

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

PRÁVNICKÁ FAKULTA

Andrej Duhan

**Zneužití dominantního postavení – pojem zneužití a
zp soby zneužívajícího jednání**

Diplomová práce

Vedoucí práce: JUDr. Mgr. Vít Horá ek, Ph.D.

Katedra: Obchodního práva

Datum vypracování práce (uzav ení rukopisu): íjen 2014

PROHLÁŠENÍ

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

V Praze dne 15.10.2014

Andrej Duhan

Pod kování

Na tomto místě bych velmi rád pod koval JUDr. Mgr. Vítu Horá kovi, Ph.D., vedoucímu mé diplomové práce, za laskavé vedení mé diplomové práce a za cenné p ipomínky, kterými p isp l k jejímu vypracování.

Obsah:

Úvod.....	1
1. Ú el lánku 102	4
1.1. Cíle sledované p i uplat ování lánku 102.....	4
1.1.1. Ekonomická svoboda	5
1.1.2. Spot ebitelský blahobyt	8
1.1.3. Slu itelnost cíl	10
1.2. Formalistický p ístup vs. P ístup založený na zkoumání následk	11
1.3. Ú el lánku 102 a modernizace evropského sout žního práva 2	12
2. Pojem zneužití.....	14
2.1. P sobnost lánku 102: rozhodnutí Continental Can a vyko is ovací a vylu ovací praktiky	14
2.2. Definice zneužití.....	16
2.2.1. Zneužití jako objektivní koncept	17
2.2.2. Zvláštní odpov dnost dominantního podniku	19
2.2.3. Sout ž na základ výkonu (<i>competition on the merits</i>)	20
2.2.4. Protisout žní ú inek.....	22
2.3. Pokyny Komise.....	23
2.3.1. Protisout žní uzav ení trhu	24
2.3.2. Kritérium stejn efektivního konkurenta	25
2.4. Objektivní ospravedln ní	26
2.4.1. Ochrana vlastních obchodních zájm	27
2.4.2. Efektivnost	28
2.4.3. Další možnosti objektivního ospravedln ní.....	29
2.5. Druhy náklad	30
2.6. Pojem zneužití v eském právu	30
3. Jednotlivé zneužívající praktiky.....	31
3.1. Predátorské ceny	31
3.1.1. Posuzování predátorský cen dle judikatury SDEU	32
3.1.1.1. Možnost vyrovnání ztrát	34
3.1.1.2. Predátorské ceny a koncept <i>meeting competition defence</i>	36
3.1.2. Pokyny Komise	36
3.1.3. Predátorské ceny v eském kontextu	37
3.2. Výhradní dohody: slevy a rabaty	38
3.2.1. Posuzování rabat dle judikatury SDEU	39
3.2.1.1. V rnostní rabaty	39
3.2.1.2. Cílové rabaty	40
3.2.1.3. Existují dovolené rabaty?	44
3.2.1.4. Kritika judikatury SDEU k rabat m.....	43
3.2.2. Pokyny Komise	46
3.2.3. Intel	48
3.2.4. Slevy a rabaty v eském kontextu.....	49
3.3. Vázané prodeje	49
3.3.1. Posuzování vázaných prodej dle judikatury SDEU	51
3.3.1.1. Dominantní postavení na trhu vázajícího produktu.....	51
3.3.1.2. Vázající a vázaný produkt jsou dva odlišné produkty.....	51

Úvod

Ochranu hospodářské soutěže a soutěživého prostředí před jednáním podniků s velkou tržní silou a podílem zajišťuje v evropském právu článek 102 SFEU (v českém právu § 11 ZOHS). Podstatou ustanovení je zákaz podnikům v dominantním postavení toto postavení zneužít. Následující příklady jednání, které lze považovat za zneužívající.¹ Ustanovení se tedy skládá z generální klauzule a demonstrativního výčtu zneužívajících praktik. Klíčovými jsou především pojmy dominantní postavení a zneužití dominantního postavení. Tato práce se bude zabývat druhým z pojmů – zneužitím.

Článek 102 má rámcový charakter, neobsahuje definice stěžejních pojmů ani pokyny, jak je vymežit. Interpretace a nacházení významu stěžejních pojmů článku 102 byly ponechány na rozhodovací praxi Komise a především SDEU, což umožnilo vyhnout se mechanické aplikaci a přesto vyvinout poměrně stabilní judikaturu vykládající základní pojmy. Pro pochopení článku 102 je tedy nutné primárně analyzovat judikaturu Soudního dvora Evropské unie.

Neméně důležité je ovšem znát cíl článku 102 a metodu zkoumání zneužití, nebo se od nich odvíjí jeho samotná aplikace. V zásadě existují dva cíle – ekonomická svoboda a spotřebitelský blahobyt a dvě metody – formalistický přístup a přístup založený na zkoumání následků. Panuje shoda, že cílem článku 102, stejně jako cílem soutěživého práva obecně, byla ekonomická svoboda, a to za použití formalistického přístupu. Tento výklad je často kritizován, neboť se reálně nezabývá skutečnými negativními efekty tvrzeného zneužití a často vede k *per se* zákazům. Stejně tak je kritizováno nedostatečné zohlednění spotřebitelského blahobytu.

Evropská komise se od konce devadesátých let minulého století pokouší o modernizaci zohledňující výše zmíněnou kritiku. Termín modernizace se obvykle užívá k souhrnnému označení změn v oblasti soutěživého práva vedeného Komisí, zvaného též

¹ a) Písemné nebo písemné vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek; b) omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů; c) uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou některé partnery znevýhodňováni v hospodářské soutěži; d) podmínění uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další podmínky, která ani v ceně, ani podle obchodních zvyklostí s podmíněným uzavřením smluv nesouvisejí.

more economics approach. Účelem této práce je vytyčit spotřebitelský blahobytný jako cíl soutěžního práva a přístup založený na následcích jako základní metodu. Nutno dodat, že v oblasti kartelů a fúzí a akvizic již bylo zmíněno dosaženo a zneužití dominantního postavení zůstává poslední oblastí soutěžního práva, která je na pomezí.

Cílem této práce je nejen analyzovat samotný pojem zneužití a jednotlivé zneužívající praktiky, ale rovněž prozkoumat, zda-li je možné v judikatuře SDEU vysledovat jednotný cíl a metodu, a nakolik probíhá Komisí zamýšlená modernizace, respektive nakolik je proveditelná. Primárně tedy jde o analýzu judikatury, v širším smyslu bude zkoumána s ohledem na cíl a metodu článku 102.

Podmínkou zájmu bude zejména evropská praxe, neboť je obsáhlejší a udává směr. Výklad českých úprav je koncipován jako doplňující. Nejde tedy o komparaci evropské a české úpravy. Práce zde vychází z teze, že české soutěžní právo následuje evropské, tudíž jde o kvalitativně stejné systémy. Ve stejném duchu jsou koncipovány publikace českých autorů Munkové, Kindla a Svobody² i Petra.³ Stejně tak byl veden kurz *Soutěžní právo* na Právnické fakultě UK v Praze.

Práce předpokládá poučeného čtenáře, neobsahuje tak výklad základních pojmů souvisejících se zneužitím dominantního postavení jako dominantní postavení samotné i relevantní trh, které nejsou jejím předmětem. Tyto pojmy by vydaly na samostatnou práci a zde by mohly být přiblíženy pouze značně zkratkovitě.

Práce postupuje od nejobecnějšího k nejkonkrétnějšímu. V první kapitole budou rozebrány základní cíle článku 102 a metody jeho aplikace. Vzhledem k strohému textu článku 102 jsou cíle stejně důležité pro jeho interpretaci i další aplikaci. Stejně tak metoda posuzování zneužitím je použítí článku 102 zásadně promítnut a posunout. Znalost cílů a metod vytváří základní rámec pro zkoumání článku 102, orientaci v diskuzích nad jeho účelem a je nezbytná pro pochopení případných změn v aplikaci článku 102.

Druhá kapitola se zabývá samotným pojmem zneužití, zejména závěry, které pro tento pojem vyplývají z rozhodnutí SDEU *Continental Can* a *Hoffmann-La Roche*. Jádrem

² MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P. *Soutěžní právo*. 2. vydání. Praha : C.H.Beck, 2012.

³ PETR, M. a kolektiv. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2010.

kapitoly bude analýza stěžejních znaků, na kterých stojí definice zneužití podaná v *Hoffmann-La Roche*. Dále budou přiblíženy pojmy, které Komise přináší v Pokynech a které mají vnést do posuzování zneužití přístup založený na zkoumání následků. Nakonec budou rozebrány možnosti obrany dominantních podniků v případě zneužití.

Stěžejní část práce pak představuje třetí kapitola, kde jsou přiblíženy nejzávažnější zneužívající praktiky – predátorské ceny, výhradní dohody a rabaty, vázané obchody, odmítnutí obchodovat, excesivní ceny a diskriminace. Po úvodním výkladu nastiňuje podstatu praktiky a sporné body přechází rozbor judikatury SDEU s cílem vytáhnout a zkoumat stěžejní znaky dané praktiky s tím, že skutkový stav rozhodnutí bude přiblížen pouze v míře nezbytné pro kontext. Ke srovnání a posouzení judikatury s modernizačními snahami Komise budou stručně přiblíženy ustanovení týkající se jednotlivých praktik v Pokynech.⁴ Nakonec bude podán pohled jednotlivých praktik v českém kontextu, zejména se zaměřením na stěžejní případy, eventuálně drobné odlišnosti od evropské praxe.

Jednotlivé praktiky nejsou podávány pod demonstrativní výčet pod generální klauzule ani nejsou omezeny na cenové a necenové nebo vykoisující a vylučující. Práce vychází především z judikatury a ta je ustálena v názoru, že postačuje naplnění generální klauzule. Zneužívající jednání tak není potřeba přidat k vytyčeným příkladům v písmenech a) – d) článku 102.⁵ Naopak evropská praxe identifikovala praktiky, které se s příklady shodují pouze částečně nebo vůbec. Stejně tak se judikatura nezabývá škatulkováním jednotlivých praktik, nýbrž se zaměřuje na podstatu zneužití. Zejména kategorie vylučující a vykoisující považuje za navzájem se překrývající.

Na závěr je potřeba zdraznit, že v práci nejde o komplexní rekapitulaci judikatury ani o obsáhlé reprodukování skutkového stavu jednotlivých případů, ale o vytažení relevantních definíčních znaků, upozornění na kontroverzní body a přiblížení kritiky judikatury SDEU. Nastíněny budou rovněž modernizační cíle Komise stanovené v Pokynech včetně posouzení, nakolik odpovídají a nakolik se rozcházejí s ustálenou judikaturou. Cílem práce tedy není všezahrnující a detailní výklad, ale kritická reflexe judikatury zasazená do širšího kontextu v podobě hledání smyslu článku 102.

⁴ Pokud je Pokyny zmiňuje.

⁵ To samé platí u článku §11 ZOHS.

1. Ú el lánku 102

Cílem této kapitoly je p iblížit základní cíle lánku 102 – ekonomickou svobodu a spot ebitelský blahobyt a základní metody zkoumání zneužívajícího jednání – formalistický p ístup a p ístup založený na zkoumání následk . Toto základní a nikoliv vy erpávající vymezení bude vytvá et širší kontext pro další již konkrétn ji zam ené kapitoly.

1.1. Cíle sledované p i uplat ování lánku 102

Existuje ada názorových sm r a škol zkoumajících ú el sout žního práva a deklarujících r zné cíle, kterých má být p i uplat ování lánku 102 sledováno. O tom, že sout ž je pot eba chránit, se spory nevedou, otázkou z stává, jak nejlépe a pro ji chránit. Pro ú ely této se budu zabývat dv ma základními cíli – ekonomickou svobodou chránící proces sout že, která je považována za základ evropského sout žního práva, a spot ebitelským blahobytem sledujícím spíše výsledky sout že, který je naopak prosazován jako nový cíl evropského sout žního práva. P edtím je však nezbytné zmínit postavení evropského sout žního práva a tedy i lánku 102 v kontextu evropského práva a specifický cíl, který z toho vyplývá.

Jedním ze základních cíl Smluv stanovených v lánku 3 byl „systém zajiš ující nenarušenou sout ž na vnit ním trhu.“⁶ ESD toto považoval za základ evropského sout žního práva a lánek 102 vykládal s odkazem na tento cíl již od p ípadu *Continental Can*, kde jej nep ímo ozna il za jedno z provád cích ustanovení lánku 3.⁷ ESD zde teleologickým výkladem dovodil, že lánek 102 musí být chápán a aplikován v kontextu Smluv a jejich cíl . Dále up esnil, že ur ité omezení sout že je p ípuštěné v rámci slad ní s ostatními cíli Smluv, ale nikdy nesmí dojít k takovému oslabení sout že, které by bylo v rozporu s budováním spole ného trhu.⁸ ESD tak spojil ochranu sout že s budování spole ného trhu.

⁶ D íve lánek 3 odst.1 písm. g) SES, v SFEU vypušt n, ale zd razn n v protokolu . 27.

⁷ Rozhodnutí Soudního dvora 6/72, *Europemballage Corp nad Continental Can Co Inc v Komise*, [1973] ECR 215, odst. 23.

⁸Tamtéž, odst. 24.

Podle Jones a Surfin byla od počátku cílem evropských společenství ekonomická integrace, již mělo být dosaženo pomocí volného pohybu a soutěže, jejíž vnímání jako nástroje integrace vnitřního trhu je tak naprosto zásadní k pochopení soutěžního práva EU.⁹ Podobně se vyjádřili Faull a Nikpay: „*Přístup k aplikaci článku 102 nemůže být plně pochopen bez poukázání na odhodlání komunitárních institucí vytvořit a udržovat jednotný trh.*“¹⁰ Rovněž Komise v Pokynech uznává dosažení integrovaného trhu jako širší cíl článku 102 a stejný závěr konstatoval i Soud v předloženém případě.¹¹ Článek 102 tedy nelze brát jako osamocené ustanovení, ale je třeba jej vykládat v kontextu cílů Smluv. Pokud je cílem Smluv budování a udržování vnitřního trhu, je to i cílem článku 102.

1.1.1. Ekonomická svoboda

Ekonomická svoboda vychází z ordoliberalismu, jenž se utvářel v reakci na pád Výmarské republiky a vzestup nacistického Německa. Mezi významnou příčinu tohoto vzestupu ordoliberalové viděli nekontrolovaný růst a koncentrace soukromé hospodářské moci,¹² která byla později přetavena do moci politické, což nakonec vedlo k úpadku svobody a demokracie. Chybu ordoliberalové spatřovali v tom, že právní řád Výmarské republiky nebyl schopen předejít vzniku a zneužití této soukromé hospodářské moci.

Ponaučení, které si z tohoto vývoje ordoliberalové odnesli, bylo trojí, (i) zneužití moci hrozí nejen ze strany státu, ale také ze strany soukromých entit, typicky monopolů a kartelů, (ii) na neregulovaném volném trhu nemusí vždy docházet k efektivní soutěži, ale naopak může docházet ke vzniku kartelů a monopolů, (iii) obojí pak deformuje hospodářskou soutěž a ohrožuje ekonomickou svobodu jednotlivce. Přitom právo v nenarušené hospodářské soutěži ordoliberalové spatřovali záruku ekonomické svobody, která zasloužila být nezbytným předpokladem politické svobody. Zneužití soukromé hospodářské moci tedy v konečném důsledku ohrožuje základ svobodné

⁹ JONES, A., SUFRIN, B. *EC Competition Law: text, cases and materials*. 3. vydání. New York: Oxford University Press, 2008, s. 42.

¹⁰ Tamtéž, s. 260.

¹¹ Z novější judikatury například Rozhodnutí Soudního dvora C-468/06 až C-478/06, *Sot. Lelos kai Sia EE v. GlaxoSmithKline AEE* [2008] ECR II-2969, odst. 65-66.

¹² Zejména ocelářské kartely a monopoly.

společnosti, politickou svobodu, a toho se ordoliberalové po nacistické zkušenosti dle silně nejvíce.

Soutěžní právo a ochrana hospodářské soutěže byla jednou z hlavních domén ordoliberalismu. Ordoliberalové prosazovali „hospodářskou ústavu“, která by uzákonila volnou soutěž a ekonomickou svobodu jako základní principy a zamezila r stu neomezené soukromé moci stejně jako *ad hoc* státním zásah m do ekonomiky.¹³ Cílem soutěžního práva podle ordoliberalů je vytvořit takové prostředí, kde stát dohlíží na dodržování základních parametrů soutěže a lze předvídat, kdy eventuálně zasáhne, a zároveň dochází k omezování soukromé moci za účelem ochrany ekonomické svobody, což je v zájmu svobodného společenského řádu. Hospodářská soutěž je proces, na kterém se lze účastnit bez nepřiměřených omezení ze strany soukromé i veřejné moci. Segrává přitom klíčovou roli coby předpoklad hospodářského blahobytu a uplatnění ekonomické svobody.

Je potěšitelné zdůraznit, že účel hospodářské soutěže v ordoliberalním pojetí silně ovlivuje skutečnost, že ordoliberalismus není ekonomickou teorií, ale politickou doktrínou. Nepřátelství vůči protisoutěžnímu jednání tak není založeno na jeho hospodářských důsledcích, nýbrž protože „*je neslučitelné s demokracií.*“¹⁴ Ordoliberalům nejde primárně o ekonomickou efektivnost, ale o zachování demokratického společenského řádu, který stojí na sepětí ekonomické a politické svobody. Ekonomická svoboda je tedy hodnotou sama o sobě, nikoliv prostředkem k nějakému jinému cíli. Znamená možnost vstoupit na trh a jednat a účastnit se hospodářské soutěže aniž by tato možnost byla jakkoliv omezována ze strany ostatních účastníků trhu. Nejlépe je zaručena tržích, kde jsou jeho jednotliví účastníci zanedbatelní vzhledem k jeho velikosti.

Naopak v případě, že se na trhu vyskytuje podnik v dominantním postavení, je ekonomická svoboda ostatních ohrožena. Pocit, že podnik v dominantním postavení je hrozbou pro hospodářskou soutěž, pro což je nutné na něj uvalit určitá omezení, je

¹³ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 35.

¹⁴ ODUDU, O. *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81.* Oxford : Oxford University Press, 2006, s. 16 in MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P., op. cit., s. 44-45.

hluboce zakoreněná v ordoliberalním myšlení.¹⁵ Je-li cílem článku 102 ekonomická svoboda, podniky s velkou tržní silou jsou automatickymi podezřelými, protože už svou samotnou existencí ohrožují strukturu soutěže, přičemž jakékoliv další oslabení struktury soutěže může znamenat zneužití dominantního postavení. Ekonomická svoboda tedy s sebou nese nutnost chránit strukturu soutěže a trhu, což vede k zaměření se na proces soutěže spíše než na výsledky soutěže. Proces je potřeba chránit pro proces samotný a to i v případě, kdy vede k neefektivnosti, protože umožňuje realizaci ekonomické svobody.

Výstižně podstatu ordoliberalismu shrnula generální advokátka Julia Kokott ve svém stanovisku k případu *British Airways*:¹⁶, „lánek 82 [dnes 102]... není určen pouze k primární ochraně bezprostředních zájmů spotřebitelů, ale k ochraně struktury trhu a tím soutěže jako takové (jako instituce), která již byla oslabena přítomností dominantního podniku na trhu. Tímto způsobem jsou nepřímo chráněny také spotřebitelé.“¹⁷ Ordoliberalové tedy ví, že cílem článku 102 má být ochrana ekonomické svobody, protože s sebou nese ochranu struktury trhu a procesu soutěže, z čehož v konečném důsledku profitují i skupiny, kterýchž ochrana primárně článkem 102 neslouží. Ochrana spotřebitelů je bonus, nikoliv cíl. Naopak dominantní podnik je v tomto uvažování považován za podezřelého, který má potenciál ohrozit strukturu hospodářské soutěže.

Ideálem ordoliberalů je trh bez entit s významnou tržní silou na straně nabídky i poptávky, které mohou ovlivňovat jednání ostatních účastníků trhu (konkurenci, spotřebitele) k jejich škodě. Na takovém trhu bude soutěž probíhat pouze na základě výkonu (zejména kvalita a cena) a i praktiky, které obvykle představují zneužití jako predátorské ceny i výnosní rabaty, budou představovat pouze tvrdou soutěž. A koliv tedy ordoliberalové nepožadují zákaz dominantního postavení jako takového – to by se rozcházel s jejich orientací na tržní hospodářství, je zřejmé, že je z jejich pohledu třeba nežádoucí. To se samozřejmě musí nutně projevit v aplikaci praxi založené na

¹⁵ SZYSZCZAK, E. Controlling Dominance in European Markets. *Fordham International Law Journal* 33. 2011, s. 1755.

¹⁶ Rozhodnutí Tribunálu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917.

¹⁷ Stanovisko generálního advokáta Julii Kokott k případu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917, odst. 68.

ordoliberalismu. Ordoliberalové požadují po dominantních podnicích, aby jednali *jako kdyby (as if)* dominantní postavení neměli a byli vestaveni úinné soutěži. Věřící, že pak budou dominantní podniky nuceni pro dosažení zisku soutěžit na základě výkonu, nikoliv zneužívat své tržní postavení.

Ordoliberalové tedy předpokládají, že lze snadno odlišit prosoutžní jednání od protisoutžního jednání. To je slabina ordoliberalismu, nebo praxe ukazuje, že tomu tak nemusí vždy být. Druhou velkou slabinou je pak zamožování ekonomické svobody s ochranou menších a často méně efektivních konkurentů a to zejména v aplikační praxi. Ordoliberalismus vskutku vychází z intuitivního předpokladu, „že více podniků na trhu je lépe než méně a že otevřené trhy s pluralitou podniků zajistí efektivní výsledky lépe než trhy s nižším počtem podniků (např. oligopolní)“.¹⁸ Odlišit ochranu procesu soutěže od pouhé ochrany soutěžitelů tak představuje velice nárokovou záležitost a to přinejmenším proto, že kde nejsou žádní soutěžitelé, není ani soutěží proces.

Přesto je dle mého názoru značně zjednodušující zamožovat ochranu ekonomické svobody s ochranou konkurentů. Podstatou ordoliberalismu je přesvědčení, že efektivní hospodářská soutěže je předpokladem nejen ekonomického růstu, ale i politické svobody. Třžko tak vinit ordoliberaly, že by jejich cílem byla *a priori* ochrana méně efektivních konkurentů, nebo by tím pošlapávaly princip hospodářské soutěže, kdy se její účastníci navzájem motivují k lepším výkonům. Riziko, že k tomu soutěží orgány v aplikační praxi budou sklouzávat, však nepochybně vyloučit nelze.

1.1.2. Spotřebitelský blahobyť

Spotřebitelský blahobyť je ekonomický termín, který však v rostoucí míře proniká rovněž do právní sféry zejména v souvislosti s Komisí prosazovanou modernizací evropského soutěžího práva. Nelze proto nezařít u jeho ekonomické definice. Spotřebitelský blahobyť tvoří souhrn spotřebitelských přebytků (zisků), přičemž spotřebitelský přebytek „je rozdíl mezi cenou určitého zboží ze strany spotřebitele a cenou, kterou za takové zboží musí ve skutečnosti zaplatit.“¹⁹ Spotřebitelský přebytek

¹⁸ MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P., op. cit., s. 38.

¹⁹ Tamtéž, s. 32.

tak reálně vzniká pouze v případě, že spotřebitel byl ochoten za určitý výrobek zaplatit více, než nakonec zaplatil.

Je-li pak v oblasti soutěžního práva cílem maximalizace spotřebitelského blahobytu, znamená to především nižší ceny, větší výběr produktů, vyšší kvalita, více inovací, neboli vše, z čeho by mohl mít spotřebitel přímý i nepřímý ekonomický prospěch. Hospodářská soutěž v tomto konceptu znamená především větší, nikoliv předpoklad svobody, a z tohoto důvodu musí mít prospěch spotřebitelé. Cílem v podobě spotřebitelského blahobytu se nesleduje proces soutěže, ale výsledek v podobě benefitů pro spotřebitele.

Zakázané má být pouze jednání, které tyto benefity snižují. Jde o utilitaristickou koncepci, jejímž cílem jsou nejnižší ceny co nejvyššího zboží pro co nejvíce spotřebitelů. Struktura trhu ani po etické soutěži nejsou primárně relevantní, důležitější je pouze dosahování a udržení maximální alokativní efektivity, což je stav, „*kdy jsou zboží a služby alokovány spotřebitelům za ceny nepřesahující mezní výrobní náklady.*“²⁰ Jednání dominantního podniku, jehož důsledkem je odchod méně efektivních konkurentů z trhu (vzbuzující u ordoliberalů minimální podezření) nebude v případě spotřebitelského blahobytu zakázané, pokud z nich budou těžit spotřebitelé, respektive výhody pro spotřebitele budou považovat.

