

Charles University Prague

Faculty of Law

Univerzita Karlovy v Praze

Právnická Fakulta

***Abuse of dominant position in EU & US
Law***

Ph.D. Dissertation

Department of European Law

***Zneužitie dominantného postavenia
v práve EU a USA***

Doktorská dizertačná práca

Katedra Európskeho Práva

JUDr. Rastislav Funta, LL.M.

JUDr. Rastislav Funta, LL.M.

Supervisor: Doc. JUDr. Pavel Svoboda, Ph.D., D.E.A.

Prague, 2011

Školiteľ: Doc. JUDr. Pavel Svoboda, Ph.D., D.E.A.

Praha, 2011

Prehlasujem, že som svoju Ph.D. prácu napísal samostatne, pod dohľadom vedúceho práce a s použitím citovaných prameňov.

I hereby declare that I have written this Ph.D. dissertation independently, under the supervision of my supervisor and with use of the sources quoted.



V Prahe/In Prague, 2011

.....
Rastislav Funta

Abstrakt

"Cenová konkurencia je podstatou slobodnej a otvorenej hospodárskej súťaže. Zvýhodňuje efektívnejšie firmy a je v prospech spotrebiteľov jak z krátkodobého tak z dlhodobého hľadiska. Dominantné spoločnosti majú mať nielen právo ale aj motiváciu k cenovej konkurencii"

Minulé a súčasné rozhodnutia Európskych a Amerických súdov znovu nastolili otázku o rôznych prístupoch k protimonopolnej politike na oboch kontinentoch. Kým na rozdiel od USA, kde sa zdôrazňuje že Amerika ochraňuje hospodársku súťaž v EÚ sa chránia súťažitelia. Ochrana záujmov spotrebiteľov a vytvorenie prostredia kde majú podnikatelia skutočnú príležitosť súťažiť v trhovej ekonomike sú celkovo dôležitými cieľmi. To bolo hlavným cieľom Európskeho spoločenstva, už v zmysle bývalého článku 3 (1) (g) Zmluvy o ES hovoriacom o *"systéme ktorým sa zabezpečí, aby sa na vnútornom trhu nenarušila hospodárska súťaž."* Na dosiahnutie účinnej hospodárskej súťaže je nevyhnutné vytvorenie systému hospodárskej súťaže bez jej narúšania. Avšak účinná hospodárska súťaž je nemysliteľná bez slobody účastníkov pôsobiacich na trhu.

Pri skúmaní či má spoločnosť významnú trhovú silu ktorá mu umožňuje dominantné postavenie musíme zvážiť viacero faktorov, okrem iného, postavenie údajne dominantnej spoločnosti na trhu, postavenie konkurencie na trhu, ako aj postavenie kupujúceho. Je často ťažké rozlíšiť medzi spoločnosťou ktorá je monopolistom a inou spoločnosťou ktorá je konkurentom ako aj medzi predátorskými cenami a legitímnou cenovou súťažou. Aj keď má dominantná spoločnosť právo chrániť svoje vlastné obchodné záujmy, neznamená to prijatie opatrení za účelom posilnenia svojho dominantného postavenia. Dominantné spoločnosti sú zvyčajne oveľa väčšie ako ich konkurenti. Tieto menšie (konkurujúce) spoločnosti môžu dosiahnuť veľkého zvýšenia ziskovosti prostredníctvom agresívnejšej súťaže s dominantou spoločnosťou. Relevantnou otázkou v tomto smere je, že kde je hranica medzi tvrdými, ale v skutočnosti súťažnými opatreniami a zneužívaním dominantného postavenia. Zneužitie dominantného postavenia je podľa ustálenej judikatúry pojmom, *"ktorý sleduje také konanie podniku v dominantnom postavení, ktoré môže ovplyvniť štruktúru trhu, kde práve z dôvodu prítomnosti takéhoto podniku je úroveň hospodárskej súťaže už oslabená, a ktoré má vo svojom dôsledku zabrániť zachovaniu existujúcej úrovne hospodárskej súťaže na trhu alebo rozvoju tejto hospodárskej súťaže, a to s použitím iných prostriedkov, než ktoré ovládajú obvyklú súťaž výrobkov alebo služieb na základe plnení hospodárskych subjektov."* Pre výraz

