, jelikož se jednalo o předpokládané celkové poptávky a nebylo lze tak činit závěry z *ex post* získaných dat.²⁸⁵

Zatřetí, i za předpokladu platnosti tvrzení Tomry ohledně nastavení množstevního prahu, nelze její konstrukci uznat, jelikož se zakládá na iracionálním chování konkurenta. Tomra předpokládala, že konkurent bude ochoten soutěžit s dominantním podnikem o poslední jednotku před udělením rabatu. Ta však může mít negativní efektivní cenu a konkurent ji bude muset prodat se ztrátou. Tomra tvrdila, že překonáním (získáním) této jednotky bude pro

²⁸² V rozhodnutí označené jako „off equilibrium assumptions“, tedy v překladu přibližně „předpoklad nerovnovážného stavu“. Bod 365 rozhodnutí Komise.

²⁸³ Jak bylo ukázáno v bodě 3.2.1 [Určení příslušného rozpětí poptávky a efektivní ceny](#), čím větší je sporná část poptávky, tím větší je rovněž šance, že konkurent bude schopen dominantnímu podniku konkurovat. Tato skutečnost je snadno ověřitelná, zaženeme-li situaci do extrému a uvažujeme-li, že konkurent se uchází o 50 % poptávky, v takovém případě je nepochybně schopen konkurovat cenám dominantního podniku, neboť stačí pouze nabídnout stejnou průměrnou cenu. Při menších podílech pak bude záviset především na výši sazby rabatu, jak bylo rozebráno ve zmíněné kapitole.

²⁸⁴ Racionálním je chování, které dosahuje dominantnímu podniku nejvyššího zisku.

²⁸⁵ Komise tato tvrzení Tomry označila jako *ex post* empirical „evidence“.

konkurenta snaží soutěžit o prodej dalších výrobků a rozložit i na ně ztrátu způsobenou vynahrazením rabatu. Tento předpoklad však opět vychází z iracionálního chování, tentokrát na straně konkurenta. Konkurentovi se nemůže vyplatit soutěžit o poslední jednotku před udělením rabatu, protože je to v rozporu se snahou dosáhnout maximálního zisku.²⁸⁶ Navíc jejím získáním zproští dominantní podnik povinnosti vyplatit odběrateli rabat. Proto je pro něj výhodnější ucházet se pouze o jednotky nad množstevním prahem.²⁸⁷

Nehledě na vypořádání se s ekonomickou analýzou zůstal zachován formalistický přístup Komise. Ona sama z vlastní iniciativy rabaty neposuzovala podle jejich efektu, ale hodnotila je jako praktiku neslučitelnou s pravidly hospodářské soutěže, jejíž škodlivost byla obecně prokázána.

4.4.3 Posouzení Tribunálu Soudního dvora Evropské unie

Tomra podala proti rozhodnutí Komise žalobu k Tribunálu dne 14. června 2006. Ten rozhodnutí Komise v roce 2010 potvrdil a žalobu v plném rozsahu zamítl.²⁸⁸ Jeho rozhodnutí ve věci rabatů skoro nic nového nepřineslo, neboť jen potvrdil formalistický přístup. Zajímavým je však jeho potvrzení postupu Komise ohledně ekonomické analýzy Tomry.

Tomra namítala, že Komise nesprávně předpokládala zápornost ceny za poslední jednotku a zároveň, že vůbec nezkoumala její náklady důležité pro posouzení, zda její ceny mohly být vylučující. Tribunál k první výtce poznamenal, že zápornost ceny není rozhodujícím kritériem pro určení zneužití.²⁸⁹ K druhé výtce uvedl: „...vylučující mechanismus, který představují retroaktivní slevy, nevyžaduje, aby dominantní podnik obětoval zisky, neboť náklady na slevy se rozkládají na velký počet jednotek. Retroaktivním poskytnutím slev může být průměrná cena získaná dominantním podnikem mnohem vyšší než náklady a může přinést v průměru vysoké ziskové rozpětí. Systém retroaktivních slev má však pro zákazníka za následek, že skutečná cena posledních jednotek je z důvodu „odsávajícího účinku“ velmi nízká.“²⁹⁰

²⁸⁶ Kvůli nutnosti prodat tuto jednotku za zápornou cenu.

²⁸⁷ Body 378-389 Rozhodnutí Komise ve věci.

²⁸⁸ Rozsudek Tribunálu (pátého senátu) ze dne 9. září 2010 ve věci Tomra Systems ASA a další proti Evropské komisi, T-155/06, ECLI:EU:T:2010:370.

²⁸⁹ Body 247-259 tamtéž.

²⁹⁰ Bod 267 Rozsudku Tribunálu ve věci.

4.4.4 Posouzení Soudního dvora Evropské unie

Proti rozhodnutí Tribunálu podala Tomra dne 18. listopadu 2010 odvolání k SDEU.²⁹¹ Soud potvrdil rozhodnutí Komise a Tribunálu a odmítl argumenty Tomry, která opět tvrdila, že Komise byla povinna prokázat podnákladovost jejich cen. Poznamenal, že věrnostní rabaty jsou schopné vyloučit konkurenty a přebrat jejich část poptávky a uvedl, že: „*Při existenci takového obchodního nástroje není tudíž třeba provádět analýzu konkrétních účinků slev na hospodářskou soutěž, vzhledem k tomu, že pro účely zjištění porušení článku 102 SFEU postačuje prokázat, že dotčené jednání může takovýto účinek mít.*“²⁹² Stejně tak odmítl povinnost Komise a Tribunálu zkoumat vztah cen a marginálních nákladů Tomry za účelem prokázání zneužití.²⁹³

Rozhodnutí ve věci Tomra tak na všech třech úrovních jednoznačně potvrdilo formalistický přístup. Dobrým signálem nicméně byla ochota Komise vůbec se zabývat argumenty Tomry spočívající v ekonomické analýze. Přestože vstupy, které Tomra ve své studii předpokládala byly naprosto zcestné, Komise přistoupila k jejich důkladnému vyvrácení. To však nic nemění na skutečnosti, že ona sama ekonomický dopad praktiky nijak podrobněji nezkoumala.

4.5 Intel

Nejnovějším a zásadním rozhodnutím ve věci věrnostních rabatů je rozhodnutí SDEU z roku 2017 ve věci *Intel*.²⁹⁴ Toto rozhodnutí výrazným způsobem změnilo pohled na věrnostní rabaty jako vylučující praktiku, když se SDEU poprvé přiklonil k jejich posuzování na základě ekonomické analýzy. Společnosti Intel Corporation, Inc. (dále pouze „Intel“) byla Komisí v roce 2009 uložena pokuta v astronomické výši 1,06 miliardy EUR za zneužití dominantního postavení uplatňováním věrnostních rabatů.²⁹⁵ Tato pokuta však není konečnou, neboť

²⁹¹ Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 19. dubna 2012 ve věci Tomra Systems ASA a další proti Evropské komisi, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221.

²⁹² Bod 79 rozhodnutí. Pozn. v tomto případě by byl přesnější termín „rabat“, neboť většina „slev“ byla poskytována zpětně. Rozhodnutí SDEU ve věci Tomra již však existuje v české jazykové verzi, a proto byl termín respektován.

²⁹³ Bod 80 tamtéž.

²⁹⁴ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 6. září 2017 ve věci Intel Corporation Inc. proti Evropské komisi, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632.