Zde je ovšem nutno poukázat na riziko příliš statického posuzování přínosů pro spotřebitele a nutnost tyto přínosy posuzovat spíše v dlouhodobém než krátkodobém hledisku. V krátkodobém hledisku je jakýkoliv profit podnikatele na úkor spotřebitele, v dlouhodobém hledisku však podnikatel může tento profit investovat od inovací, ze kterých nakonec profituje spotřebitel. Investice s sebou provázejí značné risko a podnikatelé přirozeně očekávají tomu odpovídající zisk v budoucnu. Důraz soutěžních orgánů na krátkodobé hledisko tak může vést ke snižování chuti k investicím, tedy v konečném důsledku snížení spotřebitelského blahobytu.²¹ Toto považuji za velkou slabinu spotřebitelského blahobytu, která v aplikaci má praxi má že pro soutěžní orgány

²⁰ Tamtéž., s. 36.

²¹ BISHOP, S., WALKER, M. *The Economics of EC Competition of EC Competition Law*. 3. vydání. Sweet & Maxwell, 2010, s. 31-32. in JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 48.

znamenat minimálně stejnou velkou výzvu jako potřeby vyhnout se zamoření ochrany méně efektivních konkurentů za ochranu ekonomické svobody.

1.1.3. Slučitelnost cílů

Slučitelnost cílů v podobě ekonomické svobody a spotřebitelského blahobytu je obtížná, nebo vycházejí ze zcela odlišných hodnotových zdrojů. Ekonomická svoboda je považována za základní právo, které plní širší společenskou úlohu a má tak větší váhu než ekonomická efektivita. Spotřebitelský blahobyť je naopak ekonomická kategorie, která bere v úvahu pouze efektivitu a prospěch spotřebitelů, typicky v podobě nižších cen.

Ekonomická svoboda vyžaduje ochranu procesu soutěže, což je cíl sám o sobě. Spotřebitelský blahobyť je požadovaným výsledkem procesu soutěže, proces jako takový bez benefitů pro spotřebitele nemá hodnotu. Ochrana ekonomické svobody je u spotřebitelského blahobytu ochrany hodná pouze jako instrument k dosažení blahobytu a naopak spotřebitelský blahobyť je u ekonomické svobody pouze vedlejší bonus při ochraně soutěžního procesu.

Je-li cílem ekonomická svoboda, podnik v dominantním postavení je automaticky považován za hrozbu. Jeho samotnou přítomností na trhu je soutěž na trhu oslabena. Zneužití pak může být jakékoliv jednání, které tuto soutěž ještě více oslabuje. Je-li cílem sledování spotřebitelského blahobytu, podnik v dominantním postavení může být naopak žádoucí, pokud je v důsledku svého postavení schopen poskytnout benefity spotřebitelům. Monopol je pro ordoliberaly nebezpečný protože koncentruje velkou ekonomickou sílu. Z pohledu spotřebitelského blahobytu monopol může být nebezpečný, protože svého postavení může zneužít k snížení alokativní efektivity. Je tedy dán zásadní rozdíl v chápání nebezpečí, které představuje dominantní podnik.

Ordoliberalové mohou argumentovat, že z dlouhodobého hlediska ekonomická svoboda poskytnou také spotřebitelský blahobyť, přesto je zřejmé, že se tyto dva cíle mohou dostat do konfliktu. Stane se tedy situace, kdy ochrana procesu soutěže bude vést k ochraně soutěžitelů a to i soutěžitelů méně efektivních, z čehož spotřebitelům budou a nemusí profitovat. Nelze totiž a priori předpokládat, že více soutěžitelů znamená větší

blahobyt. Z toho vyplývá, že je žádoucí, aby byla dána hierarchie cílů i způsob rozhodování v případě jejich střetu.

1.2. Formalistický přístup vs. přístup založený na následcích

Formalistický přístup a přístup založený na posuzování následků jsou dva základní metodologické přístupy k posuzování zneužití. Jejich vzájemný rozdíl spočívá v tom, že v prvním případě se zkoumá, co dominantní podnik dělá, a v druhém případě, jaké jsou následky toho, co dominantní podnik dělá. Formalistický přístup stojí na domněnkách, že určité formy jednání představují zneužití. Pokud tedy určité jednání naplňuje určité formální znaky zneužití, může to vést k jeho *per se* zákazu, přičemž není nutné prokazovat jeho škodlivé následky. Naproti tomu přístup založený na posuzování následků předpokládá ekonomickou analýzu dopadů tvrzeného zneužívajícího jednání a prokázání konkrétních účinků v konkrétním případě.

Kritika *per se* zákazů poukazuje na to, že jejich aplikace je nevhodná pro některé cenové praktiky i odmítnutí dodávat, které mohou mít dle konkrétního případu prosout žní, protisout žní nebo neutrální charakter.²² Absence prokázání, jak konkrétní jednání poškozuje hospodářskou soutěž, má rovněž negativní dopad na přesvědčivost odvodnění rozhodnutí. V případě *per se* zákazů nakonec také existuje zvýšené riziko nadměrné aplikace článku 102 (*over-enforcement*, pozitivní omyl), což může dominantní podniky odrazovat od prosout žního jednání a inovací.

Na druhou stranu domněnky v právu obecně usnadňují jeho aplikaci a zvyšují právní jistotu. Praxe rovněž ukázala, že určité jednání lze (pokud nejsou dány nějaké výjimečné okolnosti) považovat bez dalšího za zneužívající. Není tedy *a priori* nic špatného na určitém zobrazení těchto zkušeností. Speciálně v případě trhu s podnikem v kvazimonopolním postavení může být pro udržení soutěže žádoucí zamezit případnému zneužívajícímu jednání dříve, než se projeví následky zneužití, nebo poté již může mít soutěžní orgán omezené prostředky k nápravě. Problémem formalistického přístupu tak je spíše jeho příliš mechanická aplikace na složitější případy a příliš široké uplatnění *per se* zákazů i tam, kde by byly na místě důkladnější analýzy následků.

²² WHIST, R. *Competition Law*. 6. vydání. London : Oxford University Press, 2009, s. 199.

Na následcích založený přístup je kritizován za příliš mnoho ekonomie s tím, že „systém soudní ochrany nemůže být nahrazen sérií fragmentárních ekonomických testů.“²³ Tento přístup tak může snižovat právní jistotu a zakládat nebezpečí *ad hoc* rozhodování. Samotné ekonomické analýzy pak nezaručí svou bezchybnost a realita je málokdy tak jasná jako teoretické ekonomické modely. Vysoký standard dokazování v případě přístupu založeného na následcích nakonec může vést k nedostatečné aplikaci článku 102 (*under-enforcement*, negativní omyl). V opačném případě by však analýza následků byla na místě zejména proto, že ne vždy lze vést jasnou dělící linii mezi protisoutěním a prosoutěním jednání. Pro posuzování jednání v šedé zóně je pak analýza následků nepochybně žádoucí. V každém případě nakonec záleží jaký test a testy by soudní orgány aplikovaly. Pokud by byl dostatečně transparentní a předvídatelný, do značné míry odpadla námitka absence právní jistoty.

Na závěr je potřeba vytyčit, že formalistický přístup a přístup založený na následcích nejsou odrazem cíle v podobě ekonomické svobody a spotřebitelského blahobytu. Jsou to metody, které lze uplatnit bez ohledu na celkový cíl. A tedy bývá dáván dohromady spotřebitelský blahobyt a přístup založený na následcích coby protiklad ekonomické svobody a formalistického přístupu, lze si představit aplikaci analýzy následků k ochraně soutěžitelů a naopak uplatnění dopadu daných předpokladů na ochranu spotřebitelského blahobytu.

1.3. Účel článku 102 a modernizace evropského soutěžního práva

Modernizace článku 102 měla přinést důraz na cíl v podobě spotřebitelského blahobytu a přiklonit k přístupu založenému na zkoumání efektů. V roce 2005 byl vydán Diskuzní materiál k modernizaci článku 102, který vzbudil velkou diskuzi a kontroverze. Jako jasný cíl článku 102 každopádem stanovil spotřebitelský blahobyt. Očekávalo se, že pokud bude následovat závazný dokument obdobný Nařízení Komise 330/2010,²⁴ Komise

²³ PETR, M. a kolektiv, op. cit., s. 306.

²⁴ Nařízení Komise 330/2010 o použití čl. 101/3 SFEU na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě.

však zvolila *soft law* dokument – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva p i používání lánku 82.²⁵

Pokyny byly vydány v roce 2009 a jas n deklarují, že nep edstavují právní tvrzení a že jimi není dot en judikatorní výklad lánku 102.²⁶ Stanovují priority p i prosazování lánku 102. Jejich cílem je nazna it dominantním podnik m, které druhy jednání by mohly vést k zásahu Komise, neboli jakými p ípady se bude Komise se svými omezenými zdroji p ednostn zabývat.

Pokyny již nevyty ují jas ný a jediný cíl lánku 102. Namísto toho v nich Komise pouze deklaruje, že chce p ednostn zabývat takovým zneužitím, které poškozují spot ebitel nejvíce.²⁷ Zárove integrovaný vnit ní trh Komise považuje za jakýsi *širší cíl*, na jehož ochranu si Komise vyhrazuje právo bez ohledu na újmu spot ebiteli.²⁸ Dále se také nep ímo zmi uje ochrana procesu sout že tak, že Komise bude klást d raz na ochranu stejn efektivních a výjime n í mén efektivních konkurent .²⁹

Pokyny se tedy nesnaží nastolit hlavní cíl lánku 102, ale spíše smít n kolik cíl , aniž by jeden z nich *a priori* povýšily nad ostatní. Jak ovšem poznamenává Lisa Gormsen, Pokyny nestanovují žádný postup pro p ípad vzájemného st etu cíl a dodává i vysv tlení, že *je to prost tak, že Komise ignoruje možnost konfliktu mezi t mito cíli*.³⁰ Navíc je z Pokyn z ejmé, že považují ekonomickou svobodu za prost edek k dosahování spot ebitelského blahobytu, což je odraz ordoliberalního myšlení.

Pokud jde o metodu, Pokyny p icházejí s t emi koncepty mající za cíl zavést p ístup založený na následcích. Jsou jimi (i) koncept protisout žního uzav ení trhu a p ístupu k dodavatel m a spot ebitel m, (ii) koncept stejn efektivního konkurenta dominantního podniku, který by m l být p ed uzav ením trhu chrán n a (iii)

²⁵ Sd lení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva p i používání lánku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podnik vylučující ostatní sout žitele ze dne 24.2.2009, Ú . v st. 2009, C 45.

²⁶ Tamtéž, odst. 3.

²⁷ Tamtéž, odst. 5.

²⁸ Tamtéž, odst. 7.

²⁹ Tamtéž, odst. 6, 23.

³⁰ GORMSEN, L., L., op. cit., s. 168.

ospravedlní v podobě efektivností. Podrobněji budou tyto koncepty rozebrány v kapitole 2.

2. Pojem zneužití

Minulá kapitola se zabývala úelem článku 102, který má vliv na interpretaci tohoto článku a tedy i pojem v něm uvedených. V této kapitole bude rozebrán pojem stěžejní a nejsložitější, jímž je zneužití dominantního postavení. Článek 102 totiž nezakazuje dominantní postavení jako takové, nýbrž právě pouze jeho zneužití. Pojem zneužití má tedy klíčový význam.

2.1. Působnost článku 102: rozhodnutí *Continental Can* a vykoisovací a vylučovací praktiky

V raných stádiích evropské integrace byl článek 102³¹ vykládán tak, že pokrývá pouze jednání, které škodí přímo spotřebitelům.³² Tedy jednání dominantního podniku, jenž svou tržní mocí vykoisuje spotřebitele. O vykoisovacích praktikách jde typicky v případech, kdy se dominantní podnik či monopol rozhodne zvýšit svůj profit na úkor spotřebitelů. Díky absenci či slabosti konkurence si může dovolit snížit výrobu a zvýšit ceny a trvale je tak držet nad tržní úrovní.

Dalším projevem nedostatku konkurence, na nějž přímo doplácí spotřebitelé, je pak absence pobídek pro dominantní podnik k inovacím a zvyšování efektivity. Nejtypičtějšími projevy vykoisovacích praktik jsou excesivní ceny, lze si ovšem také představit postih jednání, které vede k omezování produkce a technologického rozvoje. K chápání článku 102 jako nástroje použitelného výhradně proti vykoisovacím praktikám svádí jeho jazyková interpretace a objevují se i indicie,³³ že takto byl článek 102 zamýšlen i tvůrci Smluv. Komise a následně SDEU byl ovšem jiného názoru.

³¹ Tehdy článek 86.

³² JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 359.

³³ AKMAN, P.: Searching for Long Lost Soul of Article 82EC. *Oxford Journal of Legal Studies* 267. 2009. in JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 359.

V rozhodnutí *Continental Can*³⁴ z roku 1972 SDEU potvrdil názor Komise a rámeček aplikace článku 102 teleologickou interpretací rozšířil i na praktiky, „které jsou ke škodě spotřebitelů prostřednictvím jejich dopadu na účinnou strukturu soutěže.“³⁵ Postižitelné je tedy jednání dominantního podniku, které omezuje hospodářskou soutěž, má negativní dopady na strukturu trhu nebo posiluje jeho dominantní postavení a oslabuje strukturu trhu. SDEU tak stanovil, že článek 102 není zaměřen pouze na praktiky přímo poškozující spotřebitele (vykoisovací praktiky), ale i na praktiky, které je poškozují nepřímo, skrz dopady na strukturu hospodářské soutěže (vylučovací praktiky).

Rozhodnutí *Continental Can* znamenalo revoluci, nebo výrazné rozšíření působnosti článku 102 a to hned dvěma způsoby. Za prvé tím, že do působnosti článku 102 začalo vylučovací praktiky, takže jakékoliv jednání vylučující konkurenty z trhu, posilující dominantní postavení a oslabující hospodářskou soutěž může spadat pod článek 102. Za druhé tím, že zneužití dominantního postavení nemusí být výsledkem uplatnění hospodářské síly, kterou disponuje dominantní podnik, nýbrž postačí, že jednání má protisoutěžní účinek.³⁶ To znamená, že dominantnímu podniku může být zapovězeno jednání, při kterém přímo nevyužívá hospodářskou sílu danou dominantním postavením, ale jeho negativní efekt je právě dominancí znásoben. Jednání, které je v pořádku pro nedominantní podnik, tedy může být problematické pro dominantní podnik. Zde je možné vidět základ pro koncept zvláštní odpovědnosti dominantního podniku. Z hlediska rozsahu aplikace 102 je toto neméně významné.

Skutečnost, že článek 102 se vztahuje na vykoisovací i vylučovací praktiky potvrdil od rozhodnutí *Continental Can* SDEU i Komise mnohokrát, přičemž potírání vylučovacích praktik se nakonec stalo hlavním zájmem Komise. Naopak postup proti vykoisovacím praktikám se vyskytuje zřídka. Například u excesivních cen to lze vysvětlit neochotou Komise působit jako cenový regulátor, nebo posuzovat, kdy jsou ceny excesivní a kdy nikoliv, je velice obtížný úkol. Především je za tím však možné

³⁴ V tomto případě šlo o to, zda se článek 102 vztahuje i na posuzování spojení podniků, jelikož v té době na evropské úrovni neexistovala pravidla pro tuto oblast. SDEU dovedl, že by bylo proti účelu a smyslu Smluv, kdyby v tomto směru neměl pravomoc.

³⁵ Rozhodnutí Soudního dvora 6/72, *Europemballage Corp nad Continental Can Co Inc v Komise*, [1973] ECR 215, op. cit., odst. 26.

³⁶ Tamtéž, odst. 27.

vidí hlavní cíl, z něhož nakonec profitují zejména i spotřebitelé.

Závěrem je potřeba podotknout, že členění na vykoisující a vylučující praktiky není absolutní a navzájem se vylučují. Jedno jednání jako například diskriminace nebo vázané prodeje může být vyhodnoceno jako vykoisující i vylučující. Eventuálně vylučující jednání může být následováno vykoisujícím jednáním, jak si to lze představit v případě predátorské cen. K tomu lze přidat i další kategorii „odvetné praktiky“ (*reprisal abuses*)³⁷ a „praktiky poškozující vnitřní trh“ (*single market abuses*).³⁸ Význam členění tedy nelze přeceňovat a snaha zneužívající praktiky správně zařadit do vhodných kategorií by neměla zastínit podstatu zneužívajícího jednání v konkrétních případech. V tomto smyslu je dle mého názoru nutno chápat rozhodnutí *Continental Can*, které spočívá v tom, že SDEU kvalitativně rozšířil pojem zneužití. Zbývá pouze doplnit, že rozhodnutím *Continental Can* si SDEU umetl cestu k rozhodnutí *Hoffmann-La-Roche*, kde podal dodnes platnou definici zneužití.

2.2. Definice zneužití

Článek 102 neobsahuje definici pojmu zneužití, ale pouze demonstrativní výčet³⁹ praktik, které lze považovat za zneužívající. Pod článek 102 tak lze podadit i jednání, které nejsou výslovně uvedena a postačí, když naplní znaky generální klauzule.⁴⁰ Základní definici zneužití, a koliv ne všeobsahující, podal SDEU ve věci *Hoffmann-La Roche*,⁴¹ a přičemž její platnost SDEU potvrdil v mnoha následujících případech.

SDEU zde stanovil, že zneužití je „objektivní koncept, který se vztahuje na chování podniku v dominantním postavení, které může ovlivnit strukturu trhu, na němž je právně sledku přítomnosti tohoto podniku stupeň hospodářské soutěže již oslabený, a jehož účinkem je to, že za použití prostředků odlišných od těch, které jsou používány při běžné soutěži výrobků nebo služeb na základě plnění hospodářských subjektů, brání zachování

³⁷ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 364.

³⁸ WHIST, R., op. cit., s. 202.

³⁹ Na tom, že jde o výčet demonstrativní, se shoduje odborná literatura, stejně tak to SDEU opakovaně potvrzuje ve svých rozhodnutích.

⁴⁰ Například rozhodnutí Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 861.

⁴¹ Rozhodnutí Soudního dvora 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Komise* [1979] ECR 461.

*stupn hospodá ské sout že, který na trhu ješt existuje, nebo rozvoji této hospodá ské sout že.*⁴²

Z výše podané definice lze vyextrahovat ty i defini ní znaky, (i) zneužití je objektivní kategorie, což znamená, že nemusí být zavinné, (ii) pouze podnik v dominantním postavení se může dopustit zneužití, nebo právě pouze ten již svou samotnou přítomností oslabuje hospodá skou sout ž, (iii) zneužívající jednání spoívá v použití takových prostředk , které by si dominantní podnik nemohl dovolit, pokud by na daném trhu panovala efektivní sout ž, a (iv) ú inek zneužívajícího jednání brání zachování a posilování hospodá ské sout že.

Tyto defini ní znaky budou níže dále rozebrány jako (i) *zneužití jako objektivní koncept*, (ii) *zvláštní odpovědnost dominantního podniku*, (iii) *sout ž na základ výkonu* a (iv) *protisout žní ú inek*. Než se tak ovšem stane je třeba dodat, že definice Hofmann La-Roche se plně vztahuje na vylouovací zneužití. Definice vykoisovacích zneužití nebyla judikaturou podána, pro jakoukoliv vykoisovací praktiku se však nepochybně uplatní první dva znaky.

2.2.1. Zneužití jako objektivní koncept

Zneužití jako objektivní koncept znamená, že k jeho prokázání není vyžadováno zavinní. Absence úmyslu dominantního podniku vylouit své konkurenty z trhu je z pohledu prokazování zneužití irelevantní.⁴³ Posta í, že jednání dominantního podniku je toho objektivně zp sobilé. Pokud však je prokázáno, že cílem jednání dominantního podniku je omezení hospodá ské sout že, pak je presumováno, že toto jednání bude mít i takový ú inek.⁴⁴ Jinými slovy, *protisout žní ú el a protisout žní ú inek jsou jedno a to samé* a ke skute nému omezení hospodá ské sout že nemusí dojít. Nutno podotknout, že tento předpoklad koliduje se snahou Komise o přístup založený na zkoumání následk , který právě požaduje zkoumání reálných dopadů na hospodá skou sout ž.

⁴² Tamtéž, odst. 91.

⁴³ Rozhodnutí Tribunálu T-301/04, *Clearstream*, [2009] ECR II-3155., odst. 142.

⁴⁴ Rozhodnutí Soudního dvora T-203/01, *Manufacture francaise des pneumatiques Michelin v Komise*, [2003] ECR II-4071, (*Michelin II*), odst. 241.

Obecně platí, že úmysl hraje maximální roli jakéhosi potvrzení pro závěr, že došlo k zneužití dominantního postavení⁴⁵ a úroveň zavinění má rovněž vliv na výši pokuty.⁴⁶ Dalšími důsledky zneužití coby objektivní kategorie je, že nezáleží na tom, zda k zneužívajícímu jednání došlo v důsledku žádosti smluvních partnerů,⁴⁷ zda bylo ve skutečnosti dosaženo protisoutěžního výsledku zamýšleného dominantním podnikem,⁴⁸ nebo zda z daného zneužívajícího jednání vyplynula dominantnímu podniku nějaká obchodní či jiná výhoda.⁴⁹ Je ovšem potřeba zmínit, že výjimka závěru o zneužití vyžaduje prokázání úmyslu, a to konkrétně u neteritoriálních predátorských cen.

Konečně pak chápání zneužití jako objektivního konceptu podporuje závěr v *Continental Can*,⁵⁰ že zneužití dominantního postavení nemusí spočívat v uplatnění hospodářské síly, kterou poskytuje dominantní postavení.⁵¹ Tento závěr nicméně není zpochybněn a například Petr jej považuje za prokonaný.⁵² Opírá se přitom o novější judikaturu než je *Continental Can* jako například *Tetra Pak II*,⁵³ kde SDEU vskutku zmíní, že články 102 předpokládá vazbu mezi dominantním postavením a zneužitím.⁵⁴ K tomu lze namítnout, že ve věci *Tetra Pak II* primárně šlo o problematiku kauzality mezi zneužitím a dominantním postavením⁵⁵ a také rozhodnutím *AstraZeneca*, kde se SDEU výslovně přihlásil k starší judikatuře nevyžadující vazbu mezi uplatněním hospodářské síly poskytující dominantní postavení a zneužitím.⁵⁶

⁴⁵ Rozhodnutí Tribunálu T-301/04, *Clearstream*, [2009] ECR II-3155., op. cit., odst. 142.

⁴⁶ FAULL, J., NIKPAY, A. *The EC Law of Competition*. 2nd ed. London : Oxford University Press, 2007, s. 147.

⁴⁷ Rozhodnutí Soudního dvora 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Komise*, [1979] ECR 461, op. cit., odst. 89, C-552/03, Rozhodnutí Soudního dvora C-552/03 P, *Unilever Bestfoods*, [2006] ECR I-9091129, odst. 129.

⁴⁸ Rozhodnutí Soudního dvora T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Komise*, [2003] ECR II-4071, (*Michelin II*), op. cit., odst. 245.

⁴⁹ Rozhodnutí Komise IV/36.888, *1998 Football World Cup*, [2000] 4 CMLR 963, odst. 102.

⁵⁰ Rozhodnutí Soudního dvora 6/72, *Europemballage Corp nad Continental Can Co Inc v Komise*, [1973] ECR 215, op. cit.,

⁵¹ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 368.

⁵² PETR, M. a kolektiv, op. cit., s. 277.

⁵³ Rozhodnutí Soudního dvora C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Komise*, [1996] ECR I-05951 (*Tetra Pak II*).

⁵⁴ Tamtéž, odst. 27.

⁵⁵ Otázkou zde bylo, zda se dominantní podnik může dopustit zneužití na nedominantním trhu.

⁵⁶ Rozhodnutí Tribunálu T-321/05, *AstraZeneca*, [2010] ECR II-000, odst. 354. Rozhodnutí Tribunálu bylo potvrzeno rozhodnutím Soudního dvora C-457/10 P *AstraZeneca*.

2.2.2. Zvláštní odpovědnost dominantního podniku

Na závěr, že pouze podnik v dominantním postavení se může dopustit zneužití, nebo právo pouze ten již svou samotnou přítomností oslabuje hospodářskou soutěž, navázal SDEU v rozhodnutí *Michelin*,⁵⁷ kde stanovil, že dominantní podnik má z titulu svého postavení zvláštní odpovědnost za zachovávání alespoň daného stupně hospodářské soutěže. Pomocí konceptu zvláštní odpovědnosti se tak vypořádá se situací, kdy na jedné straně považuje samotný fakt přítomnosti dominantního podniku na trhu za hrozbu, na druhé straně však dominantní postavení jako takové není předmětem zákazu.