zodpovedajúci "*dominantnému postaveniu*" v právnych predpisoch EÚ, sa v USA používa termín "*monopol*". V USA sa Najvyšší súd stotožňuje s tézou, že strana má monopolné postavenie za predpokladu že môže voči ktorejkoľvek strane v rámci obchodovania medzi jednotlivými štátmi ovplyvňovať ceny alebo obmedzovať súťaž. Základný rozdiel medzi EÚ (článok 102 Zmluvy o fungovaní EÚ) a USA (§ 2 Shermanovho zákona) môže byť objasnený slovami, že zatiaľ čo § 2 Shermanovho zákona sa zameriava na prevenciu monopolizácie, článok 102 Zmluvy o fungovaní EÚ sa zameria predovšetkým na zamedzovanie monopolov. Medzi skutkové podstaty ktoré sú často považované za zneužitie dominantného postavenia patria napr. neprimerané ceny, odmietnutie dodávok, cenová diskriminácia, predátorské ceny, atď. V ďalšej časti budeme analyzovať a vysvetľovať fenomén predátorských cien pomocou trojstranného porovnávania (ekonomickej, právnej a obchodnej stratégie). Predátorské ceny sú označované ako nelegitímna stratégia narušujúca hospodársku súťaž jak v EU tak v USA. Zásada voľnej tvorby cien je základom súťaže a znižovanie cien je výrazom intenzívnej konkurencie, avšak takéto konania môžu byť použité najmä so zámerom vylúčenia konkurentov z trhu. To či podnikateľské správanie je správne jak z obchodného tak z ekonomického pohľadu je ústrednou úlohou súťaže, ktorá v prípade zneužitia má sankcionovať takéto správanie. Predátorské ceny realizované spoločnosťou v dominantnom postavení, napr. stanovovaním predátorských cien, ktoré sú navrhnuté tak, aby vytlačili konkurentov z trhu, alebo im zabránili v prístupe na trh sú v rozpore s článkom 102 Zmluvy o fungovaní EÚ. Podľa rozhodovacej praxe Európskej Komisie a Európskeho súdneho dvora je súčasná prax charakterizovaná aplikáciou ekonomických metód, ktoré hrajú kľúčovú úlohu pri určovaní predátorských cien. Avšak panuje kritika, že ekonomický kontext nie je dostatočne zohľadňovaný.

Z pohľadu spotrebiteľa sú predátorské ceny všeobecne pozitívne hodnotené, pretože spotrebiteľov nezujímajú ani strategické motívy spoločnosti, ani problémy spojené s predátorskými cenami. Predátorské ceny však môžu, rovnako ako rabatové programy, viesť k vylúčeniu konkurencie z trhu, alebo k zabráneniu prístupu na trh, čo v strednodobom až dlhodobom horizonte nie je v záujme spotrebiteľa. Konkurencia je teda "*proces kreatívnej deštrukcie*". Výsledné straty konkurentov sú imanentné voči hospodárskej súťaži, a preto nemôžu byť meradlom konkurenčného spôsobu podnikateľského správania. Predátorské cenové stratégie sa tak v dôsledku toho dajú veľmi ťažko odlíšiť od bežných konkurenčných praktík. Posúdenie cielených predátorských stratégií je preto jedným z najkontroverznejších otázok teórie hospodárskej súťaže a súťažného (antitrustového) práva. Rozsiahla zbierka literatúry sa pohybuje od popierania tohto správania vychádzajúc s racionálnej obchodnej

stratégie k posúdeniu, ktoré musí byť predmetom detailnejšieho rozboru. Novšie – predovšetkým modely teórie hier - dospeli k záveru, že pre predátorské stratégie je najmä existencia nedokonalých informácií nevyhnutným predpokladom. Preto je ťažké ich celkové zistenie v praxi. Predátorské ceny vo všeobecnosti zahŕňajú tri rovnako dôležité náležitosti:

- spoločnosť realizujúca túto politiku cien musí byť v dominantnom postavení,
- jej stratégia musí zahŕňať predaj za nižšie ceny ako boli náklady, čo zvyčajne vedie k významným stratám,

- špecifické trhové prostredie, do ktorého môžu konkurenti len z ťažkosťou vstupovať potom, ako dominantná spoločnosť úspešne eliminuje súčasných konkurentov, čo jej umožňuje nielen nahradiť jej straty, ale tiež zabezpečiť si dodatočný zisk v budúcnosti.