²⁹⁵ Rozhodnutí Evropské komise ze dne 13. května 2009, v řízení ohledně článku 82 Smlouvy ES a článku 54 Dohody EHP, (COMP/C-3 /37.990 – Intel).

přestože Tribunál rozhodnutí Komise potvrdil, Soudní dvůr jeho rozhodnutí v září loňského roku zrušil a věc mu vrátil k novému posouzení a nové rozhodnutí tribunálu je vzhledem ke složitosti věci zatím v nedohlednu.²⁹⁶

Navzdory tomu, že řízení ve věci ještě neskončilo, z rozhodnutí Soudního dvora je možné vyvodit závěry o posunu k ekonomickému přístupu, neboť právě otázky s ním spojené byly důležité pro zrušení rozhodnutí Tribunálu Soudním dvorem. Vzhledem k důležitosti tohoto rozhodnutí je na něj v celé práci kladen odpovídající důraz.

4.5.1 Okolnosti případu

Na společnost Intel, největšího světového výrobce počítačových čipů a jiných podobných elektronických zařízení, byla u Komise podána stížnost jeho konkurentem Advanced Micro Devices, Inc. (dále pouze „AMD“).²⁹⁷ Na jejím základě zahájila Komise řízení ohledně zneužití dominantního postavení na trhu s počítačovými mikroprocesory (CPU)²⁹⁸, jež obě společnosti vyráběly. Intel byl na tomto trhu v dominantním postavení s tržním podílem přesahujícím 80 % a svého postavení podle Komise zneužil systémem slev a rabatů, které měly vázat jeho odběratele.

4.5.2 Struktura rabatů

Intel uzavíral různé typy dohod s celkem šesti svými odběrateli (Dell, HP, NEC, Acer, Lenovo MSH). Tyto dohody často nebyly psané, ale uzavíraly se pouze v ústní formě (tzv. *handshake agreements*). Předmětem řízení byly pouze dva druhy dohod, podmíněné rabaty a tzv. „čistá omezení“ (*naked restrictions*). V celém rozhodnutí Komise jsou bohužel vypuštěny údaje podléhající obchodnímu tajemství, a proto nelze schémata rabatů podrobně popsat, může být tudíž vycházeno pouze z následující kvalifikace Tribunálem:

I) Podmíněné rabaty byly udělovány na základě závazku odběratele, že bude uspokojovat celou anebo skoro celou svoji poptávku po mikroprocesorech u Intelu. Jednalo se tedy o

²⁹⁶ Viz rozhodnutí Soudního dvora ve věci.

²⁹⁷ AMD podala dvě stížnosti – první již v roce 2000 a druhou doplňující o tři roky později.

²⁹⁸ CPU – zkratka pro anglický termín Central Processing Unit – v doslovném překladu centrální procesorová jednotka.

jednoduché schéma rabatů za exkluzivní, resp. skoro exkluzivní odběr (sazby rabatů jsou vypuštěny, ale požadované objemy poptávky se pohybovaly od 70 do 100 %²⁹⁹).

II) *Čistá omezení* spočívala v závazku odběratele odložit, anebo dokonce zrušit uvedení na trh výrobků, které obsahovaly mikroprocesory AMD, anebo omezit jejich distribuci. Za to jim Intel vyplácel bonusy.³⁰⁰

Tato dvě schémata rabatů nicméně jednoznačně spadají do kategorie zakázaných věrnostních rabatů, jelikož jejich přidělení nezáleží na žádném objektivně stanoveném množství a jejich cílem je zabránit efektivní soutěži.³⁰¹

4.5.3 Posouzení Evropské komise

Komise rozhodla ve věci v květnu 2009 po 9 letech od první stížnosti AMD. V únoru téhož roku vydala své klíčové Sdělení (2009) ohledně vylučujících praktik, podle kterého však pochopitelně nemohlo být postupováno, neboť řízení začalo dříve. Komise nicméně uvádí, že rozhodnutí ve věci *Intel* je plně slučitelné s principy v něm obsaženými. Lze jej tedy de facto považovat za rozhodnutí podle tohoto Sdělení.³⁰²

Komise posoudila rabaty v souladu s předcházející judikaturou a uvedla, že byly součástí dlouhodobé strategie cílící na uzavření trhu ostatním soutěžitelům. Kromě toho však provedla i test stejně výkonného soutěžitele, jenž však nebyl pro její výrok rozhodující. Stále se držela formalistického přístupu nastaveného v minulosti. V souvislosti s tím prohlásila: „*Přestože pro určení porušení článku 82 Smlouvy to není podle judikatury nezbytné, jednou z možností, jak prokázat, zda rabaty a platby ze strany Intelu byly schopné způsobit nebo pravděpodobně způsobily protisoutěžní uzavření, je provést test stejně výkonného soutěžitele.*“³⁰³

Na základě výsledků tohoto testu, dalších důkazech a nedostatku jakéhokoli objektivního zdůvodnění uzavřela Komise s tím, že rabaty poskytované Intelem byly zneužitím dominantního postavení.

²⁹⁹ Body 927–1000 rozhodnutí Komise ve věci.

³⁰⁰ Body 27-34 Rozsudku Tribunálu ve věci.

³⁰¹ Bod 1001 rozhodnutí Komise ve věci.

³⁰² Bod 916 tamtéž.

³⁰³ Bod 925 tamtéž. Pozn. překlad autora z anglického jazyka.

4.5.3.1 Test stejně výkonného soutěžitele

Jak bylo výše uvedeno, tento test je konstrukcí hypotetického soutěžitele, který by měl stejné náklady jako dominantní podnik. Komise tak ve věci Intel porovnávala náklady Intelu s cenami po uplatnění věrnostních rabatů. Není proto rozhodné, jak efektivně byla AMD schopná vyrábět. V případě shledání rabatů Intelu jako podnákladových by se jednalo o praktiku vylučující ostatní soutěžitele i přesto, že by tito byli mnohem efektivnější a byli schopni i takto nízkým cenám odolávat se ziskem a naopak.³⁰⁴

Pro správné provedení testu je potřeba přesně určit tři faktory: Spornou část poptávky, relevantní časové období a náklady Intelu na výrobu.

I) Sporná část poptávky hraje významnou roli v celkovém dopadu rabatu. Čím větší je, tím menší je pravděpodobnost uzavírajícího efektu rabatu. Intel byl v odvětví mikroprocesorů „nevyhnutelným“ obchodním partnerem a sporné části poptávky byly i podle Komise relativně malé.³⁰⁵

II) Relevantní časové období je důležité pro přesné určení sporné části poptávky, neboť ta se v čase mění. V Intelu jej Komise stanovila jako jednoleté, což je relativně krátké období, ale odpovídá povaze daného odvětví, neboť to je příznačné vysokou mírou inovace, což má za následek menší ochotu odběratelů vázat se na delší období. Kromě toho smlouvy obsahující věrnostní rabaty byly s odběrateli uzavírány zpravidla na rok.³⁰⁶

III) Náklady. K životaschopnosti podniku v dlouhodobém horizontu je nezbytné, aby podnik cenami alespoň pokrýval celkové náklady na výrobu. Ty se skládají z fixních a variabilních nákladů. V případě vysokých fixních nákladů, jako tomu bylo u Intelu, jsou pak průměrné jednotkové náklady mnohem vyšší než mezní náklady a ceny tomu musí být uzpůsobeny. Komise se rozhodla posuzovat rabaty Intelu podle průměrných eliminovatelných nákladů, což pro něj bylo příznivější.³⁰⁷ Spor byl naopak o to, co vše do těchto nákladů zařadit, Komise tak

³⁰⁴ Bod 1004 rozhodnutí Komise ve věci.

³⁰⁵ Bod 1012 tamtéž. Přesnější údaje opět podléhají obchodnímu tajemství.