Trestat dosažení dominantního postavení by samozřejmě bylo proti účelu hospodářské soutěže, podle rozhodnutí *Michelin* však má dominantní podnik „zvláštní odpovědnost nepřipustit, aby jeho jednání narušilo existující soutěž na společném trhu.“⁵⁸ Zvláštní odpovědnost tedy neznamená nic jiného, než že dominantní podnik nemá ve svém jednání takovou míru svobody, jakou má nedominantní podnik a to bez ohledu na přítomnost jeho dominantního postavení. Zatímco nedominantní podnik si může rozhodnout, s kým bude obchodovat a jak nastaví své ceny, dominantnímu podniku může být v důsledku jeho speciální odpovědnosti zakázáno odmítnout obchodovat a libovolně operovat s cenami. Na první pohled běžné obchodní jednání tak může být v případě dominantního podniku vyhodnoceno jako zneužití.

Speciální odpovědnost znamená kontinuální povinnost, které dominantní podnik musí dostát ještě před případným řízením o zneužití dominantního postavení. To samozřejmě vzbuzuje nejistotu, na koho se tato povinnost vztahuje, nebo v nich kterých nejméně v případech se dominantní podnik vůbec nemusí považovat za dominantní, než tak rozhodne Komise.⁵⁹ SDEU se vyhýbá obecně definovat míru a obsah této vyšší odpovědnosti a vytvářet tak apriorní pravidla pro její aplikaci, takže jí je nutno vždy definovat ve vztahu ke konkrétnímu jednání a vždy zkoumat specifické okolnosti případu.

⁵⁷ Rozhodnutí Soudního dvora C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Komise*, [1983] ECR 03461.

⁵⁸ Tamtéž, odst. 57.

⁵⁹ Viz případ *British Airways*, kde bylo dominantní postavení shledáno i při poměrně nízkém podílu na trhu.

Podle Jones a Surfin je rozsah zvláštní odpovědnosti je přímo úměrný míře dominance dominantního podniku, což znamená dominantní podnik s kvazi-monopolním postavením (superdominance) má vyšší míru zvláštní odpovědnosti než dominantní podnik s menším stupněm tržní moci a snáze se tak dopustí zneužití.⁶⁰ V judikatu e SDEU toto nebylo přímo stanoveno, ale vzhledem k povodě a logice konceptu zvláštní odpovědnosti, lze považovat tento předpoklad za platný.

Koncept *zvláštní odpovědnosti* je rutinně opakován v každém rozhodnutí SDEU a je nutné ho považovat za zásadní princip určující aplikaci článku 102. Je však potřeba dodat, že jako velice vágní koncept přitahuje speciální odpovědnost nemalou kritiku jeho aplikace a to jak z pohledu ekonomické analýzy, tak z pohledu právní jistoty. Nespojenost s konceptem zvláštní odpovědnosti pak lapidárně vystihla E. Rousseva: „...*jakmile Soudy zmíní tuto odpovědnost v odvodnění, lov k nem že o ekávat nic jiného než závěr, že došlo k zneužití.*“⁶¹

2.2.3. Soutěž na základě výkonu (competition on the merits)

Pokud nemá docházet k nepochybně absurdním situacím, kdy by byl dominantní podnik trestán za jakékoliv jednání, tedy již za samotnou účast na hospodářské soutěži, kterou by mohl vést extenzivní výklad spojení zneužití jako objektivní kategorie a zvláštní odpovědnosti dominantního podniku, musí být odlišováno, které jednání dominantního podniku je legitimní. SDEU toto předvidá v definici zneužití podané výše, když zneužití vidí v použití prostředků, které se odlišují od prostředků používaných v běžné soutěži. Rozlišuje tedy protisoutěžní jednání od prosoutěžního jednání, pro které se v recentní judikatu e⁶² stejně jako v Pokynech⁶³ ujal termín *competition on the merits*, tedy soutěž na základě výkonu.

Jako většina pojmů v oblasti soutěžního práva je i tento pojem poměrně vágní a rozlišování protisoutěžního jednání, tedy zneužití, od prosoutěžního, tedy *soutěže na*

⁶⁰ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 367.

⁶¹ ROUSSEVA E., *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*. Hart Publishing, 2010. s. 71. in JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 366.

⁶² Například C-202/07 P *France Télécom*.

⁶³ 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 ze dne 24.2.2009, Úř. v. st. 2009, C 45, op. cit., odst. 1.

základ výkonu, je poměrně náročné, což je dáno tím, že často jde o druhově stejné jednání. Příkladem může být snižování cen, které může být bráno jak jako esence hospodářské soutěže, tak jako vyloučovací praktika. Rozlišení dále zhoršuje i to, že prosout žní i protisout žní jednání může poškozovat konkurenty, ale pouze soutěž na základ výkonu je součástí fungujícího soutěžního procesu.

SDEU nikde nestanovil obecná kritéria a dle líčí linii pro odlišení „dobrého“ a „špatného“ jednání a obvykle pouze konstatuje, že dominantní podnik zneužívá své postavení, pokud vyloučení konkurent není důsledkem lepšího výkonu dominantního postavení a dodává, že ne každá cenová soutěž může být považována za legitimní.⁶⁴ Z judikatury lze ovšem vyzorovat, že lepší výkon SDEU chápe poměrně úzce především jako kvalitu a v jistém rozpětí také cenu, další poměrně legitimní kritéria jako distribuční i servisní síle do lepšího výkonu neadí. Zde se dá namítat, že Soud neuvazuje jako spotřebitel i podnikatel, kteří produkt obvykle posuzují jako celek, kde je kvalita pouze jedno, byť důležité, kritérium.

Autoři se vesměs ani nesnaží definovat soutěž na základ výkonu obecněji tak až ve vztahu ke konkrétním praktikám. Výjimkou je Faull & Nikpay, kteří dle líčí linii mezi zneužitím a soutěží na základ výkonu vidí v tom, že soutěž na základ výkonu není pouhým pokusem vyloučit konkurenty. Pokud tedy prostředky, které dominantní podnik používá, vedou k zvýšení jeho efektivity, lze to považovat za *normální soutěž*, a to i v případě, že to povede k vyloučení méně efektivních konkurentů. Na druhou stranu pokud jednání dominantního podniku povede k vyloučení konkurentů, aniž by došlo ke zvýšení jeho efektivity, bude velmi pravděpodobně takové jednání považováno za zneužití.⁶⁵ Toto však lze považovat pouze za pomocné kritérium, neboť si lze představit situace, kdy i jednání dominantního podniku, které není primárně namířeno na vyloučení konkurentů a zvyšuje jeho efektivitu, bude SDEU označeno jako zneužití s odkazem na jeho objektivní pojetí a na zvláštní odpovědnost dominantního podniku. Nezbyvá tedy doufat, že SDEU v budoucnu do větší hloubky vysvětlí, co pojem soutěž na základ výkonu vlastně znamená.

⁶⁴ Například C-202/07 P, *France Télécom*.

⁶⁵ FAULL, J., NIKPAY, A. op. cit., s. 148.

Bylo předloženo několik testů k odlišení zneužití a soutěž na základě výkonu,⁶⁶ pro účely této práce bych zmínil koncept stejného výkonného soutěžitele, se kterým přišla Komise v Pokynech a který bude blíže rozebrán níže (viz 2.3.1.1).

2.2.4. Protisoutěžní účinek⁶⁷

Protisoutěžní účinek je účinek jednání dominantního podniku používajícího prostředky odlišující se od prostředků v běžné hospodářské soutěži, který brání zachování a rozvoji hospodářské soutěže. Tento účinek může být skutečný nebo potenciální. Platí ovšem, že není nutné prokazovat, že skutečně došlo k omezení hospodářské soutěže, tedy že dané jednání má konkrétní účinek na trhu, nýbrž postačí ukázat, že dané jednání má potenciál omezit hospodářskou soutěž.⁶⁸

Jakkoliv to zužuje prostor dominantního podniku k obraně (musí prokázat, že něco, co se nestalo, se ani nestane), podle SDEU nelze články 102 aplikovat až od okamžiku, ve kterém již neexistuje nebo již téměř neexistuje hospodářská soutěž na trhu, protože pokud by Komise musela řešit na konkrétní účinky zneužití, bylo by to rozporu s úvodní částí článku 102, kterým je chránit nenarušenou hospodářskou soutěž na trhu.⁶⁹ V případě prokázání úmyslu (nebo jeho presumpce u některých praktik⁷⁰) se pak nemusí prokazovat ani potenciální protisoutěžní účinek, jak již bylo zmíněno výše.⁷¹

Dále je potřeba zdůraznit, že tento protisoutěžní účinek nemusí být na rozdíl od článku 101 podstatný.⁷² Opakovaný názor zastává Petr, který tvrdí, že jednání může být označeno za zneužití, pouze pokud bude mít za účinek podstatné omezení hospodářské soutěže.⁷³ Zde se v obecné rovině přikláním k prvnímu názoru, neboť na trhu s dominantním podnikem je hospodářská soutěž beztak oslabena a teoreticky i nepatrné posílení

⁶⁶ Například *profit-sacrifice test*, *consumer welfare test*, *the „limiting production“ test*. Pro popis těchto praktik viz JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 371-372 a TEMPLE LANG, J., O'DONOGHUE, R. *The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC. GCLC Research papers on Article 82 EC*. 2005, s. 43-49.

⁶⁷ Někdy používán rovněž termín vylučovací účinek (exclusionary effect).

⁶⁸ Rozhodnutí Tribunálu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917, op. cit., odst. 293, Rozhodnutí Soudního dvora T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Komise*, [2003] ECR II-4071, (*Michelin II*), op. cit., odst. 239.

⁶⁹ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007] ECR II-1501, op. cit., odst. 561.

⁷⁰ Některé predátorské ceny.

⁷¹ Viz 2.2.1 zneužití jako objektivní koncept.

⁷² FAULL, J., NIKPAY, A. op. cit., s. 150.

⁷³ PETR, M. a kolektiv. op. cit., s. 278.

dominantního postavení nedovoleným způsobem tuto hospodářskou soutěž dále oslabuje. Tímž se debaty by tak nemělo být, zda je potěba k závěru o zneužití podstatný protisoutěžní účinek, ale spíše jak posuzovat protisoutěžní účinek samotný. Tedy nakolik si lze vystačit s presumpcemi a kdy je potřeba prokazovat konkrétní protisoutěžní efekty.

Dále je potřeba zmínit, že podnik může mít dominantní postavení na jiném trhu než na tom, na kterém se projeví účinky zneužití. Protisoutěžní účinky zneužití a samotné zneužití dominantního postavení tedy mohou nastat na dvou různých trzích.⁷⁴ Podnik zneužije své dominantní postavení na trhu, kde jej drží, a účinky se projeví na trhu, kde podnik dominantní postavení nemá, pokud existuje nějaký trh navazující (*up/downstream market*) i vedlejší (*ancillary market*) k dominantnímu trhu.

Ve rozhodnutí *Tetra Pak II* pak SDEU dále rozšířil svou judikaturu v této otázce, když připustil, že zneužívající jednání i účinek zneužití může nastat na nedominantním trhu,⁷⁵ ovšem pouze za předpokladu blízké vazby mezi dominantním a nedominantním trhem a dalších specifických okolností vyžadujících aplikaci článku 102. Tímto okolnostmi byly v případě *Tetra Pak II* kvazi-monopolní postavení na dominantním trhu a vedoucí pozice na nedominantním trhu, což se v souhrnu podobalo dominantnímu postavení, pokud by se tyto dva trhy braly jako jeden.⁷⁶

2.3. Pokyny Komise

Pokyny Komise jsou vyvrcholením snahy Komise o modernizaci článku 102. Jak již bylo popsáno v minulé kapitole, Komise se v nich snaží posunout od klasického ordoliberalního přístupu k většímu důrazu na ochranu spotřebitelského blahobytu. Druhou hlavní změnou, kterou Komise prosazuje, je přístup založený na zkoumání následků spíše než formalistický přístup vedoucí k aplikaci *per se* zákazů. Cílem je

⁷⁴ Rozhodnutí Soudního dvora 6/73 a 7/73, *Commercial Solvents*, [1974] ECR 223, odst. 22.

⁷⁵ Rozhodnutí Soudního dvora C-333/94 P, *Tetra Pak*, [1996] ECR I-5951 (*Tetra Pak II*), op. cit., odst. 27.

⁷⁶ Tamtéž, odst 27.

zavést analýzu ú ink zneužívajících praktik spíše než posuzování jejích formy, a koliv si Komise v n kterých zjevných p ípadech vyhrazuje právo následky nezkomat.⁷⁷

Prioritou Komise bude ochrana hospodá ské sout že coby nástroje k dosahování spot ebitelského blahobytu, p i emž k vyhodnocení potenciálního protisout žního jednání zavádí t i metody odrážející snahu o více ekonomický p ístup. T mito metodami jsou (i) koncept protisout žního uzav ení trhu a p ístupu k dodavatel m a spot ebitel m, (ii) koncept stejn e efektivního konkurenta dominantního podniku, který by m l být p ed uzav ením trhu chrán n a (iii) ospravedln ní v podob e efektivností. První dv metody odrážející p edstavu Komise o sout ži na základ výkonu (*competition on the merits*) a budou rozebrány níže. Efektivnost bude rozebrána v sekci 2.4.2.

2.3.1. Protisout žní uzav ení trhu

Protisout žní uzav ení trhu považuje Komise za nezbytnou podmínku pro p ípadný záv r o zneužití dominantního postavení. Nastává v situaci, kdy dominantní podnik brání svým skute ným nebo potenciálním konkurent m v ú asti na hospodá ské sout ži, v d sledku ehož si m že dovolit zvyšovat ceny na úkor spot ebitel .⁷⁸ Protisout žní uzav ení trhu se tedy skládá ze dvou element : (i) ze samotného uzav ení trhu (vylou ení skute ných i potenciálních konkurent) a (ii) poškození spot ebitel vyplývající z tohoto uzav ení. Jinými slovy Komise íká, že „oby ejné“ uzav ení trhu, tj. takové, kde nedojde k poškození spot ebitel, pro ni nebude prioritou.

Po definici následuje vý et faktor , které bude Komise zkoumat, než u iní záv r o protisout žním uzav ení trhu. Pat í mezi n postavení dominantního podniku, jeho konkurent a zákazník nebo dodavatel , podmínky na relevantním trhu nebo rozsah zneužívajícího jednání.⁷⁹ Zarážející je, že mezi t mito faktory neobjevuje žádný, na základ kterého by se dala zkoumat újma spot ebitel m, což logicky ponouká otázku,

⁷⁷ Sd lení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva p i používání lánku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podnik vylou ující ostatní sout žitele ze dne 24.2.2009, Ú . v st. 2009, C 45, op. cit., odst. 22.

⁷⁸ Tamtéž, odst. 19.

⁷⁹ Tamtéž, odst. 20. Dále p ípadné d kazy o skute ném uzav ení trhu a p ímé d kazy o p ípadné strategii k vylou ení ostatních.

jak chce Komise odlišovat protisoutěžní uzavření trhu od pouhého uzavření trhu.⁸⁰ Soud dle Pokynů se zdá, že předpokládá újmu spotřebitelům jako důsledek újmy procesu hospodářské soutěže. V odstavci 22 Pokynů si pak Komise vyhrazuje právo neprovádět detailní ekonomickou analýzu, pokud jde o zjevně protisoutěžní jednání.

Podle Gormsen z definice protisoutěžního uzavření trhu vyplývá, že nezáleží na tom, jestli k poškození spotřebitelů skutečně dojde, ale že existuje riziko, že se tak stane. K tomu provokativně dodává, že pokud protisoutěžní uzavření trhu nastává již při riziku újmy spotřebitelům je to v podstatě to samé jako zakázat dominantní postavení, nebo riziko újmy spotřebitelům je obsaženo v samotné definici dominantního postavení.⁸¹ Záměr Komise vyjavit v Pokynech novou metodologii založenou na ekonomických analýzách a poskytnout tak dominantním podnikům jasná a srozumitelná pravidla, působí ve světle této i výše zmíněných připomínek poněkud rozporuplně.

2.3.2. Kritérium stejného efektivního konkurenta

Koncept stejného efektivního soutěžitele hodlá Komise používat při posuzování, zda-li dominantní podnik zneužívá své postavení nebo soutěží na základě výkonu. Koncept vychází z teze, že ne každé jednání způsobí újmu konkurentům je zneužitím dominantního postavení. Je jím pouze takové jednání, jehož skutečným i pravděpodobným důsledkem by bylo vyloučení stejného efektivního konkurenta z trhu, při němž stejný efektivní konkurent je hypotetický konkurent mající stejné náklady jako dominantní podnik. Vyloučení stejného efektivního konkurenta by tedy dominantní podnik dokázal pouze v případě, že bude uplatňovat ceny pod svými vlastními náklady.

Referenčními hodnotami pro porovnání, které Komise použije, jsou průměrné eliminovatelné náklady (*average avoidable costs*) a dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (*long-run average incremental costs*).⁸² Určité omezení konceptu je, že se uplatní pouze u cenových praktik, respektive pouze tam, kde jde o porovnání výrobní efektivity konkurentů, což však nepokrývá všechny formy zneužití. Komise si navíc

⁸⁰ Je potřeba ovšem dodat, že ve zvláštní sekci Pokynů v nované Odmítnutí dodávek a zmenšování rozpětí Komise podává postup pro zkoumání poškození spotřebitele.

⁸¹ GORMSEN, L., L., op. cit., s. 116.

⁸² 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 ze dne 24.2.2009, Ú. v. st. 2009, C 45, op. cit., odst. 26. Více o typech nákladů viz 2.5.

vyhrazuje právo v určitých situacích chránit i méně efektivní konkurenty, u nichž předpokládá, že se časem stanou stejně efektivními.⁸³

Výjimku Komise nijak nerozvádí, ale zřejmě zde cílí na situace, kde jsou na trhu méně efektivní konkurenti (například erství vstoupivší), kteří se stejně efektivní i efektivnějšími mohou stát včas, ale pro uchování alespoň nějaké soutěže je potřeba je po nějakou dobu chránit, než se tak stane. Záměr Komise by za těchto okolností dával smysl, zároveň však vyvstává otázka, jaká bude v těchto případech metodologie Komise. *Ad hoc* posuzování by totiž šlo proti záměru stanovit jasná pravidla.

2.4. Objektivní ospravedlnění

Na rozdíl od článků 101 a 102 neobsahuje žádnou legální výjimku, na základě které by bylo možné určit jednání dominantního podniku vyjmout ze zákazu zneužití nebo jej ospravedlnit. Dle textu článku 102 je tedy zákaz zneužití absolutní. Navzdory tomu SDEU ve své judikatuře vyvinul koncept objektivního ospravedlnění (*objective justification*), který umožňuje dominantnímu podniku své jinak zneužívající jednání ospravedlnit na základě objektivních důvodů. Je ovšem potřeba předeslat, že šance dominantního podniku uniknout postihu s odvoláním se na objektivní ospravedlnění jsou velice malé, a to zejména v důsledku přísných kritérií pro jeho aplikaci. Je poměrně obvyklé, že SDEU uzná objektivní ospravedlnění na teoretické úrovni, ale v konkrétním případě jej odmítne. SDEU také zdůrazňuje, že z objektivního ospravedlnění nelze předvídat v regulérní výjimku z aplikace článku 102,⁸⁴ což je důležité zejména s ohledem na ospravedlnění v podobě efektivnosti rozebraném níže.

Co se týká důkazního břemene, je na straně, která tvrdí porušení článku 102, tedy na Komisi, nicméně je na dominantním podniku, aby před skončením správního řízení předestel obranu v podobě objektivního ospravedlnění a podložil to náležitými argumenty. Tyto argumenty však podle SDEU nesmí být vágní a všeobecné, nýbrž

⁸³ Tamtéž, odst. 24.

⁸⁴ Rozhodnutí Tribunálu T-191 a 212 až 214/98, *Atlantic Container Line*, [2003] ECR II-3275, odst. 1109-1112.

podrobné a do detail rozvedené.⁸⁵ Následně je na Komisi, aby posoudila případnost těchto argumentů a eventuálně zvodnila, pro ně mohou být akceptovány.⁸⁶

2.4.1. Ochrana vlastních obchodních zájmů

SDEU pro podmínky, za kterých lze ospravedlnit ochranu vlastních obchodních zájmů, používá souhrnný termín *meeting competition defence*, což je reakce dominantního podniku minimalizující ztrátu způsobenou soutěžením jednáním jiných podniků. Skutečnost, že nelze dominantním podnikům upírat možnost chránit jejich legitimní obchodní zájmy, pokud jsou ohrožovány, SDEU poprvé explicitně uznal v rozhodnutí ve věci *United Brands*,⁸⁷ ovšem pouze při splnění dvou kumulativních podmínek.

První podmínkou je přímá ohrožení jednání, které chce dominantní podnik ospravedlnit ve vztahu k cíli, kterého hodlá dosáhnout. Dominantní podnik tak musí pečlivě zvážit, jestli používá adekvátní prostředky. Obrana musí být přímá a rozumná a zohledňovat úroveň hrozby stejně jako ekonomickou sílu podniků konfrontujících se podnikem.⁸⁸ Druhou podmínkou je, že obrana obchodních zájmů dominantního podniku nesmí být ve skutečnosti vedena snahou posílit dominantní postavení a tím jej zneužít,⁸⁹ v opačném případě je takové jednání automaticky neospravedlnitelné. SDEU tedy bude zkoumat motivaci dominantního podniku.

Ochrana legitimních obchodních zájmů je nutné chápat v rámci speciální odpovědnosti dominantního podniku. Dominantní podnik tedy nemá ani v případě obrany jeho legitimních obchodních zájmů takovou svobodu jednání jako nedominantní podnik. V tomto lze hledat příčiny, proč SDEU v praxi objektivně ospravedlnění v podobě obrany obchodních zájmů dominantního podniku prakticky neuznává.

⁸⁵ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007], ECR II-1501. op. cit., odst. 698.

⁸⁶ Tamtéž, odst. 688.

⁸⁷ Rozhodnutí Soudního dvora 27/76, *United Brands Continental BV v. Komise*, [1978] ECR 207, odst. 189.

⁸⁸ Tamtéž, odst. 190.

⁸⁹ Tamtéž, odst. 189.

2.4.2. Efektivnost

Pokyny Komise předpokládají, že dominantní podnik bude moci své jednání ospravedlnit, pokud vede k podstatně vyšší efektivnosti, která převáží jakékoliv protisoutěžní účinky na spotřebitele.⁹⁰ Ze strany Komise jde o zjevnou snahu vytvořit obdobu článku 101 odst. 3 SFEU, jež je plně v souladu se snahou o postup založený na zkoumání efektů.

Uplatnění tohoto ospravedlnění předpokládá splnění čtyř kumulativních podmínek, (i) efektivnost bude nebo pravděpodobně bude dosažena v důsledku daného jednání, (ii) dané jednání je nezbytné k dosažení této efektivnosti, (iii) dosažená efektivita musí převážit nad nepříznivými účinky na hospodářskou soutěž a spotřebitelský blahobyt, (iv) dané jednání nevyplývá z jiné hospodářské soutěží tím, že odstraní všechny stávající skutečné nebo potenciální soutěže nebo jejich vlivy.⁹¹ Jones a Surfin k tomu třetě připomínají, že tyto podmínky bude velice náročné splnit a to zejména s ohledem na povinnost nevyplývat z jiné hospodářské soutěží, nebo „*lánek 102 by se v bec neuplatnil, pokud na trhu panovala účinná hospodářská soutěž*“.⁹²

Bez ohledu na výše zmíněné narážky prosazení objektivního ospravedlnění v podobě zvýšené efektivnosti na další dvě podstatné podmínky. První je zdrženlivý postoj SDEU a druhou pak zní článek 102, které neposkytuje možnost dominantnímu podniku vyvinout se na základě efektivnosti jako je tomu u kartelů v článku 101. Zdráhavost SDEU za aditivní efektivitu vedle ochrany legitimních obchodních zájmů, které SDEU uznává jako ospravedlnění i bez opory v textu článku 102, lze spatřovat v jejich vzájemném rozdílu. Ochrana obchodních zájmů dominantního podniku je připustná pouze jako reakce na konkurenci. Jejich preventivním vyřazením z trhu jako ochranu obchodních zájmů dominantního podniku by jistě SDEU jako ospravedlnitelné neuznal. Navíc v svobodné tržní ekonomice nelze dominantnímu podniku plně upravit právo bránit své obchodní zájmy, opak by byl absurdním popřením účelu hospodářské soutěže.