Predátorské ceny sú investíciou do budúcnosti v rámci dosiahnutia monopolného postavenia, a obeťou (sacrifice) súčasných ziskov. Pri investícii sa musí očakávať jej návratovosť. Predátorov zámer sleduje cieľ vynahradiť si ekonomické straty ktoré utrpel počas nasadenia nízkych cien tým, že tieto ceny počas nasledujúceho obdobia výrazne zvýši. Vynahradenie ekonomických strát je teda nevyhnutnou podmienkou.

Aj v USA, sa americké štúdie obmedzujú na jednej strane na analýzu historických prípadov, a na druhej strane na štatistiky s obdobia minulého storočia, ktoré zahŕňajú všetky najdôležitejšie prípady hospodárskej súťaže v tejto oblasti. Táto štatistika nám ukazuje, že žaloby týkajúce sa stratégie predátorských cien boli v podstate málo početné a celkovo na úpadku. Frekvencia predátorských stratégií závisí nielen na význame ceny ako marketingovom nástroji. V skorších neo-klasických teóriách cien, bola otázka tvorby cien v centre vedeckého záujmu. Preto Schumpeter napísal v roku 1942: *"Ekonomía sa nakoniec dostala do štádia, kedy videla len cenovú konkurenciu a nič iné. Akonáhle budú kvalita súťaže a zákaznícky servis akceptované v teórii, bude pojem cenového rozdielu vytlačený zo svojho dominantného postavenia."* Aj v odbore Business Administration sa záujem sústreďuje na cenovú politiku. Toto jednostranné zameranie na ceny je v praxi však menej viditeľné: spoločnosti uskutočňujú rozhodnutia z rôznych dôvodov, spomedzi ktorých je cena jedným z mnohých. Akú stratégiu koniec koncov použijú, závisí do značnej miery na tom, kde možno dosiahnuť najlepšej kalkulácie nákladov a výnosov.

Európske pravidlá hospodárskej súťaže majú osobitné postavenie, pretože musia sledovať nielen zachovanie účinnej hospodárskej súťaže, ale aj súčasne zabezpečiť dosiahnutie cieľov zmluvy. Neobsahujú žiadne konkrétne poznatky zakazujúce systematické znižovanie cien. To znamená, že Európska komisia a Európsky súdny dvor museli vyvinúť kritériá pre hodnotenie takéhoto správania. Európska komisia, pokiaľ ide o hodnotenie koncentrácií, vzniesla otázku,

či predátorské ceny je možné zaradiť pod článok 82 (teraz článok 102 Zmluvy o fungovaní EÚ). Ak spoločnosť využíva svoje dominantné postavenie, napr. počas dlhého obdobia realizácie predaja pod cenu aby prinútila konkurenciu k fúzii, je to považované za rozpor s článkom 82 (teraz článok 102 Zmluvy o fungovaní EÚ). Debata na túto otázku nadobudla na význame v rozsudku ESD v prípade AKZO. Od rozhodnutia ESD vo veci AKZO vydaného v roku 1991, AKZO test sa stal nielen hlavným pravidlom v prípadoch predátorsva pre relevantné orgány a súdy, ale aj predmetom ostrej kritiky mnohých ekonómov. Toto pravidlo bolo však potvrdené v prípade Tetra Pak II ako aj v prípade France Télécom.

Po výroku vplyvného názoru profesora McGee, že predátorské ceny sú natoľko iracionálne, aby mohli byť využité v praxi, sa americké súťažné právo začalo detailnejšie zaoberať otázkou ako toto správanie rozpoznať od súťažného správania. Odpoveď na túto otázku poskytol Areeda a Turner prostredníctvom svojho ekonomického testu stojacom na porovnaní cien a nákladov. Toto však neuspokojilo väčšinu odbornej verejnosti a medzi ich kritikmi začala diskusia ohľadne ďalšieho prvku pri preukazovaní cenového predátorstva. Rozdiel v doktríne na oboch kontinentoch sa naplno prejavil v prípadoch Brooke a AKZO. V prvom menovanom prípade Americký najvyšší súd uviedol ako podmienku preukázania predátorstva tzv. recoupment, kým v prípade AKZO zámer dominanta. Od prelomového rozhodnutia v prípade Brooke je v americkom súťažnom práve jednou z dvoch podmienok preukázania predátorského správania práve spomínaný recoupment. Americké súdy častokrát prijímajú ekonomický prístup k otázke recoupmentu citovaním Easterbrooka podľa ktorého krátkodobá strata je definitívna, ale dlhodobý zisk závisí od úspešnej neutralizácie súťaže. Okrem toho, nestačí len dosiahnuť monopolné postavenie. Úspech každej predátorskej stratégie závisí od zachovania monopolného postavenia spoločnosti na trhu po dostatočne dlhú dobu, s cieľom kompenzácie strát ktoré predátor utrpel v minulom období a zároveň utrženia dodatočného zisku. Ak nepanuje istota ohľadne toho, že očakávaný zisk sa dostaví, a že môže byť udržaný dlhší čas, musí predátor uskutočniť významné investície bez garancie recoupmentu tejto investície.