³⁰⁶ Bod 1015 tamtéž. Někdy byly dohody dokonce uzavírány i na kratší období, například půl roku.

³⁰⁷ Bod 1037 tamtéž. Nepříznivější by pro něj naopak bylo, kdyby si jako testovací základnu zvolila dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady.

např. vyhověla Intelu, když do výpočtu nezahrnula náklady období a naopak nevyhověla, když do výpočtu zahrnula např. náklady na údržbu či na prodej a marketing.³⁰⁸

Komise postupovala odlišně od metodologie pro provedení testu uvedené ve Sdělení (2009), neboť neporovnávala přímo náklady s cenami, nýbrž zjišťovala tzv. požadovanou část poptávky, kterou by konkurent musel získat, aby mohl stále prodávat nad náklady. Takto zjištěnou část pak následně porovnávala se skutečnou spornou částí poptávky. Pokud ta byla větší, než požadovaná část nejednalo se o rabaty, které měly vylučující efekt a naopak.³⁰⁹

4.5.3.2 Výsledky testu

Komise prováděla test pro každého odběratele zvlášť, resp. pro každé schéma rabatu zvlášť. Jednotlivé vzorce pro výpočet požadované části poptávky se tak drobně lišily, stejně jako sporné části poptávky jednotlivých odběratelů. U všech typů však byl výsledek testu negativní, tedy stejně výkonný soutěžitel nebyl za daného nastavení rabatů schopen dominantnímu podniku konkurovat. Rabaty ve všech případech tak Komise shledala jako mající vylučující efekt.³¹⁰ To při svém vyhodnocení rabatů jako protisoutěžních zohlednila, nemělo to nicméně rozhodující vliv.

IV) Objektivní zdůvodnění. Komise neuznala důvody, které Intel uváděl jako objektivní zdůvodnění a uzavřela s tím, se Intelu nepodařilo prokázat žádné objektivní zdůvodnění pro dané schéma rabatů. *Pro takové zdůvodnění Komise vyžadovala, aby rabaty přinášely vyšší efektivitu, byly způsobilé jí dosáhnout a aby neexistovalo jiné řešení, které by mělo méně závažný dopad na ostatní soutěžitele. Současně musely být proporcionální, tedy sledovaný přínos musel být schopen převážit případný nepříznivý dopad.*³¹¹ **Lze očekávat, že toto bude jakýsi standard (test), podle kterého bude Komise v budoucnu při posuzování zdůvodnění postupovat.**³¹²

³⁰⁸ Body 1100–1121 rozhodnutí Komise ve věci.

³⁰⁹ Body 1156–1166 tamtéž. Právě k tomuto výpočtu použila předtím určené a zjištěné náklady.

³¹⁰ Viz body: 1281 pro Dell, 1406 pro HP, 1456 pro NEC, 1507 pro Lenovo a 1573 pro MSH tamtéž.

³¹¹ Bod 1624 tamtéž.

³¹² Obdobně již bylo judikováno viz bod 86 rozhodnutí SDEU ve věci British Airways (cit. r.), zde se však Komise vyjádřila konkrétněji viz bod 1624 Rozhodnutí Komise ve věci Intel.

4.5.4 Posouzení Tribunálu Soudního dvora Evropské unie

Proti rozhodnutí Komise podal Intel žalobu k Tribunálu. V ní kromě jiného napadal její přístup, když tvrdil, že u jím nastaveného systému rabatů je potřebné prokázat jeho případný vylučující účinek. Komise sice posuzovala účinek, nicméně bez ohledu na své závěry v této rovině vyhodnotila rabaty jako zakázané *per se*. Tribunál její kvalifikaci potvrdil a shrnul dosavadní judikaturu s tím, že existují tři druhy rabatů: I) rabaty vázané čistě na objem, u nichž je sleva odůvodněna úsporami z rozsahu – jsou obecně povoleny, II) rabaty vázané na podmínku výhradního nebo téměř výhradního odběru – jsou zakázány *per se* a III) rabaty, které nejsou vázány na podmínku výhradního odběru, ale které svým nastavením mohou mít vylučující efekt, je potřeba podrobněji posoudit s ohledem na další okolnosti. Vzhledem k podmínce exkluzivity v případě rabatů Intelu je jednoznačné, že jím uplatňovaný systém spadá do kategorie II) a je zakázán bez dalšího.³¹³

Intel však rovněž napadl relevanci testu stejně výkonného soutěžitele. Tvrdil, že sehrál důležitou roli v prokazování vylučujícího účinku slev (přestože Komise tento účinek není povinna dokázat). Podle něj tento test představoval jediný důkaz Komise ohledně vylučovací schopnosti rabatů. Napadal rovněž způsob provedení tohoto testu, který měl vést z důvodů chyb k nesprávným závěrům.³¹⁴

Tribunál však tyto argumenty rovněž odmítl a potvrdil, že test nemusel být vůbec prováděn, jelikož tento typ rabatů (II.) je zakázán bez dalšího. I kdyby se však jednalo o III. kategorii rabatů, u které je nutné posuzovat další okolnosti, provedení testu by nebylo povinnou součástí posouzení. Negativní výsledek testu tak není podmínkou nezbytnou ani pro posouzení rabatu třetí kategorie, (posuzuje se především jejich struktura a mechanismy přidělování) je však nejspíše podmínkou dostačující.³¹⁵

Kromě toho výsledkem testu je pouze ověření, že přístup na trh byl znemožněn (negativní výsledek) a ne že nebyl ztížen (pozitivní výsledek). V případě pozitivního výsledku, tzn.

³¹³ Body 72-80 rozhodnutí Tribunálu ve věci.

³¹⁴ Body 140-141 tamtéž.

³¹⁵ Body 142-149 tamtéž.

prodejních cen nad relevantními náklady, tak nelze paušálně brát rabaty jako neškodné, neboť k jejich škodlivosti stačí, aby ostatním soutěžitelům vstup na trh ztěžovaly.³¹⁶

Z výše uvedených důvodů se tak Tribunál testem vůbec nezabýval a nevzal v potaz ani alternativní výpočty Intelu. Potvrdil tedy rozhodnutí Komise a zachoval formalistický přístup.

4.5.5 Posouzení Soudního dvora Evropské unie

Rozhodnutí Soudního dvora ve věci Intel ze září 2017 neočekávaně zrušilo rozhodnutí Tribunálu a narušilo do té doby tak jednoznačný, nekompromisní postoj SDEU vůči věrnost-vyvolávajícím rabatům. Intel se domáhal zrušení rozhodnutí z celkem šesti důvodů, zajímavým s ohledem na věrnostní rabaty je pouze první důvod, a to nesprávné právní posouzení rabatů spočívající v odmítnutí zkoumat všechny relevantní okolnosti.

Tribunálu vytýkal zaprvé, že kvalifikoval rabaty jako zneužití dominantního postavení bez posouzení všech okolností a zadruhé, že nesprávně posoudil způsobilost rabatů omezit hospodářskou soutěž, byť tak činil pouze pro úplnost. Součástí druhého důvodu pak byly i námitky proti závěrům testu stejně výkonného soutěžitele. Intel tvrdil, že jestliže Komise test provedla, musel se Tribunál zabývat jejími námitkami k tomuto testu.³¹⁷

Soud v odpovědi na argumenty Intelu nejdříve zopakoval dosavadní pozici ohledně zákazu podniku v dominantním postavení vázat na sebe kupující a judikaturu *Hoffman-La Roche* ohledně zákazu věrnostních rabatů vázaných na podmínku exkluzivního nebo skoro exkluzivního odběru. Nicméně dodal: „*Tuto judikaturu je však třeba zpřesnit v případě, kdy dotyčný podnik v průběhu správního řízení na základě důkazů tvrdí, že jeho jednání nebylo způsobilé omezit hospodářskou soutěž a zejména vyvolat vytýkané účinky spočívající ve vyloučení soutěžitelů.*“³¹⁸ **Už jenom tímto soud připustil zcela zásadní obrat v posuzování tohoto typu rabatů, jelikož do té doby se Komise a soudy zabývaly argumentací dominantních podniků pouze doplňkově, pro úplnost.**

Soud tak převrátil dosavadní praxi s tím, že už Komise měla povinnost zkoumat argumenty Intelu: „*V takovém případě je Komise nejen povinna analyzovat zaprvé rozsah*

³¹⁶ Bod 150 rozhodnutí Tribunálu ve věci.