⁹⁰ 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 ze dne 24.2.2009, Úř. věst. 2009, C 45, op. cit., odst. 28.

⁹¹ Tamtéž, odst. 30.

⁹² JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 382.

Naproti tomu zvyšování efektivity není vázáno na jednání ostatních podniků, což dává rozšířené možnosti dominantního podniku uniknout postihu, dále pak zneužití dominantního podniku vyvážené zvyšováním efektivity nelze *a priori* považovat za právo dominantního podniku, tak jako v případě hájení obchodních zájmů. Tímto není zřejmé, že ospravedlnění v podobě efektivity by populoval články 102 nebo že tato možnost není žádoucí. Otázkou zde pouze je, zda-li souhlasí s článkem 102 uznání efektivity umožní a jak, respektive zda to SDEU dovede obecně pro všechny zneužívající praktiky. A koliv v nich kterých případech se SDEU o efektivity jako o možném ospravedlnění zmíní⁹³ a například u cílových rabatů u vázaných prodejů je zkoumání efektivity součástí testu SDEU, je otázkou, nakolik z toho lze vyvozovat obecné závěry pro ostatní praktiky. Spolu s Gormsen tak lze konstatovat, že situace kolem postavení efektivity v analýze jednání dominantního podniku zůstane nejasná tak dlouho, dokud nebude zřejmé, co je cílem článku 102.⁹⁴ Efektivnost je totiž důležitým faktorem, pokud je cílem spotřebitelský blahobyt, pokud je jím však ekonomická svoboda, efektivnost je irelevantní.

2.4.3. Další možnosti objektivního ospravedlnění

Mezi další možnosti objektivního ospravedlnění Jones a Surfin přidávají povinnost chránit veřejný zájem jako je zdraví a bezpečnost spotřebitelů,⁹⁵ což Petr podléhá pod širší pojem *objektivní nezbytnost (objective necessity)*, jež se obecně vyznačuje tím, že jednání dominantního podniku je důsledkem vnějších příčin, které jsou mimo jeho moc.⁹⁶ Objektivní nezbytnost jako druhý způsob ospravedlnění vedle efektivity zmíní rovněž Pokyny.⁹⁷ I zde se každopádně uplatní restriktivní podmínky jako v případě ochrany vlastních obchodních zájmů, tj. přiměřenost a absence protisoutěžního úmyslu.

⁹³ Například Rozhodnutí Tribunálu T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] ECR II-2969, odst. 189, Rozhodnutí Soudního dvora C-95/04 P, *British Airways*, [2007] ECR I-2331, odst. 86.

⁹⁴ GORMSEN, L., L., op. cit., s. 56.

⁹⁵ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 378.

⁹⁶ PETR, M. a kolektiv. op. cit., s. 282.

⁹⁷ 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 ze dne 24.2.2009, Úř. věst. 2009, C 45, op. cit., odst. 28-29.

2.5. Druhy náklad

U n kterých zneužívajících cenových praktik SDEU i Komise pracují s cenov nákladovými testy. Pro ú ely t etí kapitoly zde budou p edstaveny ty mi druhy náklad , se kterými cenov nákladové testy kalkulují nejvíce. P jde o pr m rné celkové náklady, pr m rné variabilní náklady, pr m rn eliminovatelné náklady a dlouhodob pr m rné p ír stkové náklady.

Pr m rné celkové náklady (ATC)⁹⁸ jsou celkové náklady rozpo ítané na jednu jednotku produkce. Celkové náklady se d lí na fixní, které jsou pevné bez ohledu na velikost produkce, a variabilní, což jsou náklady nutné na produkci každé další jednotky a které rostou s velikostí velikosti produkce. Pr m rné variabilní náklady (AVC)⁹⁹ pak jsou variabilní náklady rozpo ítané na jednu jednotku produkce.

Pr m rné eliminovatelné náklady (AAC)¹⁰⁰ jsou náklady rozpo ítané na jednu jednotku produkce, kterým se mohlo p edejít, pokud nedošlo k zvýšení rozsahu produkce. Na první pohled se tedy jeví jako ekvivalentní pr m rným variabilním náklad m, nicmén se do nich zapo ítávají i n které fixní náklady a tak bývají vyšší. Pro ú ely nákladových test jsou považovány za p esn ější.

Dlouhodobé pr m rné eliminovatelné náklady (LRAIC)¹⁰¹ jsou celkové náklady na jednu jednotku produkce jednoho specifického produktu. Odrážejí tak skute nost, že podniky obvykle produkují více výrobk . Pro podnik vyráb jící pouze jeden produktu budou stejné jako ATC. Vyplatí se zejména v sektorech, kde jsou velké fixní a minimální variabilní náklady jako nap íklad v telekomunikacích.

2.6. Pojem zneužití v eském právu

eské sout žní právo vymezuje pojem zneužití principiáln shodn jako právo unijní. Obdoba lánku 102, § 11 ZOHS, je konstruován stejn - za generální klauzulí následuje demonstrativní vý et zneužívajících jednání, p i emž pro záv r o zneužití posta í

⁹⁸ Zkratka je z anglického „*average total cost*“.

⁹⁹ Zkratka je z anglického „*average variable cost*“.

¹⁰⁰ Zkratka je z anglického „*average avoidable cost*“.

¹⁰¹ Zkratka je z anglického „*long-run average incremental cost*“.

naplnit znaky generální klauzule. Česká úprava na rozdíl od evropské explicitně zmíní újmu soutěžitelů nebo spotřebitelů, což se však dá považovat za období protisoutěžního účinku dovozeného u zneužití evropskou judikaturou.

3. Jednotlivé zneužívající praktiky

V této kapitole budou rozebrány jednotlivé nejvýznamnější zneužívající praktiky tak, jak je zná praxe a zkoumá teorie. Cílem je rozebrat a vystihnout podstatu jednotlivých typizovaných praktik, nikoliv je správně zaškatulkovat a podřadit. Evropská i česká judikatura jasně ukazuje, že pro závěr o zneužití postačí naplnění generální klauzule a jednotlivé formy zneužití není potřeba podřadit pod demonstrativní výčet praktik uvedených pod generální klauzulí.

3.1. Predátorské ceny

Predátorské ceny jsou praktikou postavenou na teoreticky jednoduchém principu. Dominantní podnik nejprve sníží ceny na tak nízkou úroveň, že konkurenti jsou nuceni opustit trh, čímž si dále posílí své dominantní postavení. Následně ceny zvýší tak, aby mohl kompenzovat vzniklé ztráty. Dominantní podnik tedy kalkuluje s tím, že krátkodobě utrpí ztrátu výměnou za monopolní zisky v budoucnu.

Predátorské ceny jsou považovány za protisoutěžní, nebo v krátkodobém výhledu sice znamenají nižší ceny pro spotřebitele a zvýšenou cenovou soutěž, ale v konečném důsledku vedou k vyloučení i stejně efektivních konkurentů dominantního podniku a posílení jeho postavení. Predátorskými cenami tedy dominantní podnik cílí na (stejně efektivní) konkurenty, kteří nedisponují takovou hospodářskou silou, aby tímto cenám mohli dlouhodobě dostát.

Pomocí predátorských cen se navíc dominantní podnik může nejen zbavit svých stávajících konkurentů, nýbrž rovněž odrazovat potenciální konkurenty, kteří by zvažovali vstup na trh, kde působí dominantní podnik. Pokud se tedy tvrdí, že podmínkou pro efektivní realizaci predátorských cen jsou bariéry vstupu na trh, protože pouze tehdy vyloučeného konkurenta okamžitě nenahradí nový konkurent a dominantní

podnik bude moci kompenzovat ztráty, lze konstatovat, že predátorské ceny samy o sobě mohou být vnímány jako bariéra vstupu.

Na druhou stranu je potřeba poukázat, že uplatnění predátorských cen nemusí pro dominantní podnik vždy znamenat racionální volbu. Podle některých jde o příliš nákladnou strategii, kde vedle jisté ztráty utrpěné *dnes* stojí nejistá naděje na zisk *zítra*.¹⁰² Jones a Surfin přidává, že predátorské ceny jsou výhodné zejména pro podnik působící na více trzích a především disponující velice silným dominantním postavením.¹⁰³ Přes tyto námitky a připomínky je nutno predátorské ceny adit mezi zneužívající praktiky, nebo svým způsobem ztlesují pojem zneužití dominantního postavení. Přímě totiž ohrožují jak strukturu trhu, tak spotřebitele, odrazují konkurenci od vstupu na trh a v případě opožděného postihu jsou možnosti nápravy omezené.

Problém ovšem nastává při jejich posuzování. Cenová soutěž je základní složkou hospodářské soutěže a bylo by absurdní, pokud by se dominantní podniky zdráhaly soutěžit v ceně nebo nemohli reagovat na cenovou soutěž. Je tedy potřeba pečlivě odlišovat silnou cenovou soutěž a predátorské ceny, což ovšem nemusí být vždy jednoduché, neboť konkurence může z trhu odejít v důsledku obou procesů.

Základním rozlišovacím prvkem je analýza nákladů, přičemž obecně vzato pouze podnákladové ceny lze považovat za predátorské. Nejznámějším testem nákladů je tzv. Areeda-Turner test, který za predátorské ceny považuje ceny pod průměrnými variabilními náklady, ceny na úrovni nebo nad průměrnými variabilními náklady naopak považuje za legální. A koliv se poukazuje na jednu nedostatek testu,¹⁰⁴ je v různých variantách běžně používán v americkém antitrustovém právu a stal se rovněž základem analýzy použité SDEU, který si ovšem tento test významně modifikoval.

3.1.1. Posuzování predátorských cen dle judikatury SDEU

*AKZO*¹⁰⁵ byl první případ, ve kterém se SDEU zabýval predátorskými cenami. Soud nejprve vytyčil, že ne každá cenová soutěž může být považována za legitimní.¹⁰⁶ Poté

¹⁰² WHIST, R., op. cit., s. 740.

¹⁰³ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 393.

¹⁰⁴ Tamtéž, s. 394. WHIST, R., op. cit., s. 740.

¹⁰⁵ Rozhodnutí Soudního dvora C-62/86, *AKZO Chemie BV v Komise*, [1991] ECR I-3359.

aplikoval nákladovou analýzu a stanovil dvě hranice pro posuzování predátorských cen. Ceny pod průměrnými variabilními náklady (AVC) musejí být pokládány za predátorské a tedy zneužívající, protože produkují ztrátu a jediným racionálním důvodem pro jejich uplatnění může být snaha dominantního podniku eliminovat své konkurenty.¹⁰⁷

Ceny nad průměrnými variabilními náklady, ale pod průměrnými celkovými náklady (ATC) jsou považovány za predátorské pouze tehdy, pokud jsou uplatňovány jako součást plánu na vytlačení konkurentů z trhu.¹⁰⁸ Z gramatického výkladu vyplývá, že SDEU spatřuje úmysl v existenci určité systematické strategie směřující k eliminaci konkurenta, nikoliv v obecné snaze převážit nad konkurencí, jež plyne z podstaty hospodářské soutěže. Zatímco tedy u cen pod průměrnými variabilními náklady se úmysl presumuje a lze je považovat za taková *per se* zneužívající, u cen nad průměrnými variabilními náklady, ale pod průměrnými celkovými náklady je nutné prokázat úmysl dominantního podniku vyloučit konkurenty z trhu.

K metodice SDEU uplatněné v AKZO lze přistoupit kriticky z více úhlů pohledu. Problematická je role úmyslu při prokazování zneužívajícího jednání při cenách mezi AVC a ATC. Komise a SDEU spoléhají na interní dokumenty a komunikaci dominantního podniku, které jsou primárně důkazem. Lze se však opírat rovněž o nepřímou evidenci jako jsou vybrané znaky strategie dominantního podniku, což SDEU učinil v případě *Tetra Pak II*.¹⁰⁹ Komise se zde dostává do poměrně náročné pozice z hlediska důkazního břemene, neboť na rozdíl od AKZO lze dnes očekávat, že každá společnost podstupující predátorské jednání bude daleko opatrnější v uchovávání inkriminujících dokumentů. Zároveň se jí však otevírá široký prostor pro uvážení, což do posuzování přináší menší míru právní jistoty než metoda založená čistě na zkoumání nákladů. V neposlední řadě interní komunikace a dokumenty mohou mít různý výklad zejména s časovým odstupem a hrozí vytrhávání informací z kontextu.

¹⁰⁶ Tamtéž, odst. 70.

¹⁰⁷ Tamtéž, odst. 71.

¹⁰⁸ Tamtéž, odst. 72.

¹⁰⁹ Rozhodnutí Tribunálu T-83/91, *Tetra Pak II*, [1994] ECR II-755, odst. 151.

Dalším problematickým bodem je presumpce, že ceny pod AVC jsou vždy uplatňovány se zneužívajícím úmyslem. Soudní autor se shoduje na tom, že existuje racionální, nepredátorské odůvodnění pro ceny pod AVC jako například výprodej starých zásob nebo zavádění nového produktu.¹¹⁰ Nelze nesouhlasit, že v obou případech může být prodej pod AVC legitimní strategií a že dominance predátorských cen musí být v těchto případech vyvratitelná. Nakonec lze zmínit možné obtíže se samotnou kalkulací a zajištěním nákladů. SDEU se zdráhá stanovit jasný postup. Naopak v *AKZO* Soudní dvůr stanovil, že jednotlivé náklady není možné automaticky pro všechny případy adit mezi fixní, respektive variabilní,¹¹¹ a ve *France Télécom* Tribunál přidal, že při komplexních ekonomických analýzách jako je analýza nákladů je nutné počítat se širokou diskrecí Komise.¹¹²

Přes kritiku Soud platnost „testu AKZO“ potvrdil v případech *Tetra Pak II*¹¹³ a *France Télécom*.¹¹⁴ V těchto případech dále rozvedl, zda-li je nutné pro prokázání predátorských cen dorovnat ztráty utrpěné v jejich důsledku (*recoupment*) a zda dominantní podnik může stanovovat ceny dle libosti.

3.1.1.1. Možnost vyrovnání ztráty (*recoupment*)

V právní ekonomické rovině je možnost vyrovnání ztráty způsobené podnákladovými cenami, respektive vidina stabilního vysokého zisku v budoucnu, předpokladem pro uplatnění predátorských cen coby racionální strategie. Navíc až se zvyšování cen přichází rovněž přímá újma spotřebitelům, což naopak ze samotného odchodu konkurence nelze automaticky dovozovat (by je to u predátorských cen pravděpodobné). V tomto kontextu se pouze podnik zvyšující ceny pro vytlačení konkurence dopouští zneužívajícího jednání. Z toho vychází americké antitrustové

¹¹⁰ WHIST, R., op. cit., s. 742, FAULL, J., NIKPAY, A. op. cit., s. 172, JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 398.

¹¹¹ Rozhodnutí Soudního dvora C-62/86, *AKZO Chemie BV v Komise*, [1991] ECR I-3359, op. cit., odst. 94.

¹¹² Rozhodnutí Tribunálu T-340/03, *France Télécom SA v Komise*, [2007] ECR II-00107, odst. 129.

¹¹³ Rozhodnutí Soudního dvora C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Komise*, [1996] ECR I-05951. (*Tetra Pak II*), op. cit.

¹¹⁴ Rozhodnutí Soudního dvora C-202/07 P, *France Télécom SA v Komise*, [2009] ECR I-02369.

právo, které pro prokázání predátorských cen požaduje ukázat reálnou možnost dorovnání ztráty ze strany dominantního podniku.¹¹⁵

Na druhou stranu, z právního hlediska je povinnost prokázat dorovnání ztrát nejen poměrně obtížné a tudíž hrozící rizikem negativního omylu, ale s ohledem na účel v podobě ochrany hospodářské soutěže i krajně neefektivní. Prokázat dorovnání ztrát před tím, než se tak stane, je obtížné, i když až k dorovnání skutečně dojde, znamená, že postih nastane až poté, co by konkurent pravděpodobně opustil trh. Pokud je tedy cílem chránit proces soutěže, predátorské ceny mohou mít protisoutěžní účinek i tehdy, když dominantní podnik nenahradí nebo nemůže nahradit ztráty. Protisoutěžní může být i skutečnost, že dominantní podnik je znám svou agresivní cenovou politikou, čímž může odrazovat potenciální konkurenty od vstupu na dominantní trh¹¹⁶ nebo tláčit aktuální konkurenty, aby držely ceny na úrovni dominantního podniku, než se pouštět do cenové války. V obou případech platí, že primárním účelem predátorských cen není nahrazení ztrát, ale upevnění i posílení dominantního postavení.

Soudní dvůr jasně stanovil v případech *Tetra Pak II*¹¹⁷ a *France Télécom*,¹¹⁸ že nepovažuje prokázání schopnosti dominantního podniku nahradit ztráty následným zvýšením cen za podmínku prokázání predátorských cen. Naopak v *Tetra Pak II* ještě zdůraznil, že klíčovým faktorem při predátorských cenách je riziko eliminace konkurentů.¹¹⁹ Ve *France Télécom* pak potvrdil, že nemožnost dorovnat ztráty nemusí dominantní podnik odradit od predátorských cen, protože mu může jít pouze o posílení dominantního postavení jako takového.¹²⁰ Naopak zcela odmítl nahlížet na predátorské ceny skrz imperativ spotřebitelského blahobytu doporučený generálním advokátem

¹¹⁵ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 400.

¹¹⁶ Tento efekt se násobí, pokud-li takový dominantní podnik na vícero trzích.

¹¹⁷ Rozhodnutí Soudního dvora C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Komise*, [1996] ECR I-05951. (*Tetra Pak II*), op. cit.

¹¹⁸ Rozhodnutí Soudního dvora C-202/07 P, *France Télécom SA v Komise*, [2009] ECR I-02369, op. cit.

¹¹⁹ Rozhodnutí Soudního dvora C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Komise*, [1996] ECR I-05951. (*Tetra Pak II*), op. cit., odst. 44.

¹²⁰ Rozhodnutí Soudního dvora C-202/07 P, *France Télécom SA v Komise*, [2009] ECR I-02369, op. cit., odst. 112.

Mazákem, který požadoval prokázání reálné možnosti budoucího zvýšení cen coby hmatatelné újmy spotřebitelům.¹²¹

V širší rovině se přehlásil k výkladu článku 102 založeném na případě *Continental Can* a jako hlavní cíl potvrdil ochranu struktury trhu.¹²² Predátorské ceny jsou zneužívající, nebo vytlačují konkurenty z trhu, čímž dochází k posílení dominantního postavení dominantanta, což je samo o sobě nežádoucí a narušující strukturu trhu. Možnost následného dorovnání ztrát v tomto schématu není relevantní, nicméně může sloužit jako podpůrné kritérium.¹²³ Odmítnutí požadavku na povinnost prokázat následné dorovnání ztrát považují za správné, neboť újma hospodářské soutěže je způsobena odchodem konkurenta neschopného ustát predátorské ceny, nikoliv neschopností dominantního podniku dorovnat ztráty.

3.1.1.2. Predátorské ceny a koncept meeting competition defence

V rozhodnutí *France Télécom* SDEU potvrdil, že dominantní podnik nemá absolutní právo přizpůsobit své ceny konkurentům, pokud takové jednání znamená zneužití dominantního postavení.¹²⁴ Jde o promítnutí zásady zvláštní odpovědnosti dominantního podniku za udržení alespoň stávající úrovně soutěže. Dominantní podnik si zkrátka nemůže dovolit jednat jako by nebyl dominantní. Dominantní podnik tedy nemá právo aplikovat ceny pod svými náklady ani v případě, kdy tak činí jeho konkurence. To pak může zlepšovat své postavení na úkor dominantního podniku, který nemá žádné adekvátní prostředky jak reagovat. Toto je nutno hodnotit kriticky.

3.1.2. Pokyny Komise

Podle Pokynů se dominantní podnik bude dopouštět predátorských cen, pokud si v krátkodobém horizontu bude způsobovat ztráty (obě) s cílem uzavřít nebo pravděpodobně uzavřít skutečnou i potenciálnímu konkurentovi trh v zájmu posílení

¹²¹ Stanovisko generálního advokáta Jána Mazáka k případu C-202/07 P, *France Télécom SA v Komise*, ECR I 02369, odst. 73.

¹²² Rozhodnutí Tribunálu C-202/07 P, *France Télécom SA v Komise*, [2009] ECR I-02369, op. cit., odst. 103-107.

¹²³ Tamtéž, odst. 111.

¹²⁴ Tamtéž, odst. 47.

i zachování své tržní síly, čímž poškozují spotřebitele.¹²⁵ Komise tedy pamatuje i na predátorské ceny, kterými dominantní podnik odstrašuje potenciální konkurenty od vstupu na trh. Nelze rovněž nezmínit, že újmu spotřebitelů nadále automaticky odvozuje od protisoutěžního uzavření trhu.¹²⁶

Oproti zavedené praxi hodlá Komise používat namísto průměrných variabilních náklad (AVC) průměrné eliminovatelné náklady (AAC), které jsou přesnější. Náklady pod AAC jsou jasným důkazem o predátorské strategii. Pokud budou nad AAC, ale vedly ke ztrátě, které se dominantní podnik mohl vyhnout, jde rovněž o predátorské ceny.¹²⁷ Je však otázkou, jak bude toto ustanovení Komise v praxi vykládat. Komise si nakonec vyhrazuje právo predátorskou strategii dovést i z úmyslu dominantního podniku a nadále nepočítá s podmínkou vyrovnání ztrát (*recoupment*).

Pokud jde o protisoutěžní uzavření trhu, Komise použije analýzu stejné výkonného soutěže uvedené v obecné části Pokynů (viz kapitola II). Za zmínku zde stojí, že Komise nepožaduje odchod konkurenta z trhu pro závažnou zneužití. Pod predátorské ceny spadá rovněž strategie, kdy dominantní podnik nechá konkurenty sledovat jeho cenovou politiku, místo aby ho vytlačil z trhu.¹²⁸ Dá se tedy uzavřít, že pokud jde o predátorské ceny, Pokyny vycházejí z judikatury a nadále na ně nahlíží primárně jako na vylučující praxi.

3.1.3. Predátorské ceny v českém kontextu

ÚOHS poprvé řešil predátorské ceny v kauze *Student Agency v. Asiana*.¹²⁹ Společnost Student Agency, která byla hlavním autobusovým přepravcem na trase Praha – Brno, na této lince selektivně snižovala ceny jízdného v úsech, kdy své linky provozovala Asiana. Student Agency se tedy cíleně zaměřila na vytlačení Asiány z trhu. To se jí nakonec skutečně podařilo a vzápětí opět zvýšila ceny na standardní úroveň. Šlo tak o ukázkový případ predátorských cen.

¹²⁵ 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 ze dne 24.2.2009, Úř. v. st. 2009, C 45, op. cit., odst. 63.

¹²⁶ Tamtéž, odst. 70-71.

¹²⁷ Tamtéž, odst. 64.

¹²⁸ Tamtéž, odst. 69.

¹²⁹ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3.11.2010 sp. zn. S 162/08 (*Student Agency*).

Úřad postupoval ve shodě s evropskou praxí. Nejprve shledal, že Student Agency uplatňovala ceny vyšší než průměrné variabilní náklady, ale nižší než průměrné celkové náklady. Pro závěro zneužití pak potřeboval prokázat úmysl, který dovodil z interní komunikace vedení Student Agency. Zajímavostí je, že Úřad v předem známém rozhodnutí připouští, že podnákladové ceny mohou být běžnou obchodní praxí,¹³⁰ čímž implicitně v daných případech připouští jejich legálnost. Dále své úvahy nerozvádí, ale je zřejmé, že se zde lehce odchyluje od evropské praxe.

3.2. Výhradní dohody: slevy a rabaty

Výhradními dohodami si dominantní podnik zavazuje druhou stranu k exkluzivnímu odběru nebo dodávce zboží i služeb. Exkluzivita pro dominantní podnik je problematická, neboť na trhu, kde je účinná soutěž omezena již samotnou přítomností dominantního podniku, může znamenat nepřípustné horizontální uzavření trhu. V jeho důsledku může dojít k vyloučení konkurentů dominantního podniku ze soutěže a posílení jeho dominantního postavení. SDEU se tak v rozhodnutí *Hofmann-La Roche* vyjádřil pro jejich *per se* zákaz.¹³¹

Důraz na ochranu struktury trhu podtrhuje i fakt, že dle judikatury SDEU nezáleží, zda byla exkluzivita přáním druhé strany,¹³² nikoliv tedy výsledkem nátlaku dominantního podniku. Stejný efekt jako smluvně zakotvená exkluzivita pak má *de facto* exkluzivita,¹³³ která vyplývá z povahy smlouvy a z následků jejího plnění. Zde se ovšem SDEU neobešel bez následků, kterou u smluvně dané exkluzivity neprovádí.