Na európskom kontinente ESD síce odmietol túto podmienku ako predpoklad predátorstva, avšak odborná verejnosť sa častokrát pripája k opačnému názoru. Toto presvedčenie odôvodňujú tým, že pokiaľ spoločnosť nezvýši svoje ceny a následne si nezačne vynahrádzať svoje straty ktoré utržila, spotrebiteľia nemôžu byť poškodení a neexistuje potreba potrestania dominantu (t.j. bez spomínaného dôkazu recoupmentu). Voči tomuto tvrdeniu stojí názor, že kompenzácia utržených strát nie je totožná s poškodením spotrebiteľov, pretože, v prípade kedy správanie sa dominantna nebude úspešné ku

kompenzácií nedôjde, môže mať za následok oslabenie súťaže a teda negatívne doliehať na spotrebiteľov. Z hľadiska vývoja doktríny predátorských cien možno predpokladať že i na európskom kontinente dôjde k oveľa väčšiemu zohľadňovaniu tejto podmienky.

Kým v USA sa vyžaduje preukázanie kompenzácie strát v rámci preukazovania predátorských cien, na európskom kontinente na prvom mieste je predátorský zámer dominanta. V prípade AKZO súd *expresis verbis* uviedol, že pokiaľ sa ceny pohybujú medzi priemernými variabilnými a priemernými celkovými nákladmi dochádza ku predátorskému správaniu, len ak spoločnosť v dominantnom postavení sa pokúsila o vytlačenie konkurencie z trhu. V Spojených štátoch bola otázka predátorských cien skúmaná po prvý krát už v prípade Standard Oil Company. V EÚ Európsky súdny dvor a Európska komisia mali možnosť sa zaoberať otázkou predátorských cien takmer 100 rokov po prípade Standard Oil Company v prípade AKZO a následne v prípade Tetra Pak a Irish Sugar. Predátorské ceny majú dlhú históriu v práve hospodárskej súťaže USA, ktorá sa datuje do vydania rozsudku v prípade Standard Oil v roku 1911. História predátorských cien v USA je možné rozdeliť na tri obdobia. Počas prvého obdobia po prijatí Shermanovho zákona, boli žaloby v súvislosti s predátorskými cenami skúmané veľmi dôsledne. Prípád Standard Oil (1911) sa stal vzorom pre ďalší vývoj predátorských cien (Standard Oil bol v pozícii vyláčiť konkurentov z trhu tým, že dočasne predávala pod cenou). V roku 1911 Súd uviedol dve náležitosti pre zneužitie dominantného postavenia na základe spomínaného článku 2: zneužívajúce postavenie a zámer eliminovať konkurenciu. To sa stalo rozbuškou pre kritiku predátorských cien. Tak napr. McGee uviedol, že stratégia predátorských cien je natoľko iracionálna a celkovo nevýhodná pre dominantného súťažiteľa, že je nepravdepodobné, aby bola v skutočnosti využívaná. Druhé obdobie začalo vydaním práce dvoch Harvardských profesorov Donalda F. Turnera a Philipa Areeda ktorý radikálne zmenil prístup USA k otázke predátorstva. Ich dôležitý článok sa zaoberá ekonomickým testom, ktorý sa zakladá na porovnaní ceny a nákladov. Na základe tzv. Areeda-Turner testu sa ceny považujú za predátorské ak sú nižšie ako hraničné náklady (priemerné variabilné náklady) ibaže by presahovali priemerné celkové náklady. T.j. ceny ktoré sú nižšie ako priemerné variabilné náklady sú považované za predátorské. Areeda - Turner poznamenali, že predátorské ceny nie sú obvyklé. Tak ako uviedli, napriek tomu že existencia predátorských cien sa zdá byť veľmi nepravdepodobná, neznamená to nevyhnutne, že by nemali existovať žiadne protimonopolné pravidlá pre boj s nimi. Jednoznačne poukázali na potrebu opatrnosti pri formulovaní takýchto pravidiel. Od tej doby - na pomerne dlhú dobu - takmer každý odvolací súd v Spojených štátoch prijal tzv. Areeda-Turner test. Argumenty Areeda a Turnera chceli zdôrazniť, že predátorstvo vzniká len vtedy, keď sú ceny držané pod