³¹⁷ Body 111-114 rozhodnutí Soudního dvora ve věci.

³¹⁸ Bod 138 tamtéž – pozn. česká jazyková verze.

dominantního postavení podniku na trhu a zadruhé dosah napadené praktiky na trhu, jakož i podmínky a způsob poskytnutí předmětných slev, jejich dobu trvání a výši, ale rovněž posoudit případnou existenci strategie směřující k vyloučení soutěžitelů, kteří jsou přinejmenším stejně výkonní.“³¹⁹

Při posouzení takové strategie je nepochybně nutné zvážit i relevantnost objektivních důvodů namítaných dominantním podnikem. Soud připustil, že i tento typ rabatů může být vyvážen výhodami, ze kterých má v konečném důsledku prospěch spotřebitel. Předpokladem porovnání příznivých a nepříznivých účinků je však nejprve zjištění těch nepříznivých analýzou okolností daných rabatů, včetně testu stejně výkonného soutěžitele.

Komise tento test provedla, a to velmi podrobně. Výsledkem testu byl jednoznačný závěr dlouhodobě neudržitelných cen Intelu. Komise se přitom ve svém odůvodnění o výsledky testu jako o jeden z důkazů opírala a pro posouzení nepříznivých účinků měl tedy tento test skutečný význam. Tribunál tedy pochybil, jestliže se odmítl přezkumem tohoto testu zabývat a nevzal v potaz argumenty Intelu ohledně jeho relevance a ohledně vad v jeho provedení. Podle soudu byl Tribunál: „*povinen zkoumat veškeré argumenty týkající se tohoto testu*“.³²⁰

SDEU tak rozhodnutí Tribunálu v rozsahu argumentace Intelu ohledně relevance testu a jeho výsledků zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.³²¹ Není jisté, kdy je možné očekávat nové rozhodnutí Tribunálu, zejména vzhledem k rozsahu a složitosti věci a vzhledem i k dosavadní délce řízení (více než 14 let).³²²

Přestože by se mohlo zdát, že se Soudní dvůr nezabýval podstatou věci, když odpovídal hlavně na otázky povinnosti přezkumu testu stejně výkonného soutěžitele, a nelze z něj tedy nic vyvozovat, není tomu tak. Jeho rozhodnutí, byť i do jisté míry pouze procedurální, má jednoznačný dopad na posuzování věrnostních rabatů jako takových. Již samotná povinnost zkoumat provedený důkaz vypovídá o tom, že jeho provedení je důležité pro celkové posouzení, a není možné praktiku posoudit na základě dosavadního

³¹⁹ Bod 139 rozhodnutí Soudního dvora ve věci.

³²⁰ Bod 144 tamtéž.

³²¹ Bod 150 tamtéž.

³²² První stížnost byla AMD podána dokonce už v roce 2000, řízení však bylo zahájeno až v květnu 2004 v návaznosti na stížnost z roku 2003.

formalistického přístupu. Takovým přístupem by byl Intel (anebo i spotřebitelé v případě prokázání celkového prospěchu pro spotřebitele) poškozen.

Lze hovořit o odmítnutí dosavadního formalistického přístupu zákazu *per se* a posunu k individuálnímu, více ekonomickému, přístupu k věrnostním rabatům za exkluzivní či skoro exkluzivní odběr.

4.6 Dílčí závěr

Rozhodnutími předcházejícími Rozsudek ve věci *Intel* zachovávaly orgány jasný postoj vůči věrnostním rabatům nastavený již rozhodnutím ve věci *Hoffman-La Roche*. Nekompromisní byl postoj orgánů zejména proti věrnostním rabatům za exkluzivní nebo skoro exkluzivní odběr, které odsuzovaly bez dalšího jako zakázané. Podobnému postoji se blížila i rozhodnutí u věrnostních rabatů, které byly vázány na jinou podmínku než podmínku exkluzivity, přestože u takovýchto rabatů nebylo možné mluvit o *per se* zákazu. O tom svědčí například rozhodnutí ve věci *Michelin II*, ve kterém byly rabaty vyhodnoceny jako protisoutěžní bez jakékoliv ekonomické analýzy.

Rozhodnutím ve věci *Intel* SDEU výrazným způsobem zasáhl do dosavadního pohledu na rabaty, když i ty „nejpřísněji“ posuzované s ohledem na jejich vylučující účinek zrelativizoval. Narušil tak do té doby neohrožitelný formalistický přístup zákazu *per se* k věrnostním rabatům za exkluzivní či skoro exkluzivní odběr a vyzval tím Komisi i Tribunál k posunu směrem k více ekonomickému přístupu a posuzování jejich účinků případ od případu.

SDEU tak *de facto* rozlišil rabaty z pohledu soutěžního práva pouze do dvou skupin: na ty obecně dovolené (kvantitativní), závisející pouze na množství a odrážející úspory z rozsahu výroby; a na ty věrnostní (ať již za exkluzivní odběr či jiné), u nichž je nezbytné zkoumat další okolnosti a provést hlubší analýzu.

Svým rozhodnutím soud konečně navázal na posláním Sdělení Komise z roku 2009 a možnost objektivního zdůvodnění ekonomickými přínosy souvisejícími s konečným prospěchem spotřebitele.

Přestože prokázat prospěšnost u věrnostních rabatů za exkluzivní nebo skoro exkluzivní odběr bude nadále velmi obtížné, je tato možnost minimálně přínosem při obraně podniků, jež tyto typy praktik uplatňují, neboť to třeba od nich jejich dodavatelé požadují, či je podniky uplatňují z důvodu doprovodných pozitivních jevů, jakými jsou například zamezení dvojí marže či motivace pro maloobchodníky. Právě vyřešení těchto nedokonalostí zejména ve vertikálních vztazích může být dosaženo vyšší efektivity a konečného přínosu pro spotřebitele či vyššího celkového blahobytu.

ZÁVĚR

Ambicí této práce bylo poskytnout ucelený manuál k porozumění tomu, proč a kdy je možné pohlížet na věrnostní rabaty uplatňované podnikem v dominantním postavení jako na praktiku vylučující ostatní soutěžitele, a tedy praktiku naplňující znaky zneužití dominantního postavení podle soutěžního práva Evropské unie. Za tímto účelem byla poskytnuta právní a ekonomická analýza předmětného chování a spolu s ní byly naplňovány jednotlivé cíle.

Postupně byly věrnostní rabaty zařazeny do systému současného evropského soutěžního práva a porovnány s praktikami, jež mohou dosahovat stejných výsledků jako věrnostní rabaty, ale jinými prostředky. Tím byl zvýrazněn drobný rozdíl mezi věrnostními rabaty, výhradním odběrem a predátorskými cenami, který však při jejich konečném posuzování může hrát důležitou roli.