Výhradní dohody nejsou časté.¹³⁴ Dominantní podniky se k nim neuchylují, nebo s ohledem na judikaturu jde o jednoznačné případy bez možnosti obrany. Mnohem problematičtější oblastí jsou slevy a rabaty, které jsou v podstatě zvláštní formou

¹³⁰ Tamtéž, odst. 168.

¹³¹ Rozhodnutí Soudního dvora 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Komise*, [1979] ECR 461. op. cit., odst. 89.

¹³² Tamtéž, odst. 89.

¹³³ SDEU se tím zabýval v Rozhodnutí Tribunálu T-65/98, *Van den Bergh Foods*, [2003] ECR II-4653. Tato společnost dodávala svým odběratelům mrazicí boxy za velice výhodných podmínek s tím, že v nich mohli nabízet pouze zmrzlinu od Van den Bergh Foods, což v praxi znamenalo, že u menších prodejců nemohla nabízet zmrzlinu jiných dodavatelů, protože si nemohli dovolit mít dva mrazicí boxy. Fakticky tak šlo o exkluzivní dohody s protisoutěžním uzavřením trhu.

¹³⁴ WHIST, R., op. cit., s. 683.

výhradních dohod, kdy dominantní podnik váže p ípadnou slevu na výhradní odb r. V n kterých podobách tak mohou mít slevy a rabaty stejné protisout žní ú inky jako výhradní dohody.

Na druhou stranu slevy a rabaty obecn je nutno považovat za jeden ze základních projev legitimní cenové sout že, které mohou stimulovat poptávku a ze kterých nakonec profituje spot ebitel. P i srovnávání slev a rabat na rove výhradních dohod je tedy na míst opatrnost. P i tomto rozhodování je pak pot eba zejména posuzovat, zda je poskytnutá sleva výsledkem ekonomické efektivity dominantního podniku, objektivitu a transparentnost pravidel pro poskytnutí slev a dopad na rozhodování zákazník . Velkou roli nakonec hraje, zda jsou zkoumány a prokazovány následky rabat .

3.2.1. Posuzování rabat dle judikatury SDEU

3.2.1.1. V rnostní rabaty

St žejním judikátem, který se stal základem pro posuzování (nejen) v rnostních rabat , je rozhodnutí *Hofmann-La Roche*.¹³⁵ SDEU zde postavil narove výhradní dohody a v rnostní rabaty, nebo ve výsledku mají stejný efekt. Vytvá í *de facto* vztah exkluzivity tak, že jejich poskytování je podmín no výhradním nebo tém výhradním odb rem od dominantního podniku. Žádnou roli p itom nehraje skute nost, zda jsou rabaty formáln zakotveny, zda jde o jednostranné rozhodnutí dominanta nebo zda jsou dokonce požadovány druhou stranou.¹³⁶ Na rozdíl od množstevních rabat , které jsou dle SDEU legální, nejsou v rnostní rabaty od vodn ny žádným pln ním hospodá ské povahy, ale jsou cílen koncipovány k zamezení odb r od konkurent dominantního podniku.¹³⁷ Druhým rozdílem pak je, že v rnostní rabaty jsou ve skute nosti uplat ovány individuáln na míru konkrétním zákazník m, nejsou tedy dána stejná pravidla a podmínky pro všechny.¹³⁸

¹³⁵ SDEU zde zkoumal jak výhradní dohody jako takové, tak v rnostní rabaty.

¹³⁶ Rozhodnutí Soudního dvora 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Komise*, [1979] ECR 461. op. cit., odst. 89.

¹³⁷ Tamtéž, odst. 90.

¹³⁸ Tamtéž, odst. 94-100.

Zneužívající charakter v rnostních rabat SDEU spat uje ve dvou následcích. Primárn vedou k uzav ení trhu a posílení dominantního postavení. Dochází k vylou ení konkurent , kte í nejsou schopni nabídnout tak nízkou cenu, aby odb ratel m dominantního podniku kompenzovali ztrátu rabatu. SDEU si zde vysta il s p edpokladem a neuplatnil žádný nákladový test, kterým by bylo možné ur it, zda jsou chrán ni pouze stejn efektivní konkurenti. P íliš formalistický p ístup lze dokumentovat i na skute nosti, že nezáleží na množství odebraného zboží.¹³⁹ Jinými slovy, i v rnostní slevy za minimální odb r mají stejný efekt jako výlu né dohody a vedou k uzav ení trhu, o emž je ovšem možné pochybovat. Druhým následkem v rnostních rabat je diskriminace,¹⁴⁰ tedy uplat ování rozdílných podmínek p i obdobném pln ní. Exkluzivní odb ratel je zvýhodn n oproti jeho konkurentovi, který má vedle dominantního podniku i jiné dodavatele.

Hofmann-La Roche se bránil poukazem na tzv. anglickou klauzuli, která m la v rnostní rabaty zbavovat jejich protisout žního charakteru. V d sledku anglické klauzule odb ratelé neztráceli nárok na rabat, pokud odebírali i od jiných dodavatel , kte í jim nabídli výhodn ější podmínky, a Hofmann-La Roche jim nebyl schopen nebo necht l poskytnout podmínky ješt ější. SDEU však konstatoval, že ve skute nosti anglická klauzule znásobuje zneužívající charakter v rnostních rabat , protože umož ůuje dominantnímu podniku dostat se k informacím o konkurenci, ke kterým by se b žn nedostal, což mu poskytuje nestandardní sout žní výhodu.¹⁴¹

Srovnáním s výhradními dohodami SDEU v podstat prohlásil v rnostní rabaty za *per se* zakázané. Zaujal p ísn formalistický p ístup, protisout žní efekty presumoval a nepoužil žádný nákladový test. P esto z stává Hofmann-La Roche základem judikatury u rabat obecn a SDEU se na n j pravideln odkazuje.

3.2.1.2. Cílové rabaty

Cílové rabaty odm ují odb ratele za dosažení cíle v podob ur itého množství odebraného zboží. Jejich poskytnutí je vázáno na to, že odb ratel za jisté období

¹³⁹ Tamtéž, odst. 89.

¹⁴⁰ Tamtéž, odst. 90.

¹⁴¹ Tamtéž, odst. 107-108.

(referenční doba) odebere více než v období předchozím. Na rozdíl od v rnostních rabat formáln nebrání odb ru od konkurent dominantního podniku. Na jednu stranu mohou být odrazem legitimní obchodní snahy zvyšovat prodej, na druhou stranu mohou stejný efekt jako v rnostními rabaty. Je tedy potřeba zkoumat, zda cílové rabaty odb ratel m vnucují loajalitu k dominantnímu podniku a zda-li v jejich d sledku dochází k uzav ení trhu.

Dle judikatury SDEU se cílové rabaty se odlišují od v rnostních.¹⁴² Nejsou tedy *per se* zakázané. Zároveň je však nelze považovat za ist množstevní.¹⁴³ Každý p ípad je nutno zkoumat individuáln s ohledem na všechny okolnosti a podmínky daného cílového rabatu.

V prvním a st žejním p ípadu *Michelin I*¹⁴⁴ SDEU identifikoval n kolik faktor slevového schématu, které jej dovedly k záv ru o vylučujícím efektu a tedy i zneužití. Prvním faktorem byla dlouhá referenční doba, která inila jeden rok a s postupem času zv tšovala tlak na odb ratele zvýšit odb ry a dosáhnout tak na slevy.¹⁴⁵ Druhým byla netransparentnost a asté zm ny pravidel a podmínek pro poskytnutí slev, což prohlubovalo výše zmín nou nejistotu a tlak na odb ratele.¹⁴⁶ T etím byla individualizace cíl pro jednotlivé odb ratele, které byly obvykle vyšší než v předcházejícím období, a skute nost, že poskytnuté slevy se neodvívjely výhradn od množství odebraného množství.¹⁴⁷ Cíle byly stanovány s ohledem na odb ratele odhadem tak, aby je mohli dosáhnout, nikoliv nezávisle na nich - objektivn . Výhoda p enášená na odb ratele ve form slev tedy nevyplývala pouze z ekonomických úspor z rozsahu. I malí odb ratelé, u nichž p ekro ení cíle nemohlo p inést úsporu z rozsahu, mohli dosáhnout na slevu. To vše bylo posíleno velkým rozdílem mezi podílem na trhu Michelinu a jeho konkurent , kte í by vzhledem ke svým prodej m museli stanovovat nep im en velkou slevu, aby se vyrovnali Michelinu.¹⁴⁸ Samotné dominantní

¹⁴² Rozhodnutí Soudního dvora C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Komise*, [1983] ECR 03461. op. cit., odst. 72.

¹⁴³ Tamtéž, odst. 72.

¹⁴⁴ Rozhodnutí Soudního dvora C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Komise*, [1983] ECR 03461. op. cit.

¹⁴⁵ Tamtéž, odst. 81.

¹⁴⁶ Tamtéž, odst. 83.

¹⁴⁷ Tamtéž, odst. 72.

¹⁴⁸ Tamtéž, odst. 82.

postavení Michelinu tedy p ísp lo k záv ru o zneužití. Nep ekvapí tak, že zde SDEU poprvé formulovat podmínku zvláštní odpov dnosti dominantního podniku.

Podle SDEU byl celý systém cílových rabat vymyšlen tak, aby odb ratel m bránil zm nit dodavatele, aniž by utrp li podstatnou ekonomickou ztrátu a vedl k jejich nep íjatelné závislosti na Michelinu. Ve výsledku tak m ly cílové rabaty stejný ú inek jako v rnostní rabaty a vedly k uzav ení trhu. Z kombinace podobných p í in považoval SDEU cílové rabaty za zneužívající v následujících p ípadech *Irish Sugar*,¹⁴⁹ *Michelin II*¹⁵⁰ a *British Airways*,¹⁵¹ kde bylo významnou p ít žující okolností, že cílové rabaty m ly retroaktivní charakter. P í p ekro ení cíle se tak vztahovaly na celý odb r za referen ní období.

V *Michelin II* Tribunál shledal vedle individualizovaných cílových rabat a jím podobných schémat m¹⁵² za loajalitu vnucující také rabaty postavené na standardizovaných cílech, což je podstatným znakem množstevních rabat , které Soud považuje za dovolené. Tyto rabaty tak nebyly stanoveny individuáln podle odhadu odb r jednotlivých odb ratel , ale objektivn , a dále byly transparentní. Tribunál p esto shledal, že vnucují loajalitu tím, že byly retroaktivní, obsahovaly adu slevových úrovní a referen ním obdobím byl jeden rok.¹⁵³ Protisout žní charakter všech zkoumaných rabat v *Michelin II* navíc Soud spat oval práv v jejich množství a vzájemných kombinacích. Jejich d sledkem byla neschopnost odb ratel odhadnout výši slevy, což je vedlo k nejistot a závislosti na Michelinu.¹⁵⁴

V *British Airways*¹⁵⁵ Soudní dv r vymezil obecná kritéria pro posuzování cílových rabat ve dvou krocích. V prvním kroku je pot eba zkoumat, zda jsou cílové rabaty zp sobilé vyvolat vylučující efekt (*exclusionary efect*), tedy jestli vedou k omezení odb ratele vybrat si svobodn dodavatele a omezují í znemož ují konkurent m vstup

¹⁴⁹ Rozhodnutí Tribunálu T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] ECR II-2969, op. cit.

¹⁵⁰ Rozhodnutí Tribunálu T-203/01, *Manufacture francaise des pneumatiques Michelin v Komise*, [2003] ECR II-4071 (*Michelin II*), op. cit.

¹⁵¹ Rozhodnutí Soudního dvora C-95/04 P, *British Airways*, [2007] ECR I-2331, op. cit.

¹⁵² Šlo o „servisní bonus“ a „Klub p átel Michelinu“.

¹⁵³ Rozhodnutí Tribunálu T-203/01, *Manufacture francaise des pneumatiques Michelin v Komise*, [2003] ECR II-4071 (*Michelin II*), op. cit., odst. 95.

¹⁵⁴ Tamtéž, odst. 111.

¹⁵⁵ Rozhodnutí Soudního dvora C-95/04 P, *British Airways*, [2007] ECR I-2331, op. cit.

na trh.¹⁵⁶ V druhém pak zda-li je dáno objektivní ekonomické odvodnění pro cílové rabaty,¹⁵⁷ přičemž dle kazníb emeno zde leží na dominantním podniku. SDEU bude poměrovat, jestli efektivnost a s ní spojené výhody pro spotřebitele cílových rabat převažují jejich vylučujícím efektem.¹⁵⁸ SDEU tedy teoreticky připouští možnost obhájit cílové rabaty z odvodňování ekonomické efektivnosti. Úspěšná aplikace obrany v podobě efektivností je však v praxi minimálně velice problematická zejména s ohledem na míru a náročnost jejich prokazování.

Michelin i British Airways se před SDEU hájily poukazem na to, že Komise neprokázala konkrétní efekty v podobě narušení soutěže, vyloučení konkurentů z trhu i posílení dominantního postavení. SDEU zdůraznil, že není potřeba prokazovat skutečné a konkrétní protisoutěžní efekty potenciálně zneužívajícího jednání, ale postačí prokázat, že je způsobilé takové efekty vyvolat.¹⁵⁹ To kontrastuje s vysokými požadavky, které SDEU klade na dominantní podnik při prokazování efektivností, jak to naznačil v *Michelin II*.¹⁶⁰ Vrcholem přehnaně formalistického přístupu je ignorování skutečnosti, že konkurenti *British Airways* v době uplatnění cílových rabat ve skutečnosti zvětšili své podíly na trhu. Naopak, SDEU, poněkud absurdně, konstatoval, že dle kazem zneužití je, že nebyť rabat, podíl konkurentů by vzrostl více.¹⁶¹ Na závěr zbývá dodat, že v *British Airways* jednoznačně potvrdil cíl článku 102 v podobě ochrany struktury soutěže a odmítl se zabývat námitkou BA, že nedošlo k újmám spotřebitelů.¹⁶²

3.2.1.3. Existují dovolené rabaty?

Dovolené budou pouze takové rabaty, které nejen nevedou k vylučujícímu efektu, ale nebudou ani diskriminační. Jinými slovy, rabaty, které sice nemají vylučovací efekt, ale

¹⁵⁶ Tamtéž, odst. 68.

¹⁵⁷ Tamtéž, odst. 69.

¹⁵⁸ Tamtéž, odst. 86.

¹⁵⁹ Rozhodnutí Tribunálu T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Komise*, [2003] ECR II-4071 (*Michelin II*), op. cit., odst. 238-241., Rozhodnutí Tribunálu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917, op. cit., odst. 293.

¹⁶⁰ Rozhodnutí Tribunálu T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Komise*, [2003] ECR II-4071 (*Michelin II*), op. cit., odst. 107-109.

¹⁶¹ Rozhodnutí Tribunálu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917, op. cit., odst. 298.

¹⁶² Rozhodnutí Soudního dvora C-95/04 P, *British Airways*, [2007] ECR I-2331, op. cit., odst. 105-107, Rozhodnutí Tribunálu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917, op. cit., odst. 295.

jsou diskriminací, budou rovněž představovat zneužití.¹⁶³ Z judikatury vyplývá, že dovolené jsou množstevní rabaty, které mají objektivně nastavená pravidla, a jejichž splnění jsou dostupné všem, a poskytovaná sleva má objektivní ekonomický opodstatnění, odráží tedy výhradně úspory z rozsahu.

Při nastavování slevových schémat je potřeba se vyhnout jakýmkoliv pobídkám k vlnosti a vzniku závislosti. Takovými pobídkami jsou zejména retroaktivní charakter slev, které jsou v takovém případě poskytovány za celý objem, nikoliv pouze za objem nad stanoveným cílem. Dále dlouhá referenční období, i když SDEU nikdy neposkytl pevné měřítko. Rovněž období je však sledováno jako příliš dlouhé, naopak s klesající délkou referenční doby se zvyšuje pravděpodobnost, že nebude vést k budování vlnosti. Transparentnost je rovněž podmínkou pro dovolenost rabat, ale sama o sobě nestačí.¹⁶⁴ Nakonec je potřeba vždy preferovat standardizované cíle oproti individualizovaným. Bezproblémové budou rovněž slevy za rychlé platby.

3.2.1.4. Kritika judikatury SDEU k rabatům

Problematika slev a rabat je snad nejvíce diskutovanou a kontroverzní oblastí v současném evropském soutěžním právu. Základem judikatury v oblasti rabat, *Hofmann-La Roche* a *Michelin I*, byly tzv. jasné případy. Závazky, které zde SDEU vyvodil, však poté aplikoval i na méně jasné případy jako *Michelin II* a *British Airways*. Terčem kritiky je právě tento příliš formalistický přístup, který se projevuje v uplatnění *per se* zákazů, u kterých rabat bez ohledu na jejich skutečné dopady.

SDEU nepožaduje analýzu skutečných efektů rabatů na trhu, k prokázání vylučujícího efektu stačí ukázat, že dané jednání je způsobilé vyvolat vylučující efekt. To je poměrně nízký práh, který zvyšuje riziko pozitivního omylu, což může mít negativní vliv na kvalitu hospodářské soutěže. Za zakázané v takovém případě mohou být považovány i rabaty, které mohou být ve skutečnosti prosoutžní.

¹⁶³ Rozhodnutí Soudního dvora C-163/99, *Portugalsko v. Komise*, [2001] ECR I-2613, odst. 50-53.

¹⁶⁴ Rozhodnutí Tribunálu T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Komise*, [2003] ECR II-4071 (*Michelin II*), op. cit., odst. 111.

Kritika zde cílí na samotné lenění na v rnostní, množstevní a cílové rabaty, které coby kategorie neodráží ekonomickou realitu.¹⁶⁵ S tím souvisí velice omezené možnosti obrany dominantního podniku. Jedinou jeho možností je odvodnění na základ zvyšování efektivnosti (a to pouze u cílových rabat), kterou nelze pouze deklarovat, ale zdá se, že je pot eba provést jejich d kladnou analýzu, což m že být v praxi obtížn proveditelné. Naopak snaha uchovat si zákazníky, která je nejb žn jším motivem slev, jako obrana t žko usp je. V podstat jde totiž o pobídku k v rnosti a ty Soud považuje za protisout žní bez ohledu na reálné efekty.

V p ípad slev a rabat lze rovn ž více než u jiných praktik zpochybnit tezi, že újma strukturu trhu je rovn ž automaticky újmu spot ebitel m, kte í by alespo teoreticky m li ze slev nakonec profitovat. Velice problematicky se dále jeví i skute nost, že na rozdíl od predátorských cen se u rabat nepracuje s analýzou náklad , která by kvantifikovala, co bude konkurenta dominantního podniku stát snaha vyrovnat jeho slevy. Bez takové analýzy totiž není možné s jistotou ur it, jestli skute n hrozí vylou ení stejn efektivního konkurenta a tudíž, zda jsou rabaty protisout žní.

Na druhou stranu z hlediska praxe je efektivní analýza náklad mnohem náro n jší na provedení, nebo definí ním znakem rabat není ob tování zisku jako u predátorských cen a chybí tak zjevný pevný bod, o který lze analýzu op ít. Stojí proto za zmínku, že americké antitrustové právo obecn rabaty nepovažuje za protiprávní,¹⁶⁶ nebo každé snížení ceny je žádoucí, dokud ovšem není predátorské, tedy podnákladové. Samotnou kategorií rabat tak vlastn nezná. Každopádn platí, že pokud se má v evropském právu pracovat se samostatnou kategorií rabat , bude nutné aplikovat n jakou podobu nákladového testu, jakkoliv to m že být obtížné.

I p es právní jistotu, kterou s sebou nese formalistický p ístup, je tak nutno dát kritice za pravdu v tom, že p ílišný formalismus m že podkopat efektivní sout ž a v p ípad rabat í spot ebitelský blahobyt. P esto, navzdory vším intenzivní kritice, se Tribunál v nejnov jších p ípadech *Michelin II*¹⁶⁷ a *British Airways*¹⁶⁸ nejen p ídržel

¹⁶⁵ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 426.

¹⁶⁶ V paralelním p ípad *British Airways* p ed americkým soudem nebylo jejich jednání považováno za zneužití.

¹⁶⁷ Rozhodnutí Tribunálu T-203/01, *Manufacture francaise des pneumatiques Michelin v Komise*, [2003] ECR II-4071 (*Michelin II*), op. cit.

formalistického přístupu, ale v ad ohled jej prohloubil. Rozhodnutí *British Airways* bylo následně potvrzeno i Soudním dvorem.¹⁶⁹ O ur itou zm nu přístupu se ovšem pokusila Komise ve svých Pokynech.

3.2.2. Pokyny Komise

Tak jak se vyvíjela evropská judikatura, se nejprve Komise zabývá výhradními dohodami a poté přechází k rabat m coby jejich specifické form s potenciálně stejnými efekty. Obecn ě Komise v Pokynech přijímá přístup založený na zkoumání efekt ů a reflektuje hledisko spot ebitelského blahobytu, by ě váže na strukturu trhu.

Komise deklaruje, že se bude primárn ě zabývat výlu ěnými dohodami, ze kterých nemají spot ebitelé jako celek prosp ch, což je dle Komise prost ědí bez nedostate né konkurence.¹⁷⁰ Vedle toho bude Komise samoz ejm posuzovat pravd podobnost protisout ěního uzav ění trhu v d sledku výhradních dohod. Pokud mohou konkurenti dominantního podniku sout ěžit o celou poptávku jednotlivých zákazník ů, výhradní dohody pravd podobn ě nebudou bránit ů jiné hospodá ské sout ěži. Naopak, je-li dominantní podnik nevyhnutelným dodavatelem,¹⁷¹ šance na protisout ění uzav ění trhu výhradními dohodami rostou. Jinými slovy, šance na protisout ění uzav ění trhu rostou, nejsou-li konkurenti schopni sout ěžit za stejných podmínek o celou poptávku zákazníka. Záležit bude rovn ěž na délce výhradních dohod, p ěi emž platí, že ěm delší, tím v tší pravd podobnost protisout ěního uzav ění trhu.¹⁷²

V p ěpad rabat ů Komise přichází s termínem podmín ěné rabaty, což jsou „*rabaty poskytnuté zákazník m s cílem odm ěnit je za konkrétní formu jejich nákupního chování.*“¹⁷³ Komise hodlá zkoumat, zda podmín ěné rabaty vedou k protisout ěnímu uzav ění trhu stejn ě efektivním konkurent m. Komise nejprve rozd ělí poptávku na

¹⁶⁸ Rozhodnutí Tribunálu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917, op. cit.

¹⁶⁹ Rozhodnutí Soudního dvora C-95/04 P, *British Airways*, [2007] ECR I-2331, op. cit.

¹⁷⁰ Sd ělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva p ěi používání ělánku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podnik ů vylučující ostatní sout ěžitele ze dne 24.2.2009, Ú . v st. 2009, C 45, op. cit., odst. 34.

¹⁷¹ Nap ěklad protože dodává „*must stock item*“.

¹⁷² Sd ělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva p ěi používání ělánku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podnik ů vylučující ostatní sout ěžitele ze dne 24.2.2009, Ú . v st. 2009, C 45, op. cit., odst. 36.

¹⁷³ Tamtéž, odst. 37.

nespornou, kterou by zákazník koupil od dominantního podniku každopádně, a spornou, o kterou mohou konkurenti s dominantním podnikem soutěžit. Zde je možno vidět snahu Komise netrestat dominantní podnik za slevy, které nemají žádný protisoutěžní účinek, což je žádoucí. Komise se bude zaměřovat na situace, kdy dominantní podnik použije nespornou poptávku k získání sporné části poptávky. Předmětem zájmu Komise tedy bude, jestli dominantní podnik neposkytuje podmíněný rabat tak, že nespornou část poptávky používá jako páku ke snížení ceny, která má být zaplacená za spornou část poptávky.