hraničnými nákladmi. Uznávajúc, že zistenie hraničných nákladov môže byť v praxi veľmi ťažké argumentovali alternatívnym použitím priemerných variabilných nákladov. Doktrína Areeda-Turnera je určená na potlačenie firemnej cenovej politiky. Tretie a posledné obdobie začalo v roku 1989 rozhodnutím odvolacieho súdu v prípade AA Poultry Farms, Inc. proti Rose Acre Farms, Inc., kde šlo o cenovú vojnu medzi producentami vajec. Žalobca v tomto prípade tvrdil, že žalovaného ceny boli pod úrovňou celkových priemerných nákladov a nižšie než jeho priemerné variabilné náklady. Súd v tomto prípade uviedol, že pokiaľ ide o dôkaz o možnosti pokrytia strát v zásade je oveľa jednoduchšie určiť zo štruktúry trhu, že pokrytie je nepravdepodobné, ako stanoviť náklady konkrétneho výrobcu.

Svoju analýzu môžem rozdeliť do nasledovných bodov: I časť začneme s úvodom do problematiky predátorských cien (str. 19 a nasl.) → II časť predstavuje pohľad na teoretické prístupy a riešenia politiky hospodárskej súťaže v súvislosti s predátorskými cenami (str. 32 a nasl.) → III časť predstavuje klasifikáciu stratégie cielených predátorských cien v súvislosti s článkom 102 Zmluvy o fungovaní EÚ (str. 80 a nasl.) → IV časť skúma EÚ/US prístup súdov k predátorským cenám (str. 107 a nasl.) → Posledná V časť obsahuje návrhy na posudzovanie predátorskej stratégie v súlade s čl. 102 ZFEÚ (str. 149 a nasl.).

Cieľom tejto dizertačnej práce je objasniť vývoj predátorských cien prostredníctvom analýzy rôznych prístupov z oboch strán Atlantiku, pretože fenomén predátorských cien ponúka široký priestor na analýzu nielen z pohľadu práva EÚ ale aj samotného amerického práva (pomocou trojstranného porovnávania ekonomickej, právnej a obchodnej stratégie). Zvolená metóda tejto dizertačnej práce nebazíruje tak na číslach alebo iných kvantitatívnych elementoch, ale predovšetkým na slovných formuláciách. Rozhodol som sa pre túto metódu, pretože predstavuje najlepší prístup na pohľad k predloženej problematike. Tiež prípadové štúdiá rozoberané v práci sa neupínajú len na jeden konkrétny prípad. Porovnávací analýza právnych názorov sa snaží reflektovať názory z oboch strán Atlantiku. Informácie použité v práci som čerpal z relevantných ustanovení ZFEÚ, Európskej a Americkej judikatúry a literatúry pojednávajúcej o teóriách predátorských cien.

Moje hlboké uznanie smeruje k vedúcemu mojej práce Doc. JUDr. Pavlovi Svobodovi, Ph.D., D.E.A., za jeho cenné rady pri realizácii tohto diela.

Taktiež by som sa rád poďakoval jednému z popredných Amerických odborníkov na súťažné právo, Prof. Dr. John E. Lopatka, J.D., LL.M., (A. Robert Noll Distinguished

Professor of Law; Pennsylvánska Štátna Univerzita – Dickinsonova Fakulta práva) za jeho prvotný komentár. Rovnako oceňujem úvodnú pomocnú ruku od Prof. JUDr. Luboša Tichého, CSc., vedúceho ústavu právnej komparatistiky na Právnickej Fakulte UK v Prahe.

V Prahe, 2011

Kľúčové slová: Predátorské ceny, Zneužitie, Súťažné právo