Velmi důležitou roli hrají však i odlišnosti mezi jednotlivými druhy (věrnostních) rabatů. Jak bylo vysvětleno ve druhé části práce, vše závisí na formulaci podmínky, kterou určuje dominantní podnik. Za předpokladu, že podnik nastaví podmínky pro udělení zpětné slevy v souladu s výše popsány principy (tedy podmíněnost rabatu pouze množstvím a s ním souvisejícími úsporami z rozsahu), neměl by se obávat správního řízení ze strany Evropské komise. Naopak zvolí-li dominantní podnik jiné podmínky, jež se mu budou zdát vhodnějším nástrojem jeho cenové politiky, takové řízení ze strany Evropské komise mu hrozit bude.

Na rozdíl od předcházejících let však bude mít, pokud se bude nadále vycházet z rozhodnutí SDEU ve věci *Intel*, možnost předložit objektivní zdůvodnění takového jednání Komisi, jež se s ním bude muset povinně vypořádat a dokázat skutečný negativní efekt na hospodářskou soutěž, který převáží přínos. Takový důkaz však nebude Komise schopna podat bez analýzy skutečných účinků rabatů a bude tak nucena zjišťovat porovnáváním nákladů a efektivních cen jejich schopnost vytlačit z trhu hypotetického stejně výkonného soutěžitele, a tedy i nucena opustit zákaz *per se*.

Podniky tak mohou vytvářet nejrůznější schémata rabatů, jimiž u svých zákazníků vyvolají věrnost či dosáhnou jiných pro ně prospěšných cílů, a to i v případě, že jimi hospodářskou soutěž omezí, jestliže je dané omezení vykompenzováno vyšší efektivitou, z níž těží i konečný spotřebitel. Nejsou však pochybnosti o tom, že u některých typů bude takové zdůvodnění

velmi obtížné, ne-li nemožné, neboť jejich negativní dopad na hospodářskou soutěž je příliš výrazný na to, aby byl podniky zdůvodněn.

Právě klasifikace rabatů a jejich účinků na hospodářskou soutěž byla jedním z cílů této práce. Hodí se tedy na tomto místě se jejich naplněním zabývat.

Jednotlivě vymezenými cíli bylo postupně: rozebrat mechanismy jednotlivých typů rabatů a poskytnout jejich přehled, popsat historický vývoj v právním posouzení této praktiky institucemi Evropské unie a konečně pozorovat uplatňování jejich přístupu (a jeho změnu) k praktikám věrnostních rabatů zkoumáním relevantní rozhodovací praxe.

V rámci prvního cíle byla položena první výzkumná otázka: „jakým způsobem ty které druhy věrnostních a jiných typů rabatů působí na hospodářskou soutěž?“ Podrobně je na ni odpovězeno ve druhé a čtvrté části práce, obecně lze odpověď na ni shrnout takto: *Zaprvé, kvantitativní rabaty, které jsou poskytovány výhradně na základě odebraného množství a vyplývají z úspor z rozsahu, jež nemají žádný negativní vliv na hospodářskou soutěž; zadruhé, jiné množstevní rabaty, podmíněné jiným způsobem a věrnostní rabaty založené na podmínce výhradního nebo skoro výhradního odběru, u nichž je nezbytné zkoumat další okolnosti s ohledem na stanovení jejich pozitivního či negativního vlivu na hospodářskou soutěž a případné ekonomické zdůvodnění.*

V rámci zachycení vývoje posuzování rabatů institucemi Evropské unie byla položena druhá výzkumná otázka: *„Jaké důvody stály a stojí za rozhodováním Evropské komise a Soudního dvora Evropské unie?“* Odpověď na ni je obsažena ve druhé a čtvrté části, nicméně ji lze zjednodušeně shrnout, že *důvodem k formalistickému přístupu byly zejména vlastnosti diskriminační povahy rabatů, jejich schopnost vázat na sebe zákazníky a negativně působit na trh jeho uzavíráním ostatním soutěžitelům; současný, více ekonomický, přístup pak stojí na základech ekonomické úvahy jejich možného přínosu a na konečném přínosu pro spotřebitele, který převáží jejich negativní účinky“.*

Součástí *druhého cíle* pak byla i podotázka: *„jakým způsobem uplatňuje Evropská komise test stejně výkonného soutěžitele na posouzení věrnostních a jiných typů rabatů?“* Ta byla zodpovídána v třetí části práce. Z důvodu nedostatku relevantní rozhodovací praxe je východiskem pro tuto otázku pouze Sdělení (2009). Nelze tak vyhodnotit chování Komise na

základě skutečných případů (výjimkou je rozhodnutí ve věci *Intel*, avšak činit závěry z jednoho případu může být zavádějící), ale pouze na základě posouzení testu a jeho nastavení. Z něj lze pouze usuzovat na velký vliv velikosti tržního podílu drženího dominantním podnikem na výsledek testu, stejně tak jako potřeba precizního postupu při určování rozhodného období a jiných proměnných. Dále lze rozlišovat způsob aplikace testu na přírůstkové a retroaktivní rabaty, to však vyplývá již z jejich povahy a ze *Sdělení* (2009).

Třetím cílem bylo zmapování nejdůležitější judikatury a neměl žádnou výzkumnou otázku, ale pouze podpůrnou povahu sloužící k odpovědím na již položené otázky. Čtvrtá část práce tak poskytuje strukturovaný přehled pěti nejdůležitějších rozhodnutí ve věcech věrnostních rabatů a vychází základnu při srovnávání konkrétního schématu věrnostních a jiných rabatů uplatňovaného v praxi.

Práce poskytuje dostatečný právní a ekonomický podklad k porozumění tomu, za jakých okolností mohou rabaty tlačit na ostatní soutěžitele a v konečném důsledku je i nutit opustit trh. Zároveň však vysvětluje, že paušalizace jejich škodlivosti není správným přístupem. Změna přístupu SDEU je tak změnou vítanou, neboť nyní právní posouzení reflektuje ekonomickou realitu. Lze tak pouze doufat, že rozhodnutí Intel nebude pouhou výjimkou potvrzující pravidlo, ale že v dalším rozhodování orgány EU tento přístup akceptují a budou zkoumat účinky jednotlivých jednání.

Test stejně výkonného soutěžitele, jenž je k tomuto zkoumání účinků používán, představuje účinný, ale nedokonalý nástroj k jejich zjištění. Na rozdíl od uplatňování tohoto testu u jiných cenových praktik, např. u predátorských cen, u věrnostních rabatů vzniká velký prostor pro chybu a vznik zavádějících výstupů. Při jeho aplikaci by tak mělo být dbáno na to, aby všechny proměnné byly pečlivě určeny a lze jen doporučit posuzovat výsledek testu s jistou mírou tolerance s ohledem na možnost nepřesných výsledků.

Zavedení nástroje tohoto typu a opuštění víceméně černobílého nahlížení na věrnostní rabaty značně komplikuje budoucí rozhodování orgánů Evropské unie. Nebude možné se již spokojit s jejich „snadnou“ kvalifikací a rozhodnout. Posuzování účinků v případě argumentace podniků objektivními důvody přinese značné rozšíření agendy především Evropské komise. Ta tak bude pravděpodobně stále více potřebovat ve svém středu ekonomy, již obstarají

potřebné analýzy a zjistí rozhodné faktory pro určení všech proměnných k provedení testu. Konečné právní posouzení bude až následným krokem.

S ohledem na délku řízení ve věci *Intel*, ve které byl test ve věci rabatů poprvé aplikován, lze očekávat, že i délka budoucích řízení s ohledem na změnu přístupu bude nabývat v některých podobně komplikovaných případech nepříjemných rozměrů a že řízení budou trvat řádově až desítky let. Takový stav pochopitelně není ideální, nicméně představuje cenu za racionální a spravedlivé posuzování věrnostních rabatů ze strany orgánů Evropské unie.