Poté Komise zjistí *efektivní cenu* za spornou poptávku,¹⁷⁴ což je cena, kterou by musel konkurent nabídnout, aby zákazníkovi kompenzoval ztrátu podmíněného rabatu.¹⁷⁵ Nakonec bude efektivní cenu porovnávat s dlouhodobými průměrnými přírůstkovými náklady dominantního podniku (LRAIC), aby zjistila, zda s ním mohou stejní konkurenti za této cenové úrovně soutěžit. Pokud bude efektivní cena nad LRAIC dominantního podniku, rabat by neměl vést k protisoutěžnímu uzavření trhu.¹⁷⁶ Bude-li efektivní cena mezi LRAIC a průměrnými eliminovatelnými náklady (AAC), Komise zváží další faktory. Pokud však klesne pod AAC, bude možné dovozovat protisoutěžní uzavření trhu.¹⁷⁷ Důležitě bude rovněž zvážit, a to nejen s ohledem na obranu efektivností, zda jsou rabaty retroaktivní i přírůstkové a individualizované i standardizované, přičemž ty první z dvojice budou vést k budování loajality a tedy směřovat protisoutěžnímu uzavření trhu.¹⁷⁸

Test připomíná test AKZO používaný u predátorských cen, Komise však stále rozlišuje predátorské ceny a rabaty, pro které není definíčním znakem obě. Každopádně je nutno připravit snahu Komise oprostit se od ryze formalistického přístupu a stanovit jasné podmínky pro posuzování, zda hrozí vyloučení stejného efektivního konkurenta, což bez jaké formy analýzy nákladů nelze. Zde je ovšem nutno podotknout, že jakkoliv je

¹⁷⁴ Tedy tu poptávku, se kterou by odběratel odešel od dominantního podniku.

¹⁷⁵ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vyloučující ostatní soutěžitele ze dne 24.2.2009, Úř. v. st. 2009, C 45, op. cit., odst. 41.

¹⁷⁶ Tamtéž, odst. 43.

¹⁷⁷ Tamtéž, odst. 44.

¹⁷⁸ Tamtéž, odst. 45,46.

nový přístup Komise žádoucí a jeví se jako jednoduchý a jasný, opak je pravdou a například určení a výpočet sporné části poptávky bude představovat nemalou výzvu.

3.2.3. Intel

Komise aplikovala svůj nový přístup v rozhodnutí *Intel*.¹⁷⁹ V tomto případě šlo o výnosní rabaty, které byly vázány na odběr 80% - 100% poptávky výrobce počítačů od Intelu. Komise aplikovala rozsáhlý test stejného efektivního konkurenta, vypočetala spornou část poptávky a zabývala se objektivním odvodněním, které Intel předložil. S odkazem na judikaturu však rovněž potvrdila, že není potřeba ukázat skutečné protisoutěžní efekty, a uzavřela, že rabaty, které společnost Intel poskytovala, jsou z pohledu pravděpodobně z pohledu vést k protisoutěžnímu uzavření trhu.

Tribunál podpořil závěr Komise o zneužití a přihlásil se k ustálené judikatuře postavené na rozhodnutí *Hoffmann-La Roche*. Podle Tribunálu Intel vyplácel výrobci počítačů výnosní slevy zaručující mu exkluzivitu, tedy výhradní odběr jeho procesorů. To je jednání, které je ze své podstaty protisoutěžní a zneužívající. Není tak potřeba zkoumat další okolnosti jak v případě cílových rabatů, které *a priori* nezavazují k exkluzivnímu odběru.¹⁸⁰ Není potřeba prokazovat reálné následky výnosních rabatů, stejně jako újmu spotřebitelům.¹⁸¹ Roli nehrála ani skutečnost, že konkurenční výrobce AMD (společnost, kterou se Intel snažil vytlačit) po dobu poskytování rabatů rostla.¹⁸² Tribunál rovněž jasně deklaroval, že v takovém případě Komise vůbec nemusel provádět test stejného efektivního konkurenta.¹⁸³ Na druhou stranu, Tribunál teoreticky připustil, že za výjimečných okolností lze výnosní rabaty zajišťující exkluzivitu objektivně ospravedlnit výhodami plynoucími pro spotřebitele,¹⁸⁴ čímž lehce oslabil *per se* zákaz výnosních rabatů, který jinak prosazuje.

¹⁷⁹ Rozhodnutí Komise COMP/C-3/37.990, *Intel*, [2007] CMLR 314.

¹⁸⁰ Rozhodnutí Tribunálu T-286/09, *Intel*, [2014], odst. 80-93.

¹⁸¹ Tamtéž, odst. 104-105.

¹⁸² Tamtéž, odst. 185-186.

¹⁸³ Tamtéž, odst. 140-166.

¹⁸⁴ Tamtéž, odst. para 94,

3.2.4. Slevy a rabaty v českém kontextu

Stejným případem v oblasti rabat bylo rozhodnutí ve věci *ESKÝ TELECOM*,¹⁸⁵ kde NSS provedl rozlišení mezi množstevním a vrstevním rabatem. Množstevní slevy a rabaty, které nelze považovat za protisoutěžní, se vážou na odebrané množství, jsou předem známy a nejsou diskriminativní. Naopak vrstevní slevy jsou vázány na určitý minimální odběr, výlučný odběr od jednoho dodavatele nebo pravidelný odběr po určitou dobu. Dominantní podnik v tomto případě zneužívá své postavení, nebo si prostřednictvím výhod zavazuje své zákazníky k většímu, širšímu i delšímu plnění. Tím se narušuje hospodářskou soutěž, nebo tito zákazníci již nemají kapacity odebrat i od konkurence dominantního podniku.

3.3. Vázané prodeje

Vázanými prodeji se rozumí praktika, při které dominantní podnik poskytuje zákazníkům určitý produkt¹⁸⁶ (vázející produkt) pouze za podmínky, že odeberou zároveň i jiný produkt (vázaný produkt). Slovy článku 102 písm. d) *jde o podmínky uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, které v dané oblasti, ani podle obchodních zvyklostí s předem tímto smluv nesouvisejí*. Ve shodě s ustálenou judikaturou SDEU je znění čl. 102 písm. d) pouze předkladem zneužívajícího jednání a není vyčerpávající definicí vázaných prodejů. Podle SDEU tak mohou znaky zneužití naplňovat vázané prodeje i v těchto případech, kdy spolu vázející a vázaný produkt spolu v dané oblasti obchodně souvisejí.¹⁸⁷

Nebezpečí pro úroveň hospodářskou soutěž je spatřováno v tom, že dominantní podnik může vázanými prodeji posílit pomocí pákového efektu (*offensive leveraging*) svou tržní sílu z trhu s vázejícím produktem, kde má dominantní postavení, na trh s vázaným produktem, kde dominantní postavení nedejří, což může vést k uzavření trhu. Nakonec zbývá dodat, že vázané prodeje se mohou vyskytovat v mnoha podobách, například lze zmínit smluvní vázání, technické vázání, nebo spojené prodeje (*bundling*), kdy jsou

¹⁸⁵ Rozsudek NSS sp. Zn. 8 Afs 57/2007 (*ESKÝ TELECOM cenové plány*).

¹⁸⁶ Výrobek i služba.

¹⁸⁷ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007], ECR II-1501. op. cit., odst. 861.

vázající a vázaný produkt fyzicky propojen a prodáván jako balíček. Podstata je však vždy stejná.

Nebezpečí, které vázané prodeje představují pro hospodářskou soutěž, bylo považováno za natolik závažné, že vedlo k jejich *per se* zákazům v Evropě i v USA. Vycházelo se přitom z teze, že dominantní podnik těží z monopolních cen jak na vázajícím tak na vázaném trhu. Tato teze se stala předmětem kritiky představitelů Chicagské školy, kteří přišli s tezí *single monopoly profit theorem*, podle které dominantní podnik může monopolní profit realizovat pouze jednou. Pokud tedy má monopolní zisky z vázajícího trhu, nemůže zvyšovat svůj profit pomocí monopolních cen na vázaném trhu, naopak z hlediska zisku jde o kontraproduktivní strategii. Dopad argumentů Chicagské školy byl natolik významný, že vedl k ústupu od *per se* zákazů v americkém antitrustovém právu. Kritici Chicagské školy však poměrně často namítají, že pracuje s ne vždy platnými předpoklady a například s tzv. *defensive leveraging* se nedokáže vypořádat, nebo v daném případě dominantnímu podniku nejde o maximalizaci zisku, ale zabránění konkurenčnímu vstupu na vázající dominantní trh pomocí tvrdého boje na vázaném trhu.¹⁸⁸

Chicagská škola reprezentuje pravý opak zastánců *per se* zákazů. I bez úplného přiklonu k ní však lze říct, že vázané prodeje mohou mít nepochybný objektivní ekonomický a obchodní důvod a přinášet výhody spotřebitelům, nutně tedy nemusejí být protisoutěžní. Mezi takové případy patří situace, kdy se pomocí vázaných prodejů dosahuje úspor z rozsahu, což se projevuje ve snižování cen, ze kterého profituje spotřebitel, či situace, kdy je „balíček produktů“ logičtější, funkčnější a efektivnější než jeho jednotlivé části. Výrobní činnost ze své podstaty v sobě zahrnuje integraci samostatných komponent, bylo by tak absurdní v případě dominantních podniků presumovat protiprávnost takového postupu, naopak, předpoklad by měl být opačný. Vázané prodeje je tedy nutno posuzovat vždy individuálně a v daném kontextu.

¹⁸⁸ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 457.

3.3.1. Posuzování vázaných prodejů dle judikatury SDEU

Prvními stěžejními rozhodnutími v oblasti vázaných dohod byly případy *Hilti*¹⁸⁹ a *Tetra Pak II*,¹⁹⁰ kde se SDEU v podstatě vyslovil pro jejich *per se* zákaz a uplatnil velice formalistický přístup. Hlavním předmětem zájmu Komise a Soudu byla v těchto případech struktura trhu, prevence vzniku dominantního postavení na navazujícím trhu a ochrana menších konkurentů. Judikatura SDEU v oblasti vázaných prodejů nebyla vedena zvyšování efektivity.

Z judikatury lze dovodit pět základních kritérií, které jsou posuzovány v případě vázaných prodejů. Jde o následující: (i) dominantní postavení na trhu vzájemného produktu (ii) vzájemný a vázaný produkt jsou dva odlišné produkty (iii) donucení odebírat vzájemný a vázaný produkt dohromady (iv) omezení hospodářské soutěže a (v) objektivní ospravedlnitelnost. Pouze pokud naplní první tři kritéria a neexistenci pátého, jde o zakázané jednání.

3.3.1.1. Dominantní postavení na trhu vzájemného produktu

Pouze podnik disponující dominantním postavením se může vázanými prodejmi dostat do rozporu s článkem 102. K vázaným prodejům lze totiž zákazníkům donutit pouze v případě, že jsou v případě jednoho z produktů závislí na dodávkách od dominantního podniku. Dominantní postavení je nutno mít na trhu s vzájemným produktem, na trhu s vázaným produktem není vyžadováno.

3.3.1.2. Vzájemný a vázaný produkt jsou dva odlišné produkty

SDEU vyžaduje, aby vázané prodeje obsahovaly dva odlišné produkty. Obligatorní námitka zde je, že prakticky jakýkoliv produkt lze rozdělit na více částí. Podle článku 102 písm. d) jsou vzájemný a vázaný produkt odlišné produkty, pokud spolu v ceně ani podle obchodních zvyklostí nesouvisí. V cenové souvislosti je s ohledem na judikaturu nutno vykládat velice restriktivně a lze o ní uvažovat, jestliže je vázaný produkt nezbytný k řádnému užívání vzájemného produktu nebo jeho nedílnou součástí. Druhé

¹⁸⁹ Rozhodnutí Tribunálu T-30/89, *Hilti AG v Komise*, [1991] ECR II-1439.

¹⁹⁰ Rozhodnutí Soudního dvora C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Komise*, [1996] ECR I-05951 (*Tetra Pak II*), op. cit.

kritérium, souvislost dle obchodní zvyklosti, je pak koncept ještě vágnější než v činná souvislost a nadto v zásadě proměnlivý.

V rozhodnutí *Hilti*¹⁹¹ SDEU podpořilo stanovisko Komise, že pistole pro nástělné hřebíky, hřebíky do těchto pistolí a zásobníky na hřebíky představují tři odlišné produkty, nebo existují výrobci, kteří produkují hřebíky a zásobníky na hřebíky, ale nikoliv pistole. Příklad ukazuje, jak nejasná je hranice pro posuzování odlišnosti produktů. Mezi výše zmíněnými produkty se totiž nepochybně činná souvislost dá nalézt. V rozhodnutí *Tetra Pak II*¹⁹² SDEU posuzoval souvislost strojů na výrobu UHT obalů a materiálu na výrobu UHT obalů a došel k závěru, že jde o dva odlišné produkty a trhy na základě skutečnosti, že existují konkurenti, kteří produkují pouze materiál na výrobu UHT obalů a nikoliv stroje. SDEU výslovně stanovil, že vázané prodeje představují širší kategorii, než pokrývá článek 102 písm. d).¹⁹³ O dva odlišné produkty a tedy o zneužití (při naplnění ostatních podmínek) tak může jít i v případech, kdy spolu vázající a vázaný produkt v činně souvisejí. Zde je nutno kriticky poznamenat, že po rozhodnutí *Tetra Pak II* bylo možno odlišnost produktů prohlásit prakticky vždy.

Zvláště problematické je posuzování souvislosti produktů na trhu nových technologií, kde rapidní vývoj rychle mění vnímání činné souvislosti i obchodních zvyklostí. Například v roce 1984 bylo zahájeno řízení se společnostmi IBM pro podezření z vázaných prodejů kvůli tomu, že prodávalo počítače s procesorem a hardiskem a operačním programem naráz,¹⁹⁴ což se dnes jistě jeví jako absurdní. Se stejným problémem se potýkal Tribunál při posuzování stejného případu *Microsoft*,¹⁹⁵ kdy musel zdraznit, že ač posuzuje případ v roce 2007, posuzuje je podle podmínek na trhu v roce 1999, kdy k vázaným prodejům docházelo.¹⁹⁶ Jinak by mohl dojít k jiným výsledkům.

V případě *Microsoft* šlo o posouzení, zda jsou operační systém (Windows) a audiovizuální přehrávač (Windows Media Player), které Microsoft nabízel pouze spolu,

¹⁹¹ Rozhodnutí Tribunálu T-30/89, *Hilti AG v Komise*, [1991] ECR II-1439, op. cit.

¹⁹² Rozhodnutí Soudního dvora C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Komise*, [1996] ECR I-05951 (*Tetra Pak II*), op. cit.

¹⁹³ Tamtéž, odst. 37.

¹⁹⁴ JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 463.

¹⁹⁵ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007], ECR II-1501. op. cit.

¹⁹⁶ Tamtéž, odst. 914.

dva odlišné produkty. Tribunál zde potvrdil názor Komise, že jde o dva odlišné produkty a jako základní kritérium pro jejich odlišování stanovil poptávku zákazníků¹⁹⁷ - existuje skutečná i potenciální samostatná poptávka po jednotlivých produktech? Naopak neexistuje-li nezávislá poptávka po vázaném produktu, nelze uvažovat nad zneužívajícím vázáním produktů.

To lze považovat za jemný posun oproti kritériu v případě *Hilti*. Objektivní skutečnost v podobě existence výrobce, kteří produkují pouze jeden z produktů, byla nahrazena subjektivní skutečností v podobě poptávky zákazníků. Soud následně provedl poměrně rozsáhlou analýzu,¹⁹⁸ kterou podpořil závěr, že jde o odlišné produkty. Z jeho argumentů lze uvést následující, které považují za nejpřesvědčivější. Relevantní pro zkoumání poptávky nebylo, zda zákazníci chtějí Windows bez přehrávače, ale zda-li přehrávač chtějí rovněž od Microsoftu.¹⁹⁹ Společnosti OEM,²⁰⁰ které kombinují hardware a software do finálního produktu, je kombinují tak, aby zákazníkům nabídli tu nejlepší kombinaci, přičemž operační program a přehrávač považují za dva odlišné produkty.²⁰¹ Nezanedbatelné množství spotřebitelů poptávalo jiný přehrávač navzdory tomu, že měli předinstalovaný Windows Media Player (WMP).²⁰² WMP byl samostatně stažitelný z webu Microsoftu²⁰³ a byl jako specifický samostatný produkt propagován.²⁰⁴ Microsoft distribuoval verzi WMP, která byla uzpůsobena k fungování na operačních systémech konkurentů.²⁰⁵

Je potřeba ocenit, že se Komise a následně Tribunál se v rozhodnutí *Microsoft v nově* hlubší analýze vázanosti produktů, než jak tomu bylo v případech *Hilti* a *Tetra Pak II*. Problém rozhodnutí Microsoft tedy nespočívá v teoretické slabosti odvodnění (alespoň pokud jde o vázanost produktů), ale že její praxe přesto vyvrátila. Vedle pokuty SDEU uložil Microsoftu nápravné opatření spočívající v povinnosti prodávat Windows s i bez WMP. Počet prodaných Windows bez WMP byl absolutně zanedbatelný. Praxe ukázala,

¹⁹⁷ Tamtéž, odst. 917.

¹⁹⁸ Tamtéž, odst. 917-944.

¹⁹⁹ Tamtéž, odst. 921-922.

²⁰⁰ Výrobce zařízení, jenž při výrobě používá díly, komponenty a zařízení od jiných výrobců, a hotový výrobek prodává pod svou vlastní obchodní značkou.

²⁰¹ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007] ECR II-1501, op. cit., odst. 923.

²⁰² Tamtéž, odst. 932.

²⁰³ Tamtéž, odst. 929.

²⁰⁴ Tamtéž, odst. 930.

²⁰⁵ Tamtéž, odst. 928.

že neexistuje relevantní samostatná poptávka po operačním programu bez audiovizuálního přehrávače.²⁰⁶

3.3.1.3. Donucení odebrat vzájemný a vázaný produkt dohromady

Principiálně je nutno trvat na tom, že každý, i dominantní podnik, je oprávněn nabízet své produkty v libovolných kombinacích. O zneužití v případě vázanými prodeji tak může jít pouze v případě, kdy je vázaný produkt dominantním podnikem nabízen pouze v kombinaci s vzájemným produktem, nelze jej tedy pořídit samostatně anebo jej nelze odmítnout.

Toto donucení může mít různé podoby. Nejzjevnější je smluvní zakotvení odebrat vázané produkty jako tomu bylo v případě *Tetra Pak II*. Vázané prodeje lze rovněž vynucovat *de facto* jednoduše tak, že bez koupě vázaného produktu dominantní podnik neprodá ani vzájemný produkt, jehož je dominantním nebo dokonce (kvazi)monopolním výrobcem jako v případě *Hilti*. V případě *Microsoft* vidí SDEU donucení ve skutečnosti, že WMP nebylo možné odinstalovat.²⁰⁷ Naopak námitky Microsoftu, že uživatelé Windows si mohli nainstalovat libovolné množství dalších přehrávačů SDEU považoval za irelevantní, nebo definicím znakem zneužití v podobě vázaných prodejů není to, že zákazník musí vázaný produkt používat.²⁰⁸ Stejně tak nezáleží na tom, zda je vázaný produkt zpoplatněn nebo je k vzájemnému produktu poskytován zdarma.²⁰⁹ Rozhodujícím faktorem podle SDEU bylo, že Microsoft odepřel zákazníkům možnost pořízovat Windows bez WMP.

Jako další způsoby donucení lze uvést neposkytování některých bonusů zákazníkům, kteří odeberou pouze jeden z produktů jako například neposkytnutí záruky. Nakonec lze donucení praktikovat také pomocí cenových pobídek ve formě slev za vázané prodeje nebo naopak jejich neposkytnutí v případě separátního odběru produktů, které, pokud jsou dostatečně významné, mohou „nutit“ k odběru vázaných produktů.

²⁰⁶ Z celkového množství prodaných Windows v Evropě představoval prodej Windows bez WMP 0,005%.

²⁰⁷ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007] ECR II-1501, op. cit., odst. 963.

²⁰⁸ Tamtéž, odst. 970.

²⁰⁹ Tamtéž, odst. 969.

3.3.1.4. Omezení hospodářské soutěže

K omezení hospodářské soutěže dochází tehdy, když je uzavřen dodavatelem vázaného produktu, což nastává v situaci, kdy většina zákazníků odebírající vázaný produkt jsou rovněž zákazníky odebírající vázaný produkt. Zde dominantní podnik uplatňuje již zmíněný pákový efekt, jímž svou dominanci přenáší na další trh a vytlačuje z něj své konkurenty.

Typickou ukázkou je případ *Hilti*, jejíž jednání bylo prostřednictvím vázaných prodejů zaměřeno na vytlačení konkurentů vyrábějících hřebíky do pistolí na hřebíky vyráběných výhradně společností Hilti a to vzhledem k tomu, že Hilti nabízela své pistole hřebíky pouze za podmínky odběru hřebíků a zásobníků na hřebíky.

Dá se říct, že starší judikatura omezení hospodářské soutěže v podstatě presumovala, což přibližovalo vázané prodeje k jejich *per se* zákazu. V případě *Microsoft* Komise upustila od formalistického přístupu s tím, že omezení soutěže nelze presumovat, protože sada přehrávačů byla volně ke stažení. Komise tak provedla rozsáhlou analýzu efektů zkoumající konkrétní úinky, které vázaný prodej na trhu měl a bude mít. Na základě ní pak došla k závěru o omezení hospodářské soutěže.

Odvolání Komise mělo tři stupně. Prvním bylo porovnání distribučního systému WMP, což byl Windows, s distribučními možnostmi konkurenčních přehrávačů. Komise uzavřela s tím, že konkurence se svými produkty neměla takové možnosti proniknout na trh jako Microsoft distribuující WMP prostřednictvím zdaleka nejrozšířenějšího operačního systému Windows. Druhým a tím pak byla dokázání širších negativních následků vázání a budoucího vývoje trhu, pokud by vázání pokračovalo.

V druhém stupni Komise predikovala důsledky, které plynou z distribuční výhody WMP a z toho plynoucí všudypřítomnosti WMP. Podle Komise to povede k tomu, že koncoví uživatelé i OEM budou stále více využívat WMP namísto alternativních přehrávačů a nakonec i tvůrci obsahu budou obsah vytvářet primárně ve formátech kompatibilních s WMP. V tímto stupni Komise zkoumala, zda vývoj na trhu směřuje k posílení postavení WMP. Podle Komise vázání Windows s WMP povede

k nedostatečnému rozvoji trhu s počítači, potlačení inovací a snížení investic do vývoje nových produktů konkurujících WMP.

Tribunál podpořil závěry Komise, že došlo k omezení hospodářské soutěže,²¹⁰ zároveň však jasně deklaroval, že analýza efektů nemusela být prováděna.²¹¹ Pro Tribunál byl dostatečným důkazem první stupeň dokazování Komise. Vázáním WMP s Windows, který je zdaleka nejrozšířenějším operačním systémem na světě,²¹² získal Microsoft bezprecedentní výhodu na trhu s audiovizuálními počítači, pokud jde o jejich distribuci.²¹³ Tím podstatně narušil strukturu trhu a to navzdory tomu, že uživatelé mohli bez omezení stahovat a instalovat jiné počítače. Výrobci ostatních počítačů totiž musely dle SDEU i přesto vynaložit nemalé náklady na překonání neúspěchu uživatelů a donutit je užívat jiný počítač než je WMP.²¹⁴ Výhodu v distribuci zároveň Tribunál odmítl považovat za projev soutěže na základě výkonu (*competition on the merits*), kterou vymezil především jako soutěž na základě kvality produktů. Zde se pak opírá o průzkumy, podle kterých uživatelé považovali ostatní počítače za kvalitnější než WMP. Pro Soud to byl jasný důkaz, že rostoucí podíl Microsoftu není důsledkem soutěže na základě výkonu.

Jinými slovy, Tribunálu k závěru o omezení hospodářské soutěže stačila skutečnost, že WMP má podstatnou výhodu v distribuci skrze svázání s Windows. Tím z pohledu Tribunálu Microsoft bez dalšího narušil hospodářskou soutěž a strukturu trhu. Negativní dopad této výhody Soud presumoval s tím, že skutečné efekty není nutné zkoumat. Rostoucí počet konkurentů a tedy důkaz, že na trhu panuje soutěž, podle Tribunálu nic nemění na závěru o omezení hospodářské soutěže.²¹⁵

3.3.1.5. Objektivní ospravedlnění

I pokud naplnění typických výjimek, nebudou vázané prodeje považovány za zneužití, pokud SDEU uzná, že je lze objektivně ospravedlnit. Důkazní břemeno přitom leží na dominantním podniku. Nejzřejmějším důvodem bude dosahování efektivnosti.

²¹⁰ Tamtéž, odst. 1090.

²¹¹ Tamtéž, odst. 1054, 1058, 1059.

²¹² V roce 2002 držel 90% celosvětového trhu.

²¹³ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007] ECR II-1501, op. cit., odst. 1054.

²¹⁴ Tamtéž, odst. 1041.

²¹⁵ Podobnou úvahu použil v rozhodnutí C-95/04 P *British Airways*.