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

AEC test	As efficient competitor test (test stejně výkonného soutěžitele)
AMD	Advanced Micro Devices, Inc.
Discussion paper	DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005)
EHS	Evropské hospodářské společenství
ES	Evropské společenství
ESD	Evropský soudní dvůr
ESUO	Evropské společenství uhlí a oceli
EU	Evropská unie
HLR	Hoffman-La Roche
Komise	Evropská komise
SDEU	Soudní dvůr Evropské unie
Sdělení (1997)	Sdělení Komise ze dne 9. prosince 1997 o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03).
Sdělení (2009)	Sdělení komise ze dne 24. února 2009: Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, 2009/C 45/02
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
Soudní dvůr	Soudní dvůr Evropské unie (případně Evropský soudní dvůr)
Tribunál	Tribunál Soudního dvora Evropské unie
ZOHS	Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony

SEZNAM ZDROJŮ

Monografie a učebnice

1. FOX, Eleanor M., GERARD Damien. *EU Competition Law*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Limited, 2017. 978-1-78643-083-0.
2. FRENZ, Walter. *Handbook of EU competition law*. New York: Springer Berlin Heidelberg, 2015. ISBN 978-3-662-48591-0.
3. CHURCH, Jeffrey R., WARE, Roger. *Industrial organization*. Boston: Irwin McGraw-Hill, 2000. ISBN 0-256-20571-X.
4. LYONS, Bruce. *Cases in European competition policy: the economic analysis*. New York: Cambridge University Press, 2009. ISBN 978-0-521-88604-8.
5. MACÁKOVÁ, Libuše. *Mikroekonomie: základní kurz*. 10. vyd. Slaný: Melandrium, 2007. ISBN 978-80-86175-56-0.
6. MALAURIE-VIGNAL, Marie. *Droit de la concurrence interne et européen*. Paris : Dalloz, 2017. 978-2-247-16824-8.
7. MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge : Cambridge University Press, 2003. ISBN 0-521-01691-6.
8. O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Oxford : Hart Publishing, 2013. ISBN 978-1-84946-139-9.
9. O'DONOUGHUE, Robert, PADILLA, Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006. ISBN 978-1-84113-502-1.
10. PETIT, Nicolas. *Droit européen de la concurrence*. Paris : Montchrestien - Lextenso éditions, 2013. ISBN 978-2-7076-1768-2.
11. PIGOU, Arthur C. *Economics of Welfare*. Londýn : McMillan and co., 1920. ISBN 978-0-230-24931-8.
12. POSNER, Richard A. *Antitrust Law. 2nd edition*. Chicago : The University of Chicago Press, 2001. ISBN 0-226-67576-9.
13. PRIETO, Catherine, BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Brusel : Bruylant, 2013. 978-2-8027-4251-7.
14. SAUTER, Wolf. *Coherence in EU competition law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. Oxford studies in European law. ISBN 978-0-19-874915-8.
15. ŠMEJKAL, Václav. *Soutěžní politika a právo Evropské unie 1950-2015: vývoj, mezníky, tendence a komentované dokumenty*. Praha: Leges, 2015. Teoretik. ISBN 978-80-7502-108-3.

Tištěné a elektronické články

1. AKMAN, Pinar. *The Reform of the Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished* [article]. *Antitrust Law Journal* [online]. 2016, 81(1), 145-208 [cit. 2018-10-09]. ISSN 00036056. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2654679.
2. ALBAEK, Svend, CLAICI, Adina. *The Velux case – an in-depth look at rebates and more* [online]. *Competition policy newsletter*. Č. 2, 2009, s. 44-47 [cit. 2018-10-08]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_10.pdf.
3. BATCHELOR, Bill, JEBELLI, Kayvan H. *Rebates in a state of Velux: filling in the gaps in the article 102 TFEU enforcement guidelines*. *European Competition Law Review* [online]. 2011, 32, 545-550 [cit. 2018-10-22]. ISSN 01443054. Dostupné z: [https://www.westlaw.com/Document/IF08693D0F64611E0AE10A41C594749DB/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/IF08693D0F64611E0AE10A41C594749DB/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0)
4. BATCHELOR, Bill, REAL, Sophia, MCKENZIE, Baker. *A practical approach to rebates*. *Practical Law UK Articles* [online]. 2018(010-9828), 1-12 [cit. 2018-10-09]. Dostupné z: https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2017/10/ar_antitrust_approachrebates_oct17.pdf?la=en.
5. BOSCO, David. *Le test de l'opérateur aussi efficace : Une nouvelle ère ?*, září 2013, *Concurrences Review* N° 3-2013, Art. N° 53042.
6. BOUTIN, Aleksandra, BOUTIN, Xavier. *The as Efficient Competitor Test - Back to Facts*. *Competition Law* [online]. 2018, 4(2), 51-63 [cit. 2018-10-09]. ISSN 2405481x, Dostupné z: <https://www.ingentaconnect.com/content/cclp/clpd/2018/00000004/00000002/art00007?crawler=true>.
7. COLANGELO, Giuseppe, MAGGIOLINO, Mariateresa. *Intel and the Rebirth of the Economic Approach to EU Competition Law*. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* [online]. 2018, 49(6), 685 - 699 [cit. 2018-10-22]. DOI: 10.1007/s40319-018-0723-1. ISSN 21950237. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3104850.
8. DE CONINCK, Raphaël. *The as-Efficient Competitor Test: Some Practical Considerations following the ECJ Intel Judgment*. *Competition Law* [online]. 2018, 4(2), 73-80 [cit. 2018-10-22]. ISSN 2405481x. Dostupné z: <http://www.crai.com/sites/default/files/publications/The-as-efficient-competitor-test-some-practical-considerations-following-the-ECJ-Intel-judgement.pdf>.
9. DE GHELLINCK, Elisabeth. *The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?* *Journal of European Competition Law & Practice* [online]. 2016, 7(8), 544-548 [cit. 2018-10-09]. DOI: 10.1093/jeclap/lpw059. ISSN 2041-7764. Dostupné z: <https://academic.oup.com/jeclap/article-lookup/doi/10.1093/jeclap/lpw059>.