Vzhledem k tomu, že každý produkt se skládá z více částí, se v případě vázaných prodejů nabízí obrana, že by bylo nákladnější a z pohledu spotřebitelů nepraktické vyrábět nebo prodávat určité produkty odděleně. Takové obrany by soudní orgány neměly naslouchat více než u jiných praktik. Požadavek na ochranu struktury soudy by zde neměly považovat spotřebitelské hledisko a při posuzování by se neměly vycházet pouze z teoretických úvah, nýbrž by měly přihlídnout ke skutečné spotřebitelské poptávce. Rozhodnutí *Microsoft* by mělo být mementem, že přesvědčivost teoretických argumentů, nemůže být realita poněkud odlišná.

Druhým možným ospravedlněním je snaha zachovat kvalitu a bezpečnost vázaných produktů. Dominantní podnik může argumentovat, že pouze jejich spojením může být zaručen bezpečnostní standard a slibovaná funkčnost. Na druhou stranu je potřeba uvést, že SDEU tento argument odmítl v případě *Hilti* s tím, že dozorem nad dodržováním bezpečnosti a technických standardů jsou pověřeny příslušné státní úřady a není tedy v cíli *Hilti* bránit prodeji svých nastelovacích pistolí a hřebíků od konkurentů s odkazem na obavy z bezpečnosti.²¹⁶

3.3.2. Pokyny Komise

Dle Pokynů bude Komise posuzovat vázané prodeje na základě výše zmíněných kritérií, ovšem s výjimkou podmínky donucení odebrat vzájemící a vázaný produkt dohromady, která není v Pokynech zmíněna.

Kritérium pro odlišení dvou produktů Komise spatřuje v tom, zda-li by podstatné množství zákazníků od stejného dodavatele zakoupilo vzájemící produkt bez vázaného produktu, pokud by nešlo o vázané prodeje.²¹⁷ V podstatě jde o jinými slovy popsané kritérium, které použil Tribunál v rozhodnutí *Microsoft*. Komise tak nadále bude pro rozlišení uplatňovat subjektivní kritérium v podobě existence poptávky, nikoliv objektivní v podobě existence více trhů, které bylo použito v rozhodnutích *Hilti* a *Tetra Pak II*. Pokyny ve shodě s judikaturou SDEU dále nezmiňují podmínku souvislosti dle obchodních zvyklostí, jež je uvedena v článku 102 písm. d).

²¹⁶ Rozhodnutí Tribunálu T-30/89, *Hilti AG v Komise*, [1991] ECR II-1439, op. cit., odst. 20.

²¹⁷ 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 ze dne 24.2.2009, Úř. v. st. 2009, C 45, op. cit., odst. 51.

Pokud jde o zkoumání protisoutěžního uzavření trhu, Komise se přihlásila k postupu založenému na zkoumání efektů. V Pokynech není ani náznak, že by vázané prodeje byly považovány za *per se* protisoutěžní, což lze pouze uvítat. Jinak se Pokyny odkazují na obecnou část a v sekci o vázaných prodejkách zmíní pouze některá specifika. Například lze zmínit například závěry Komise, že riziko protisoutěžního uzavření trhu je pravděpodobnější v případě vázaných prodejů, které jsou technicky propojeny.²¹⁸

Pokyny nakonec přitahují i s možností objektivního ospravedlnění, pokud dominantní podnik prokáže, že vázané prodeje vedly k úsporám ve výrobě i distribuci, ze kterých benefituje spotřebitel. Další možností je úspora transakčních nákladů spotřebitelů, kteří by jinak museli složit a rozložit jednotlivé složky zvlášť, výhoda pro spotřebitele vyplývající ze zvýšené produkce vázaných produktů i inovativního spojení produktů. Je tedy zřejmé, že Komise otevřela celkem široký prostor pro obranu dominantních podniků, ze které jasně vyplývá, že rozhodujícím hlediskem je spotřebitelský blahobyt.²¹⁹

3.3.3. Vázané prodeje v českém kontextu

Ve věci *Likérka Stock Plzeň*²²⁰ tato společnost vážala na odběr jejího likéru Fernet Stock, jehož byla monopolním výrobcem, odběr dalších jejích alkoholických produktů, které však již byly zamítnuté s produkty jiných výrobců. Likérka tak využívala výše popsany pákový efekt, aby zvýšila prodej těchto produktů, které by jinak mohli odběratelé opatřit u konkurence. Likérka se bránila tím, že Fernet a ostatní alkoholické nápoje její produkce spolu v číně souvisejí, ale neuspěla.

3.4. Odmítnutí dodávat

V podmínkách tržní ekonomiky si podniky mohou svobodně volit, s kým budou obchodovat. V případě podniků v dominantním postavení však může být tato svoboda za jistých podmínek omezena. Stojí zde proti sobě princip nezasahování do smluvní svobody a její ekonomická opodstatněnost proti principu v krátkodobém horizontu

²¹⁸ Tamtéž., odst. 53-54.

²¹⁹ Tamtéž., odst. 62.

²²⁰ Rozhodnutí Ministerstva pro hospodářskou soutěž ze dne 21.7.1995, j. S 21/95-240, Rozhodnutí ministra pro hospodářskou soutěž ze dne 11.4.1996 j. R 20/1995.

podpojit soutěžní prostředí na konkrétním trhu. To platí zejména pro dominantní podniky, které kontrolují vstupní suroviny nebo podstatná zařízení nezbytná a nenahraditelná pro činnost konkurentů. Pokud totiž v takovém případě dominantní podnik odmítne tyto poskytnout, eliminuje podstatnou část i rovnou veškerou soutěž.

Kromě výše zmíněného základního dilematu je potřeba také brát v potaz, že mohou být dány nesporné důvody pro odmítnutí dodávat. Příkladem může být zadlužený zákazník, nedostatek zásob či plné využití všech kapacit pro účely dominantního podniku. Dále se poukazuje na problematiku „erného pasažéra“, který zadarmo profituje na investicích a snaze jiných. Přehnané intervence proti odmítnutím dodávat by dominantní podnik demotivovalo od investic do výzkumu a vývoje. Je tak nutné dávat velký pozor, aby opatření k zajištění konkurence nevedlo k poklesu inovací. Účelem je chránit soutěž, ne méně úspěšné konkurenty.

Na druhou stranu se namítá, že odmítnutí dodávat může vést k poklesu pobídek investovat i na straně konkurentů dominantního podniku. Pokud se jim nebude dostávat vstup, nebudou moci konkurovat a snažit se předstihnout dominantní podnik na poli výstupu. Ve výsledku opět utrpí konkurenční prostředí.

Odmítnutí dodávat se může odehrávat v mnoha podobách jako například odmítnutí dodávat produkty či služby a to jak stávajícím zákazníkům, tak novým zájemcům, odmítnutí licencovat práva duševního vlastnictví či odmítnout přístup k podstatným zařízením. Může nastat v horizontálním i vertikálním vztahu. V každém případě nelze hovořit o *per se* zákazu odmítnutí dodávat jako je tomu u jiných praktik, nýbrž každý případ je nutno posuzovat individuálně dle konkrétních okolností.

3.4.1. Posuzování odmítnutí dodávat dle judikatury SDEU

Jak již bylo zmíněno, pod odmítnutí dodávat spadá řada specifických praktik, Soud však postupem času dospěl k ustavení základních kritérií, které zkoumá ve všech případech spadajících pod odmítnutí dodávat. Ty budou rozebrány jako první. Následně se budou zabývat specifiky jednotlivých variant odmítnutí dodávek.

3.4.1.1. Základní kritéria

Soud i Komise ctí, že platí zásada smluvní svobody, a deklarovaly to v mnoha rozhodnutích týkající se odmítnutí dodávat. Jakékoliv zásahy tak musí být řádně a nepřezkoušitelně odůvodněny. Základní kritéria pak SDEU definoval v rozhodnutí *Bronner*.²²¹ Tyto kritéria je více méně potřeba naplnit u všech variant odmítnutí dodávat, o čemž kromě judikatury svědčí i fakt, že SDEU v rozhodnutí *Bronner* týkající se *essential facilities* odkázal na rozhodnutí *Commercial Solvent*,²²² které je klasickým odmítnutím dodávat vstupní suroviny, a z rozhodnutí *Magill*,²²³ které se týká ochrany práv duševního vlastnictví.

3.4.1.1.1. Nepostradatelnost odmítnuté dodávky pro výkon činnosti a neexistence substitutu

Dle judikatury platí zásada, že dominantní podnik nemusí poskytovat své produkty i služby, pokud nechce, jen proto, že je dominantní. Naopak tomu však může být, pokud jsou pro ostatní tyto produkty i služby nepostradatelné. Nepostradatelnost SDEU vykládal poměrně restriktivně, což lze s ohledem na rizika postihu odmítnutí dodávat pouze ocenit. Poprvé ji komplexně vyložil v rozhodnutí *Bronner*, ve kterém se vydavatel novin *Der Standard* pan Bronner dožadoval využívat distribuční síť konkurenčního vydavatelství Mediaprint s tím, že nemá kapacitu takovou síť vybudovat.

Podle Soudu však tato distribuční síť nebyla nepostradatelná, protože existuje řada jiných možností distribuce jako například trafiky i pošta.²²⁴ Dále v daném případě nebyly dány žádné ekonomické, technické i právní překážky, které by bránily panu Bronnerovi vybudovat vlastní distribuční síť.²²⁵ Argument, že to není ekonomicky schůdné pro pana Bronnera Soud odmítl s tím, že ekonomická proveditelnost se musí posuzovat z pohledu Mediaprintu. Soud zde tedy v podstatě uplatnil kritérium stejn

²²¹ Rozhodnutí Soudního dvora C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs*, [1998] ECR I-07791.

²²² Rozhodnutí Soudního dvora 6/73 a 7/73, *Commercial Solvents*, [1974] ECR 223, op. cit.

²²³ Rozhodnutí Soudního dvora C-241/91 P a C-242/91 P, *Magill*, [1995] ECR I-743.

²²⁴ Rozhodnutí Soudního dvora C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs* [1998] ECR I-07791. op. cit., odst. 41.

²²⁵ Tamtéž, odst. 42.

efektivního konkurenta. Ekonomickou proveditelnost vyložil spíše jako otázku, zda-li je na dané trhu reálné vybudovat obdobně rozsáhlou distribuční síť obdobnou, jakou disponoval Mediaprint. Menší společnost tedy nemůže požadovat přístup k infrastruktuře v těchto konkurentů pouze na základě toho, že je malá.

Nepostradatelné jsou tedy pouze produkty a služby, které je buď přímo nemožné, anebo velice obtížné duplikovat. Typickým příkladem jsou vstupní suroviny pro výrobu konečných produktů, kde je dominantní podnik jejich výhradním dodavatelem, náhradní díly, práva duševního vlastnictví a infrastruktura jako jsou přístavy, letiště, železnice, telekomunikační kabely, plynové potrubí a elektrické vedení.

Nutno dodat, že v nejnovějším rozhodnutí *Microsoft*²²⁶ Tribunál zaujal poněkud extenzivnější výklad nepostradatelnosti. Nepostradatelnost zde neznamenala, že bez odmítnuté dodávky by nemohl žádný konkurent na trh vstoupit nebo se na něm udržet, nýbrž je potřeba zkoumat, zda jsou konkurenti bez odmítnuté dodávky schopni být dostatečnou soutěží protiváhou dominantního podniku.²²⁷ Kritérium nepostradatelnosti tak má být naplněno i tehdy, když na trhu zůstala určitá konkurence, ale z hlediska účinné soutěže ji SDEU nepovažuje za dostatečnou. Tento výklad přijala rovněž Komise do Pokynů. Rozostření kritéria nepostradatelnosti, které Soud v rozhodnutí *Microsoft* provedl, je každopádně nutno s ohledem na problematiku nucení k obchodování ze strany soutěžících orgánů hodnotit negativně.

3.4.1.1.2. Vyloučení soutěže

Následkem odmítnutí dodávat produkt či službu, který je pro konkurenci dominantního podniku nepostradatelný, je jejich odchod z trhu a tím pádem vyloučení soutěže. Tyto dvě kritéria je tak nutno posuzovat společně. Z judikatury neúplně jasně vyplývá, že postačí hrozba podstatného omezení soutěže. V prvním případě odmítnutí dodávat, který SDEU řešil, *Commercial Solvent*,²²⁸ Soud zmíňuje jako podmínku riziko úplného vyloučení soutěže, ale i vyloučení jednoho z hlavních konkurentů na navazujícím trhu.

²²⁶ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007], ECR II-1501. op. cit.

²²⁷ Tamtéž, odst. 355.

²²⁸ Rozhodnutí Soudního dvora 6/73 a 7/73, *Commercial Solvents*, [1974] ECR 223, op. cit.

Podmínka úplného vyloučení soutěže by podstatným způsobem omezila aplikaci článku 102 v těchto případech. Zřejmě i proto se Tribunál v rozhodnutí *Microsoft* přiklonil k mírnější interpretaci a jako kritérium jasně stanovil, že je potěsbena riziko vyloučení veškeré efektivní soutěže.²²⁹ Vyloučení efektivní soutěže neznamena odchod konkurence z trhu. Existenci konkurentů, kteří mají marginální podíly na trhu, totiž Tribunál nepovažoval za dostatečnou soutěžní prostředí, což odráží názor Tribunálu na vymezování podmínky nepostradatelnosti. Ve shodě s ustálenou judikaturou rovněž postačí prokázat, že je dáno riziko iuritate pravděpodobnost omezení soutěže. To si Tribunál potvrdil tím, že podíl Microsoftu rostl a podíly jeho konkurentů klesaly.

3.4.1.1.3. Absence objektivního ospravedlnění

Již bylo zmíněno, že objektivním ospravedlněním odmítnutí dodávat jsou závažné důvody na straně odběratele. Může jít o zadluženou společnost, společnost v insolvenční řízení, která neplní své závazky. Důvody na straně dominantního podniku mohou být plné využití kapacit pro své účely a obrana svých legitimních obchodních zájmů, která však musí být spravedlivá a přiměřená hrozbám. Dle mého názoru by dominantní podnik měl mít rovněž možnost bránit se s tím, že chce zúročit nákladné investice do výzkumu.

Každopádně platí, že pro odmítnutí dodávat musí být dán transparentní důvod a dominantní podnik musí bez zjevného důvodu jednat nediskriminačně. Judikatura mnoho úspěšných ospravedlnění neukazuje. Ba naopak, pokud jsou jednou splněny výše zmíněná kritéria, dominantní podnik se již těžko brání. Příkladem úspěšné obrany je případ *BP*,²³⁰ kdy tato společnost za první ropné krize nedostatek zásob řešila upravením stálých odběrů a odmítáním obásných. Soud zde zohlednil výjimečné okolnosti způsobené nedostatkem ropy a obranu BP uznal.

²²⁹ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007] ECR II-1501, op. cit., odst. 563.

²³⁰ Rozhodnutí Soudního dvora 77/77, *BP*, [1978] ECR 1513.

3.4.1.2. Druhy odmítnutí dodávat

3.4.1.2.1. Odmítnutí dodávat zboží i služby

Typickým příkladem odmítnutí dodávat je odmítnutí dodávat zboží i služby, které je skutečné i potenciální konkurenty dominantního podniku nezbytné pro jejich existenci. Může jít o situace, kdy dominantní podnik i jeho odběratel působí na stejném trhu, ať už jim však odmítnutí dochází, když odběratel působí na navazujícím trhu a dominantní podnik tam chystá expanzi nebo tam již v nějaké formě působí. Takovým příkladem bylo i první rozhodnutí v oblasti odmítnutí dodávat *Commercial Solvents*.²³¹

Tato společnost byla výhradním dodavatelem určitých chemických látek k výrobě léků. Poté, co se Commercial Solvents rozhodl vertikálně integrovat a začít produkovat tyto léky prostřednictvím svých poboček, přestal jimi zásobovat své odběratele, kteří pro něj neměli náhradu. Soud to považoval za ukázkový příklad zneužití v podobě odmítnutí dodávat, jehož cílem je vytlačení konkurentů na navazujícím trhu, což povede k eliminaci soutěže. Rozhodnutí Commercial Solvents začít vlastní produkci léků tak neospravedlnilo odmítnutí dodávat konkurenci nenahraditelné chemické látky potřebné pro jejich výrobu. Je zřejmé, že pro Soud bylo v daném případě podstatnější udržet postavení konkurentů Commercial Solvents na navazujícím trhu. Naopak v obecně se nezabýval možnými efektivnostmi například v podobě růstu spotřebitelského blahobytu.

Na závěr zbývá dodat, že zneužití se lze dopustit odmítnutím stávajícího i nového zákazníka, zboží i služby, konkurenta i nekonkurenta, na stejném i navazujícím trhu.

3.4.1.2.2. Odmítnutí dodávat jako odvetné opatření

Odmítnutí dodávat jako odvetné i preventivní opatření v případě ohrožení obchodních zájmů dominantního podniku SDEU teoreticky uznává jako objektivní ospravedlnění, avšak přitom však zkoumá jeho přiměřenost. V rozhodnutí *United Brands*²³² shledal jako nepřiměřené odmítnutí dodávat banány odběrateli Olesen, který se účastnil reklamní kampaně konkurenta United Brands společnosti Dole. Soud stanovil, že dodavatel známého a mezi zákazníky oblíbeného produktu nemůže přestat dodávat

²³¹ Rozhodnutí Soudního dvora 6/73 a 7/73, *Commercial Solvents*, [1974] ECR 223, op. cit.

²³² Rozhodnutí Soudního dvora 27/76, *United Brands Continental BV v. Komisař*, [1978] ECR 207, op. cit.

dlouhodobému odb rateli, pokud nep ekrá uje obchodních zvyklosti.²³³ Naopak nezohlednil, že mezi United Brands a Dole panovala obchodní válka, ani skute nost, že Olesen není v žádném konkuren ním vztahu k United Brands a není tedy z ejmé, jak by odmítnutím dodávek mohlo eliminovat sout ě. Nakonec banány lze t ěžko považovat za nepostradatelný produkt. Rozhodnutí jde daleko za hranu pot eby ochra ovat sout ě a spot ebitelů a významn ě zasahuje do smluvní svobody dominantního podniku. Lze doufat, že dnes by byl Soud opatrn ější, nebo rozhodnutí *United Brands* nespl ůje základní kritéria pro záv r o zneužití odmítnutím dodávek.

3.4.1.2.3. Odmítnutí p ístupu k podstatným za ízením (doktrína essential facilities)

Podstatná za ízení jsou ty za ízení nebo infrastruktura ovládána dominantním podnikem, která jsou st ěžejší a nezbytná pro konkurenty, kte í chtějí p sobit na stejném trhu jako dominantní podnik. Bez t chto za ízení nemohou konkurenti poskytovat své služby a zároveň jde o za ízení, které nelze i lze pouze velice obtížn ě paraleln ě vybudovat. D vodem mohou být p ekážky ekonomické, právní i fyzické. Typicky jde například o p ístavy, letišt ě, p enosové a rozvodné sít ě i železnice. Podle SDEU je za ízení podstatné, pokud za n ě neexistuje náhrada, pouhá nevýhoda vyplývající z odmítnutí za ízení poskytnout nesta í.

Doktrína *essential facilities* úzce souvisí s liberalizací trh ů, které byly do nedávné doby ovládány monopoly, jejichž postavení bylo zpravidla zákonem garantováno. Typicky šlo o letecký, železni ní, energetický i telekomunika ní sektor. Cílem liberalizace bylo do t chto sektor ů zavést konkuren ní prost edí, což povede k zvyšování kvality a snižování cen. Samotná formální liberalizace by však požadované ú inky nep inesla, pokud by bývalé monopoly m ěly volnou ruku, zda a za jakých podmínek nové konkurenci zp ístupní podstatná za ízení a infrastrukturu, která jim po liberalizaci z stala, p ítom však byla ěasto budována z ve ejných prost edk ů. Bez zp ístupn ění podstatných za ízení za p ím ěných podmínek by cíl liberalizace nemohlo být dosaženo. Jedním z prost edk ů se stalo i sout ěžní právo.

²³³ Tamtéž, odst. 182.

Doktrínu *essential facilities* však nelze spojovat pouze s liberalizovanými trhy, ale vztahuje se na každé podstatné zařízení a infrastrukturu. Mimo liberalizované trhy je však potřeba k její aplikaci postupovat velice opatrně, neboť se zasahuje do vlastnických práv dominantního podniku, který podstatné zařízení vybudoval z vlastních zdrojů. Přešlapaná aplikace doktríny *essential facilities* neboli nucení dominantních podniků postupovat jejich zařízení a infrastrukturu konkurenci by mohlo vést k útlumu investic do výzkumu a vývoje finančně a technologicky náročných produktů.

Lze pouze souhlasit s Areedou a jeho základními principy týkající se aplikace doktríny *essential facilities*. Za prvé, nesmí být dána obecná povinnost poskytnout přístup. Za druhé, zařízení je podstatné pouze tehdy, když bez něj konkurent nemůže působit na trhu a tento konkurent je stěžejní pro funkční soutěž na daném trhu. Za třetí, nikdo by neměl být nucen poskytnout přístup, pokud to podstatně nezlepší soutěž na daném trhu snížením cen nebo nárůstem produkce či inovací. Za čtvrté, odmítnutí přístupu nemělo být nikdy *per se* zakázané a dominantní podnik by měl možnost bránit se s poukazem na své obchodní zájmy. Za páté, úmysl dominantního podniku nemělo hrát roli. Záměr posilovat své postavení totiž nelze upírat jakémukoliv podniku.²³⁴

Z evropské praxe vyplývá princip, že vlastník podstatného zařízení za jistých okolností musí umožnit nediskriminačním způsobem přístup k podstatným zařízením a to jak stávajícím, tak novým zákazníkům. Naštiní se však ukazuje poměrně restriktivní přístup SDEU, a to zvláště pokud jde o podstatné zařízení, které dominantní podnik nezdědil z doby, kdy měl monopol. V případech *European Night Services*²³⁵ a *Bronner*²³⁶ SDEU jasně ukázal, že si plně uvědomuje rizika nadměrné aplikace doktríny *essential facilities*.

²³⁴ AREEDA P. Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust LJ* 58. 1990, s. 852-853 in JONES, A., SUFRIN, B., op. cit., s. 490.

²³⁵ Rozhodnutí Tribunálu T-374-375, 384, 388/94, *European Night Services*, [1998] ECR II-3141.

²³⁶ Rozhodnutí Soudního dvora C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs*, [1998] ECR I-07791, op. cit.

3.4.1.2.4. Odmítnutí dodávat a práva duševního vlastnictví (odmítnutí poskytnout licenci)

Vztah soutěžního práva a práva na ochranu duševního vlastnictví je velice problematický, protože každý obor cílí opačným směrem. SDEU práva duševního vlastnictví nepovažuje za podstatné zařízení ve smyslu doktríny *essential facilities*, ale na stejné rozhodnutí v oblasti ochrany práv duševního vlastnictví *Magill* se odvolával v případě *Bronner* (týkající se *essential facilities*), který se zasloužil v rozhodnutí *IMS Health*.²³⁷ Podle ustálené judikatury odmítnutí poskytnout licenci dominantním podnikem sice samo o sobě nemůže představovat zneužití, za určitých výjimečných okolností však tomu tak může být.²³⁸

Stejným případem je rozhodnutí *Magill*. Zde se irská společnost *Magill* snažila sestavit týdenní televizní program, ale televize ji odmítly svá programová schémata doplnit a každá si vydávala vlastní TV program obsahující pouze jejich pořady. V Irsku tak neexistoval prostředek, který by souhrnně obsahoval program všech dostupných TV. Soud zde za výše zmíněné výjimečné okolnosti, které ospravedlní prolomení ochrany práv duševního vlastnictví, považoval hned několik skutečností, na základě kterých došel k závěru o zneužití. Zaprvé, neexistovala náhrada za souhrnný TV program. Za druhé, díky odmítnutí poskytnout program televize zabránily vzniku nového produktu, po kterém nepochybně existovala poptávka. Za třetí, nebylo dáno objektivní ospravedlnění pro odmítnutí. Za čtvrté, televize vyloučily veškerou soutěž z trhu televizních programů.

V následujícím rozhodnutí *IMS Health* SDEU stanovil tři jasné podmínky, za jejichž splnění bude odmítnutí licencovat copyright za zneužití.²³⁹ Za prvé, musí být dán nový produkt. Za druhé, přístup k chráněným informacím musí být nepostradatelný, takže odmítnutí je poskytnout povede k vyloučení jakékoliv i veškeré soutěže. Za třetí, odmítnutí nebylo objektivně ospravedlněno. Je tedy nutno naplnit výše zmíněná základní kritéria, specifickou podmínkou pak je kritérium nového produktu. Ke vztahu

²³⁷ Rozhodnutí Soudního dvora C-418/01, *IMS Health*, [2004] ECR I-5039.