10. FAELLA, Gianluca. *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*. Journal of Competition Law and Economics [online]. 2007, 4(2), 375-410 [cit. 2018-10-08]. DOI: 10.1093/joclec/nhn004. ISSN 1744-6414. Dostupné z: <https://academic.oup.com/jcle/article-lookup/doi/10.1093/joclec/nhn004>.
11. FUMAGALLI, Chiara, MOTTA, Massimo. *On the Use of Price-Cost Tests in Loyalty Discounts and Exclusive Dealing Arrangements: Which Implications from Economic Theory Should Be Drawn*. Antitrust Law Journal [online]. 2016, 81(2), 537-586 [cit. 2018-10-22]. ISSN 00036056. Dostupné z: <http://www.csef.it/WP/wp385.pdf>.
12. GERADIN, Damien, PETIT, Nicolas. *Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?* Journal of Competition Law & Economics [online]. 2006, 2(3), 479-531 [cit. 2018-10-08]. DOI: 10.1093/joclec/nh1013. ISSN 1744-6422. Dostupné z: <http://www.academic.oup.com/jcle/article/2/3/479/872437/PRICE-DISCRIMINATION-UNDER-EC-COMPETITION-LAW>.
13. GERADIN, Damien. *Loyalty rebates after intel: Time for the European court of justice to overrule Hoffman-La Roche*. Journal of Competition Law and Economics [online]. 2015, 11(3), 579 - 615 [cit. 2018-10-22]. DOI: 10.1093/joclec/nhv023. ISSN 17446422. Dostupné z: <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/11/3/579/800054?redirectedFrom=PDF>.
14. GIULIO, Federico. *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach*, Journal of European Competition Law & Practice [online], Číslo 2, Vydání 3, 1. června 2011, dostupné z: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpr008>.
15. IDOT, Laurence. *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel* [online]. Prosinec 2004, Concurrences Review, číslo 1-2004, číslo článku 46217, [cit. 2018-10-08]. Dostupné z: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2004/Articles-59/La-notion-d-entreprise-en-droit-de>.
16. KARLINGER, Liliane, MOTTA, Massimo. *Exclusionary Pricing When Scale Matters*. Journal of Industrial Economics [online]. 2012, 60(1), 75-103 [cit. 2018-10-22]. ISSN 00221821. Dostupné z: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-6451.2012.00473.x>.
17. KOLAY, Sreya, SHAFFER, Greg, ORDOVER, Janusz A. *All-Units Discounts in Retail Contracts*. *Journal of Economics* [online]. 2004, 13(3), 429-459 [cit. 2018-10-22]. ISSN 10586407. Dostupné z: http://www.ssb.rochester.edu/fac/shaffer/Published/jems_allunits.pdf.
18. KOMNINOS, Assimakis P. *Intel: The ECJ Finally Speaks - Time to Listen*. *Competition Law* [online]. 2018, 4(2), 42-50 [cit. 2018-10-22]. ISSN 2405481x. Dostupné z: <https://www.ingentaconnect.com/content/cclp/clpd/2018/00000004/00000002/art00006>.

19. KUHN, Kai-Uwe, MARINOVA, Miroslava. *The role of the 'as efficient competitor' test after the CJEU judgment in Intel*. Competition Law [online]. 2018, 4(2), 64-72 [cit. 2018-10-22]. ISSN 2405481X. Dostupné z: <https://www.ingentaconnect.com/content/clcp/clpd/2018/00000004/00000002/art00008?crawler=true>.
20. MAIER-RIGAUD, F., VAIGAUSKAITE, D. *Prokent / Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information*. European Commission Competition Policy Newsletter [online]. 2006, 2, 19-24 [cit. 2018-10-22]. ISSN 10252266. Dostupné z: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_2_19.pdf.
21. MAIER-RIGAUD, Frank P. *Article 82 Rebates: Four Common Fallacies*. European Competition Journal. Oxford: Hart Publishing, č. 2, Vydání. 2, 2006, pp. 85-100 [cit. 2018-10-08]. Dostupné z: http://www.biicl.org/files/2785_frank_p_maier-rigaud_article_82_rebates_-_four_common_fallacies.pdf.
22. MORELL, Alexander, GLOCKNER, Andreas, TOWFIGH, Emanuel V. *Sticky Rebates: Loyalty Rebates Impede Rational Switching of Consumers*. Journal of Competition Law and Economics [online]. 2015, 11(2), 431-462 [cit. 2018-10-22]. ISSN 17446414. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443783.
23. PADILLA, Jorge. *Whither Article 102 TFEU: A Comment on Akman and Crane*. Antitrust Law Journal [online]. 2016, 81(1), 223-234 [cit. 2018-10-22]. ISSN 00036056. Dostupné z: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_law_journal/at_journal_81i1_padilla.pdf.
24. PAPANDROPOULOS, Penelope. *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?* [online]. Revue des droits de la concurrence, číslo. 3, 2007, [cit. 2018-10-08]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/concurrences_03_2007.pdf.
25. PETIT, Nicolas. *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*. European Competition Journal [online]. 2015, 11(1), 26-68 [cit. 2018-10-08]. ISSN 17441056. Dostupné z: <https://www.tandfonline-com.ezproxy.is.cuni.cz/doi/abs/10.1080/17441056.2015.1033215>.
26. REY, Patrick, VENIT, James S. *An effects-based approach to article 102: a response to Wouter Wils*. World Competition [online]. 2015, 38(1), 3-29 [cit. 2018-10-22]. ISSN 10114548. Dostupné z: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=WOCO2015002>.
27. SPECTOR, David. *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason*. Competition Policy International, 2005, 1.2: 89-114 [online]. Dostupné z: <http://www.cepremap.fr/depot/docweb/docweb0514.pdf>.

28. VENIT, James S. *The Judgment of the European Court of Justice in Intel v. Commission: A Procedural Answer to a Substantive Question*. *European Competition Journal* [online]. 2017, 13(2-3), 172-198 [cit. 2018-10-22]. ISSN 17441056. Dostupné z: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2017.1382249>.
29. ZENGER, Hans. *Devising loyalty rebates that comply with the as-efficient-competitor test*. *Concurrences Review* [online] N° 3-2013, N° 53043, dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2259793.
30. ZENGER, Hans. *Loyalty Rebates and the Competitive Process*. *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2012, 8(4), 717-768 [cit. 2018-10-08]. DOI: 10.1093/joclec/nhs023. ISSN 1744-6414. Dostupné z: <https://academic.oup.com/jcle/article-lookup/doi/10.1093/joclec/nhs023>.

Judikatura

1. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 23. dubna 1991 ve věci Klaus Höfner et Fritz Elser proti Macrotron GmbH, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161.
2. Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. února 1993 ve spojených věcech Poucet a Pistre proti Assurances générales de France a Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, C-159/91, ECLI:EU:C:1993:63.
3. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 20. března 1985, ve věci Italská republika proti Komisi Evropských společenství, 41/83, ECLI:EU:C:1985:120.
4. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 19. ledna 1994, ve věci SAT Fluggesellschaft mbH proti Eurocontrol, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7.
5. Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 18. července 2006 ve věci David Meca-Medina a Igor Majcen proti Komisi Evropských společenství, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492.
6. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14. února 1978 ve věci United Brands Company a United Brands Continentaal BV proti Komisi Evropských společenství, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.
7. Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 3. července 1991, ve věci AKZO Chemie BV proti Komisi Evropských společenství, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286.
8. Rozsudek Evropského soudního dvora (pátého senátu) ze dne 3. července 1991 ve věci AKZO Chemie BV proti Komisi Evropských společenství, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286.
9. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. prosince 1975 ve věci Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others proti Komisi Evropských společenství, spojené případy, ECLI:EU:C:1975:174.
10. Rozsudek Soudního dvora (druhého senátu) ze dne 6. října 2015 ve věci Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet v řízení o žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Sø- og Handelsretten, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651.
11. Rozhodnutí Komise ze dne 9. června 1976 v řízení ohledně článku 86 Smlouvy EHS, 76/642/EEC, (IV/29.020-Vitamins).
12. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 13. února 1979, ve věci Hoffmann-La Roche & Co. AG proti Komisi Evropských společenství, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36.
13. Rozhodnutí Komise ze dne 7. října 1981 v řízení ohledně článku 85 Smlouvy EHS ve věci Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, 81/969/EEC (IV.29.491).

14. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 9. listopadu 1983 ve věci NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin proti Komisi Evropských společenství, C- 322/81, ECLI:EU:C:1983:313.
15. Rozhodnutí Komise ze dne 20. června 2001 v řízení ohledně článku 82 Smlouvy ES 2002/405/EC 2002/405/EC, (COMP/E-2/36.041/PO — Michelin).
16. Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2003 ve věci Manufacture française des pneumatiques Michelin proti Komisi Evropských společenství, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250.
17. Rozhodnutí Komise ze dne 29. března 2006 v řízení podle článku 82 Smlouvy ES a článku 54 Dohody o EHP proti společnostem Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems B.V., Tomra Systems GmbH, Tomra Butikkssystemer AS, Tomra Systems AB a Tomra Leergutsysteme GmbH (COMP/E-1/38.113 – Prokent/Tomra).
18. Rozsudek Tribunálu (pátého senátu) ze dne 9. září 2010 ve věci Tomra Systems ASA a další proti Evropské komisi, T-155/06, ECLI:EU:T:2010:370.
19. Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 19. dubna 2012, Tomra Systems ASA a další proti Evropské komisi, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221.
20. Rozhodnutí Evropské komise ze dne 13. května 2009, v řízení ohledně článku 82 Smlouvy ES a článku 54 Dohody EHP, (COMP/C-3 /37.990 – Intel).
21. Rozsudek Tribunálu ze dne 12. června 2014 ve věci Intel proti Evropské Komisi, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547.
22. Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 6. září 2017 ve věci Intel Corporation Inc. proti Evropské komisi, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632.
23. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. října 2007, sp. zn. As 61/2005 ve věci Česká rafinérská proti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Předpisy, mezinárodní smlouvy a soft law dokumenty

1. Smlouva o fungování Evropské unie
2. Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.
3. Nařízení č. 17/1962 – první nařízení, kterým se provádějí články 85 a 86 Smlouvy, publikované v Úředním věstníku Evropských společenství dne 21. února 1962.
4. Sdělení Komise ze dne 9. prosince 1997 o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03).
5. Sdělení komise ze dne 24. února 2009: Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, 2009/C 45/02.
6. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Prosinec 2005, [online]. Dostupné pouze v anglickém jazyce z: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
7. Francouzský zákon zakazující prodej se ztrátou – zákon číslo 96-588 ze dne 1. července 1996, o poctivých a vyvážených obchodních vztazích, dostupný z: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000560166&categorieLien=id>.
8. Shermanův Akt z roku 1890 [online]. Dostupné z: <http://gwelc.com/Library/America/USA/The%20Sherman%20Act%201890.pdf>.

Další zdroje

1. KIRNER, Tomáš. *The economics of rebates as a concerned competition practice in the European Union and the United States of America*. Diplomová práce na Ekonomicko-správní fakultě Masarykovy univerzity v Brně, 2016, [online]. Dostupná z: https://www.is.muni.cz/th/b4th2/Loyaly_Rebates_Final.pdf.
2. KINDL, Jiří. Soutěžitel a podnik – definiční a terminologické nejasnosti, přednáška ze dne 14. listopadu 2012 v rámci Svatomartinské konference, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno.
3. Smlouvy EU. Oficiální internetové stránky Evropské unie [online]. [cit. 2018-11-10]. Dostupné z: https://europa.eu/european-union/law/treaties_cs.

SEZNAM OBRÁZKŮ

Obrázek 1 – Přírůstkové rabaty.	32
Obrázek 2 – Retroaktivní rabaty – sporná a nesporná část poptávky.	34
Obrázek 3 – Retroaktivní rabaty – vývoj celkových nákladů.	35
Obrázek 4 – Sporná a nesporná část poptávky.	56

SEZNAM TABULEK

Tabulka 1 – Schéma rabatů ve věci Velux.	33
Tabulka 2 – Schéma rabatů ve věci Michelin I.	66
Tabulka 3 – Schéma rabatů ve věci Michelin II.	71
Tabulka 4 – Schéma rabatů za uplynulý rok ve věci Michelin II.	73
Tabulka 5 – Schéma rabatů ve věci Tomra.	81

SEZNAM ROVNIC

Rovnice 1 – Cena za dodatečnou jednotku.	36
Rovnice 2 – Efektivní cena.	57
Rovnice 3 – Požadovaná část poptávky.	59

VĚRNOSTNÍ RABATY JAKO VYLUČUJÍCÍ PRAKTIKA V EVROPSKÉM SOUTĚŽNÍM PRÁVU

ABSTRAKT

Tato diplomová práce se detailně zabývá uplatňováním věrnostních rabatů ze strany dominantních podniků a jeho dopady v evropském soutěžním právu. Popisuje, kdy a jakým způsobem může být tato praktika posuzována orgány Evropské unie jako zneužití dominantního postavení, neboť působí negativně na konkurenci, když váže zákazníky k věrnosti dominantnímu podniku. Zachycuje její zařazení v systému soutěžního práva a krátce ji porovnává i ostatními praktikami působícími na trh podobným způsobem. Zároveň klasifikuje jednotlivé druhy věrnostních a jiných rabatů a podrobně vysvětluje, jak konkrétně ty které nutí zákazníky uspokojovat stále větší část své poptávky u dominantního podniku a tím poškozovat konkurenci.

Podstatou práce je však i kritický pohled na v minulosti přísný přístup evropských orgánů při jejich posuzování této praktiky a argumentace některými pozitivními jevy, které mohou věrnostní či jiné rabaty přinášet. Současně zohledňuje nejnovější rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci *Intel ze září 2017*, které snad zásadním způsobem do budoucna ovlivní přístup orgánů EU, neboť poprvé od rozhodnutí *Hoffman-La Roche z roku 1976* zpochybnilo přístup *per se* zákazu k věrnostním rabatům, podmíněným exkluzivním nebo skoro exkluzivním odběrem.

Zabývá se rovněž rozbořem testu stejně výkonného soutěžitele, který byl Evropskou komisí určen k rozpoznávání škodlivých vlivů cenových praktik na hospodářskou soutěž a jenž na rozdíl od jeho uplatnění v jiných případech u věrnostních rabatů není stoprocentně spolehlivým.

Účelem práce je pak poskytnout manuál ke snadnému rozlišení bezproblémových a problémových typů rabatů, a to jak díky podrobné ekonomické a právní analýze, tak i díky detailnímu shrnutí nejdůležitější judikatury evropských soudů a rozhodnutí Evropské komise za posledních 40 let.

Klíčová slova: Věrnostní rabaty, Intel, Test stejně výkonného soutěžitele

LOYALTY REBATES AS AN EXCLUSIONARY PRACTISE IN THE EUROPEAN COMPETITION LAW

ABSTRACT

This master thesis treats loyalty rebates in the light of European competition law when applied by dominant undertakings and analyses its consequences. It describes when such practise might be considered by European Union authorities as an abuse of a dominant position as it has negative impact on the competitors by inducing customer's loyalty to the dominant undertaking. It depicts its position in the European competition law system and compares it to other practises that influence the market in a similar way. Also, it classifies different types of loyalty and other types of rebates and explains how such rebates can force a customer to acquire increasing portions of his demand from the dominant undertaking and how they can damage its competitors.

The thesis also offers a critical view on a very strict treatment of this practise by European institutions in the past and its arguments by several positive effects that loyalty and other types of rebates may have. Simultaneously it takes into consideration the newest decision of the Court of Justice of the European Union in the *Intel* case from September 2017 which will hopefully affect EU institutions' approach to this practise as it broke well-established *per se* interdiction of exclusive or quasi-exclusive loyalty rebates for the first time since 1976 decision *Hoffman-La Roche*.

It also analyses the as efficient competitor test that has been introduced by European Commission in order to determine negative effects of pricing practices on the competition and that, unlike for other pricing practices, is not hundred per cent reliable in case of loyalty rebates

The aim of this thesis is to provide a guide to easily distinguish rebates that will not cause any difficulties from the questionable ones, thanks to detailed economic and legal analysis as well as complex summary of the most relevant case law of the European courts and the European Commission over the past 40 years.

Key words: Loyalty rebates, Intel, As efficient competitor test