²³⁸ Rozhodnutí Soudního dvora 238/87, *Volvo*, [1988] ECR 6221, odst. 8-9., Rozhodnutí Soudního dvora C-241/91 P a C-242/91 P, *Magill*, [1995] ECR I-743, op. cit., odst. 49-50.

²³⁹ Rozhodnutí Soudního dvora C-418/01, *IMS Health*, [2004] ECR I-5039, op. cit., odst. 38.

soutěžního práva a ochrany práva duševního vlastnictví pak Soud poznamenal, že jediná situace, kdy požadavek volné soutěže může převážet práva duševního vlastnictví, je tehdy, když odmítnutí povede k utlumení rozvoje trhu s novým produktem k tíži spotřebitelů.²⁴⁰ Stejným kritériem je tak novost produktu.

V nejnovějším případě *Microsoft*²⁴¹ šlo o to, že Microsoft, první vstoupivší na trh s operačními systémy pro servery určené k podpoře pracovních skupin odmítl poskytovat svým konkurentům data potřebná pro dosažení interoperability mezi jejich serverovými operačními systémy a operačním systémem Windows. SDEU sice označil předem získaná data za duševní vlastnictví, ale *Magill/IMS Health* kritéria vyložil poměrně extenzivním způsobem. Jak již bylo zmíněno, nejprve rozšířil definici nepostradatelnosti.²⁴² Kritérium nového produktu pak vyložil jako omezování technologického rozvoje na úkor spotřebitelů,²⁴³ což samozřejmě představuje daleko širší pojem než nový produkt. Soud zároveň předpokládal, že předstup k datům nepovede ke kopírování produktů Microsoft, ale ke snaze konkurentů je překonat. Obranu Microsoftu, že povinnost poskytovat konkurentům svá data bude mít negativní dopady na inovace, Soud odmítl jako vágní a teoretickou,²⁴⁴ což poněkud kontrastuje s tím, jak lehce se nechal Soud přesvědčit, že dochází k omezování technologického rozvoje. K závěru o zneužití rovněž nepochybně dospělo i kvazimonopolní postavení Microsoftu, nebo vyloučení efektivní soutěže v takovém případě mnohem pravděpodobnější.

3.4.2. Pokyny Komise

Komise se na úvod zavazuje ctít princip smluvní svobody a povinnost zajistit dodávky ukládat pouze po pečlivém zvážení, nebo si uvědomuje rizika v podobě snížení pobídek k investicím na straně dominantního podniku a možnost parazitování ze strany konkurentů.²⁴⁵ Tyto negativa ovšem Komise nebude zohledňovat v případech, kdy je již

²⁴⁰ Tamtéž, odst. 48.

²⁴¹ Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007] ECR II-1501, op. cit.

²⁴² Tamtéž, odst. 355.

²⁴³ Tamtéž, odst. 646-647.

²⁴⁴ Tamtéž, odst. 698.

²⁴⁵ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vyloučující ostatní soutěžitele ze dne 24.2.2009, Úř. v. st. 2009, C 45. op. cit., odst. 75.

povinnost dodávat n jak regulována i dominantní postavení podniku vyplývá p edevším z d ív jšího státem garantovaného výsadního postavení i bylo financováno z veřejných prostředků. Komise tedy rozlišuje situace, kdy dominantní podnik dosáhl svého postavení vlastními prostředky a kdy jde typicky o bývalý státní monopol na liberalizovaném trhu, což je krok správným směrem.

Pokyny se zabývají pouze odmítnutím dodávat na navazujícím trhu, pí emž pro hodnocení oprávněnosti odmítnutí Komise do značné míry vychází z judikatury. Posuzovat bude (i) objektivní nutnost vstupu, (ii) vyloučení úinné hospodářské soutěže, (iii) poškození spotřebitelů a (iv) efektivnost. Kritéria se uplatní jak na odmítnutí nových, tak stávajících zákazníků s tím, že druhé lze považovat za závažnější.

Vnímání objektivní nutnosti vstupu vychází z *Microsoftu*. Komise bude posuzovat, zda vstup může být v dohledné době konkurentem reprodukován takovým způsobem a v míře, že bude schopen na dominantní podnik vyvíjet konkurenční tlak na navazujícím trhu.²⁴⁶ Nebezpečí vyloučení efektivní soutěže dle Komise je vyšší, čím vyšší je podíl dominantního podniku na trhu. Pokud jde o poškození spotřebitelů, Komise bude zkoumat, zda nepříznivé důsledky odmítnutí dodávat plynoucí pro spotřebitele převáží negativní důsledky uložení povinnosti dodávat, což se stane, zejména pokud se v důsledku odmítnutí na trh nedostane nový, inovativní produkt.²⁴⁷ Pokyny nakonec připouští objektivní ospravedlnění v podobě dosahování efektivností, čímž má Komise na mysli především dosahování návratnosti investic.

Komise v Pokynech jasně vychází z judikatury, a to především z rozhodnutí *Microsoft*, které poněkud rozvolnilo některé základní kritéria stanovená v rozhodnutí *Brunner*, a to zejména podmínku nepostradatelnosti. Dále se zdá, že podmínka nového produktu, která by specifikem odmítnutí v oblasti práv duševního vlastnictví, bude ve spojitosti se spotřebitelským blahobytem hrát roli i v jiných případech odmítnutí. Samotné blahobyt spotřebitelů se pak z důvodu Pokynů zdá být v oblasti odmítnutí dodávat stejně významným kritériem. Až budoucí praxe však ukáže, zda bude spotřebitelský blahobyt skutečně samostatně zkoumán, nebo bude újma spotřebitelům jako doposud v podstatě automaticky odvozována z újmy soutěži.

²⁴⁶ Tamtéž, odst. 83.

²⁴⁷ Tamtéž, odst. 86.

3.4.3. Odmítnutí dodávat v českém kontextu

V rozhodovací praxi ÚOHS se vyskytlo hned několik případů odmítnutí dodávat v etn odmítnutí p ístupu k podstatným za ízením. Typickým p ípadem byl *eská rafinérská*.²⁴⁸ Tato společnost p erušila dodávky sesterské společnosti Chemopetrol, která na nich byla závislá. Byl to však Chemopetrol, který jako první vypov d l smlouvu kvůli spor m o cen . Bez ohledu na to Ú ad shledal v náhlém, by krátkodobém, ukon ení dodávek zneužití, kterým si *eská rafinérská* chce vynutit výhodnější podmínky v budoucí smlouv s Chemopetrolelem. Na p ípadu je však zajímavější skute nost, zda se lze v bec dopustit zneužití v rámci koncernu, který z hlediska sout žního práva p edstavuje jednu entitu.

Zvláštní formou odmítnutí, které se v R vyskytlo, je tzv. pohodlný život. Toto jednání spo ívá v ne innosti dominantního podniku, která zp sobuje újmu spot ebitel m a p ítom po n m lze spravedliv p ožadovat aktivitu. Ve v ci *Škoda automobilová*²⁴⁹ tato společnost nezajistila výrobu náhradních díl na starší vozidla (sama i licenci), p estože se jich ješt ada vyskytovala v provozu. Podle Ústavního soudu si Škoda m la zorganizovat výrobu tak, aby zajistila výrobu náhradních díl tak, aby bylo možné její výrobky užívat po dobu jejich životnosti. Toto rozhodnutí by bylo na evropské pom ry standardní, pokud by šlo o odmítnutí poskytnout licenci k výrob náhradních díl ,²⁵⁰ zde však Ústavní soud p ímo ur uje, co m la Škoda vyráb t, a významn tak zasahuje do obchodního vedení společnosti.

Odmítnutí poskytnout p ístup k podstatnému za ízení Ú ad a eské soudy zkoumaly v p ípad *SAD Liberec*,²⁵¹ kde bylo p edm tem sporu, zda je autobusové nádraží podstatným za ízením i nikoliv. *SAD Liberec* vlastnily liberecké autobusové nádraží, na které odmítaly p ípustit společnost Student Agency, p estože jiným dopravc m tuto

²⁴⁸ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 30.10.2002, .j. S 142/02, Rozhodnutí p edsedy ÚOHS ze dne 16.5.2003, .j. R 73/2002, Rozsudek NSS .j. 5 Afs 21/2010-295 ze dne 13.4.2011 (*eská rafinérská*).

²⁴⁹ Rozsudek Vrchního soudu sp.zn. 2A 6/96 ze dne 14.11.1996, Nález ÚS sp. Zn. III ÚS 31/97 (*Škoda automobilová*).

²⁵⁰ Nap íklad Rozhodnutí Soudního dvora 238/87, Volvo, [1988] ECR 6221, op. cit.

²⁵¹ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 6.6.2005 .j.: S 12/05, Rozhodnutí p edsedy ÚOHS ze dne 15.5.2006, .j.: R 10/2005, Rozsudek KS v Brn sp. zn. 62 Ca 27/2006 ze dne 6.4.2007, Rozsudek NSS, .j. 8 Afs 48/2007-235 ze dne 26. 4. 2010 (*SAD Liberec*).

možnost umožňovaly. Důvodem byl záměr Student Agency spustit linku Liberec-Praha, kterou provozovaly rovněž SAD Liberec.

Bylo shledáno, že SAD Liberec se dopustila zneužití, které by se ovšem dalo charakterizovat jako jednání naplňující znaky diskriminace vůči Student Agency a také k újmu spotřebitelů. Z hlediska doktríny *essential facilities* však Úřad konstatoval, že autobusové nádraží není podstatným zařízením a autobusová doprava se dá provozovat i bez jeho služeb.²⁵² Dá se tedy říct, že Úřad zaujal ve shodě s evropskou praxí velice restriktivní přístup k aplikaci doktríny *essential facilities*.

Nutno dodat, že na rozdíl od článku 102 je odmítnutí poskytnout přístup k podstatným zařízením výslovně uveden v demonstrativním výčtu zneužívajících jednání uvedených pod generální klauzulí v § 11 OHS. Dle dikce zákona rovněž český zákonodárce chápe práva duševního vlastnictví jako obdobu *essential facilities*, čemuž se evropská judikatura vyhýbá.

3.5. Excesivní ceny

Excesivními cenami v širším smyslu lze rozumět ceny, které jsou (i) příliš vysoké (i nízké) ve vztahu ke spotřebitelům – tedy vykořisťující, (ii) predátorské, neboli příliš nízké, které jsou zaměřeny vůči konkurenci – tedy vylučující a (iii) diskriminativní, tedy ceny, které jsou rozdílné pro různé odběratele při stejném i obdobném plnění a mohou se vztahovat jak na konkurenci i spotřebitele. Predátorské ceny a diskriminace jsou pojednány v samostatných kapitolách. Zde tak budou rozebrány pouze excesivní ceny v užším smyslu, tedy příliš vysoké ceny.

Z ekonomického hlediska lze excesivní ceny definovat jako ceny, které jsou nastaveny nad svou tržní úroveň. Nejsou tak především výsledkem sčtu nabídky a poptávky, ale spíše jednostranným rozhodnutím dominantního nebo monopolního podniku. Základní ekonomickou poučkou v případě monopolu pak je, že monopolní ceny budou vždy vyšší, než jsou ceny na vysoce konkurenčních trzích. Excesivní ceny tak jsou nejzjevnějším způsobem, jakým dominantní podnik může zneužít své postavení.

²⁵² Rozhodnutí ÚOHS ze dne 6.6.2005, j.: S 12/05, s. 21.

Zároveň se však u žádné jiné praktiky tolik nenabízí otázka, zda-li je vůbec prostředky soutěžního práva postihovat.

Podnět je v podmínkách tržní ekonomiky nesmírně obtížné stanovit hranice excesivních cen a způsob jejich zkoumání. S tím souvisí skutečnost, že k posouzení excesivních cen bude potřeba obrovské množství informací, které se právě v podmínkách tržní ekonomicky těžko shromáždí. Pokud soutěžní autority stanoví pevné hranice, budou působit jako cenoví regulátoři, v opačném případě i *ad hoc* posuzování zase nastává právní nejistota. Ta se může odrazit ve zvýšené opatrnosti dominantních podniků k vývoji a výzkumu, nebo jim bude hrozit, že náklady na vývoj nebudou moci dostatečně přivést do prodejních cen. Možnost realizovat dostatečný zisk z nového produktu, který si vyžádal nemalé náklady na vývoje, je motorem inovací a ekonomického růstu.

Dále lze za jistých okolností excesivní ceny považovat za prosoutěžní. Monopolní ceny přitahují novou konkurenci nabízející nižší (tržní) ceny a vedou k inovacím, čímž se posiluje soutěž, výsledkem by pak mohlo být snižování cen v rámci konkurenčního boje. Alespoň teoreticky tak excesivní ceny představují přirozený a zdravý tržní jev, se kterým se trh vyrovnává. Monopolní cena může být pouze přechodná, v dlouhodobém hledisku je totiž pro toho, kdo ji uplatňuje nevýhodná. Nakonec je možno postih excesivních cen považovat za nespravedlivé trestání dominantních podniků za jejich úspěchy. K tomu se však dá namítnout, že i dominantní podniky i monopol své postavení nezískala v důsledku soutěže a vlastní efektivity v ní.

Pro postih excesivních cen naopak mluví především důvody politické a společenské, kdy je na dominantní podniky obecně nahlíženo s nedvěrou a je poptávka po jejich regulaci. Z hlediska soutěžního práva je však relevantní až argument poukazující na to, že může být rozdíl mezi ekonomickou teorií a objektivní realitou, neboli ne vždy excesivní ceny budou znamenat vstupu nové konkurence na trh. Pokud jsou dány objektivní i subjektivní vysoké bariéry vstupu nebo je jinak narušená struktura trhu tak, že excesivní ceny nevedou ke vstupu nových konkurentů na trh, může být intervence proti excesivním cenám ospravedlnitelná a dokonce žádoucí.

I tak ovšem zůstává problém v podobě nastavení legálního testu pro posuzování excesivních cen. Nelze se tedy divit, že soutěžní autority se aplikací postihu za excesivní ceny vyhýbají, v USA taková skutková podstata není a v EU bylo minimum případů. Komise se raději zaměřuje na vylučovací praktiky, které excesivní ceny provázejí. Anebo rovnou volí jiné nástroje než soutěžní právní, a to legislativní, tedy primární regulace *ex ante*. Tak například vysoké ceny za roaming Komise neřešila aplikací soutěžních právních norem, ale zmocnou působení příslušného nařízení.

3.5.1. Posuzování excesivních cen dle judikatury SDEU

SDEU v rozhodnutí *General Motors*²⁵³ uznal, že excesivní ceny mohou představovat zneužití, a koliv v konkrétním případě závěr Komise o zneužití odmítl. Poměrně vágně stanovil, že o zneužití jde, pokud excesivní ceny budou bez poměrného poměru k hospodářské hodnotě poskytnutého plnění.²⁵⁴ Nabízí se zde otázka, jak lze v tržní ekonomice posoudit hospodářskou hodnotu jinak než pomocí ceny, kterou za ní jsou zákazníci ochotni zaplatit. Z toho by vyplývalo, že jakákoliv regulace soutěžním právem je zde zbytečná.²⁵⁵

Každopádně SDEU toto pravidlo potvrdil v následujícím rozhodnutí *United Brands*²⁵⁶ a dále definoval dvoufázový test pro posouzení, kdy excesivní ceny představují rovněž zneužití. V prvním kroku je nutná důkladná analýza nákladů a cen. Pouze tak je možné určit, zda rozdíl mezi skutečnými náklady a požadovanou cenou je excesivní. Pokud tomu tak je, následuje druhý krok, kdy je potřeba zkoumat, zda je cena rovněž nespravedlivá (*unfair*), a to buď sama o sobě, nebo ve srovnání s obdobnými produkty.²⁵⁷ Jde o významnou korekci, nebo podle Soudu jakkoliv nepřiměřeně vysoká cena sama o sobě představuje zneužití.

V případě *United Brands* se ceny mezi jednotlivými členskými státy lišily až o 138 % a dle Komise tak šlo o zneužití. Ve srovnání s cenami největších konkurentů však byly

²⁵³ Rozhodnutí Soudního dvora 26/75, *General Motors Continental NV v. Komise*, [1975] ECR 1367.

²⁵⁴ Tamtéž, odst. 12.

²⁵⁵ Jiným případem mohou být státní monopoly, kde však stát užívá jiných prostředků než soutěžní právo.

²⁵⁶ Rozhodnutí Soudního dvora 27/76, *United Brands Continental BV v. Komise* [1978] ECR 207. op. cit.

²⁵⁷ Tamtéž, odst. 252.

ceny United Brands v jednotlivých členských státech vyšší v průměru pouze o 7%.²⁵⁸ Ceny United Brands tak neprošly testem a Soud zrušil rozhodnutí Komise. Nutno dodat, že Soud neodmítl samotné porovnávání cen mezi jednotlivými členskými státy, ale formalistický způsob, jakým to Komise provedla.

Test vyvinutý Soudem zvyšuje práh pro zásah Komise, což lze v případě tak problematické činnosti jako je regulace cen pouze ocenit. Na druhou stranu definovaná kritéria otevírají řadu dalších otázek. Předně nestanovují hranice, kdy lze ceny považovat za excesivní, což ale zřejmě není v tržní ekonomice možné. Dále nebylo určeno, jak konkrétně provádět analýzu nákladů a cen a co do ní zahrnout. Speciálně v oblastech nových technologií bude nutné zahrnovat i náklady na výzkum a to včetně těch, které nevedou ke komerčnímu využití.

Nakonec není zřejmé, jak se posuzuje nespravedlnost ceny. Soud se pouze omezil na konstatování, že způsob je mnoho, ale žádný nevymezil.²⁵⁹ Jedním z možných způsobů vyplývajících z judikatury je porovnávání. V rozhodnutí *Pompes Funebres des Regions Libérées*,²⁶⁰ které se zabývalo cenami za pohřební služby u podniku, který měl garantované monopolní postavení na místním trhu, Soud porovnával tyto ceny s cenami v místech, kde pohřební služby nebyly koncesovány jednomu poskytovateli, aby zjistil, zda jsou spravedlivé. Vzhledem k restriktivnímu postupu Komise i Soudu k postihu excesivních cen lze každopádem usuzovat, že by dle kontextu muselo jít o zjevnou nespravedlivost cen.

3.5.2. Excesivní ceny v českém kontextu

Podobně jako Komise se ani Úřad do postihu excesivních cen příliš nepouští. Jako příklad bývá uváděn případ *UPC*.²⁶¹ Jeho zvláštností je, že v podstatě šlo o zneužití v podobě predátorských cen, nebo, jak shledal Úřad, společnost uplatňovala podnákladové ceny s cílem ovládnout trh. Později pak UPC zvýšila ceny o 300%. Úřad se zde zaměřil právě na postih tohoto zvýšení, které způsobilo újmu spotřebitelům a

²⁵⁸ Tamtéž, odst. 266.

²⁵⁹ Tamtéž, odst. 253.

²⁶⁰ Rozhodnutí Soudního dvora 30/87, *Bodson v. Pompes funèbres des regione libérées SA*, [1988] ECR 2479.

²⁶¹ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 22.12.2000, sp. zn. S 85/00.

keré si podle n j mohl dovolit pouze podnik v dominantním postavení. A koliv tedy Ú ad vid l jako problematické celé jednání UPC v etn predátorských cen, postihl pouze následné navýšení jako excesivní cenu.

3.6. Diskriminace

Diskriminace znamená uplat ování rozdílných podmínek ve stejné i obdobné situaci, p i emž se m že vztahovat jak na konkurenci, nekonkuren ní podniky i spot ebitele. Touto definicí p esahuje standardní d lení protisout žních praktik na cenové a necenové i na vylou ující a vyko is ující. Svým zp sobem se pod ní dají pod adit všechny výše popsané praktiky, v judikatu e SDEU je však diskriminace postihována jako samostatná forma zneužití.

Diskriminaci lze shledat prakticky ve všem a vždy. Faull a Nikpay se proto snaží nastavit ur itá kritéria. Uvád jí, že diskriminace m že nastat pouze p i spln ní t ech p edpoklad . Za prvé, diskriminace se m že dopustit pouze dominantní podnik s významnou tržní silou. Na trzích, kde panuje ú inná sout ž, je pojmov vylou ena. Za druhé, musí existovat skupiny zákazník s r znou elasticitou poptávky. Za t etí, možnost p eprodeje mezi t mito skupinami je vylou ena. Ani p i spln ní t chto podmínek však nemusí jít o protisout žní jednání, nýbrž je nutno materiáln zkoumat, zda-li je dán skute ný protisout žní charakter diskriminace.²⁶²

S tímto (výše uvedeným) pohledem se ztotož uji. V oblasti sout žního práva je nutno k diskriminaci p istupovat velice obez etn . Ne každé rozdílné jednání je diskrimina ní a dále ne každá diskriminace je protisout žní. Nediskrimina ní rozdílné podmínky mohou být dány adou skrytých náklad , které nemusí být p i obdobném pln ní na první pohled z ejmé. Nap íklad výrobce bude mít v tší náklady s adou malých pr b žných objednávek, než s jednou dop edu danou velkou, by by ve výsledku šlo nakonec o stejné množství. V druhém p ípad totiž m že výrobu naplánovat a kalkulovat s úsporami z rozsahu.

Nejd ležit jší však je, že diskriminace nemusí být vždy protisout žní. Naopak ekonomové se shodují, že diskriminace dokonce m že zvyšovat efektivnost.

²⁶² FAULL, J., NIKPAY, A., op. cit., s. 174.

Diskriminace tedy může být ekonomicky přínosná. Podnik může nastavit svou cenovou politiku tak, že jsou dány skupiny zákazníků s různou cenovou sensibilitou. Příkladem mohou být studentské a důchodcovské zvýhodnění. Výsledkem je zvýšená produkce podniku, tedy zvyšování efektivity, a růst spotřebitelského blahobytu, protože produkt je dostupný i pro skupiny, které by jinak za nediskriminovanou cenu nemohly dovést.

Teorie rozlišuje diskriminaci na dvě základní formy. První je diskriminace v primární rovině, která je namířena proti jiným konkurentům dominantního podniku. Typickým příkladem jsou predátorské ceny. Druhou je diskriminace v sekundární rovině, kdy dominantní podnik uplatňuje vůči svým zákazníkům, kteří jsou vzájemnými konkurenty na navazujícím trhu, bezdůvodně rozdílné ceny a tím narušuje, které poškozují. Tomuto odpovídá text článku 102 písmeno c). Dále je nutno uvést diskriminaci, která cílí na spotřebitele a má vykořisťovací charakter.

3.6.1. Posuzování diskriminace dle judikatury SDEU

3.6.1.1. Diskriminace dle článku 102 písmeno c)

Nejméně je postihovanou formou diskriminace je diskriminace, která odpovídá znění článku 102 písmeno c). Jde o diskriminaci v sekundární rovině, kdy je za zneužití považováno uplatnění odlišných podmínek vůči obchodním partnerům při ekvivalentních transakcích, čímž jsou narušeny i znevýhodnění v hospodářské soutěži.

3.6.1.1.1. Ekvivalentní transakce

Pro posouzení, zda jsou transakce ekvivalentní, nestačí pouze srovnat náklady, je nutno zkoumat celkovou povahu produktu a služby, které je předmětem transakce. Stejně relevantními faktory jako náklady tak budou obchodní podmínky, rozsah marketingové podpory, doba uzavření transakce, vzájemné postavení stran nebo kvalita, funkčnost a složení produktu. Na druhou stranu ekvivalentní neznámá identická. Jak poznamenává Petr, praxe Komise vycházela z názoru, že ekvivalentnost transakce je

poté by se posuzovat s ohledem na cíle SFEU, aby bylo zabráněno znevýhodnění obchodních partnerů v soutěži.²⁶³

V případě *Clearstream*²⁶⁴ SDEU považoval za ekvivalentní transakce vnitrostátní a přeshraniční zútvornění a vypořádání obchodů s cennými papíry. Podobně již dříve SDEU rozhodl v případech *Corsica Ferries*²⁶⁵ a *Deutsche Bahn*,²⁶⁶ kde mezinárodní prvek nebyl shledán jako důvod pro odlišnost transakcí.

3.6.1.1.2. Uplatnění odlišných podmínek

Pokud je dána ekvivalentní transakce je třeba zkoumat, zda-li nedošlo k uplatnění rozdílných podmínek. V již zmíněném případě *Clearstream* byla za přeshraniční zútvornění vyšší ceny bez objektivního důvodu a bez jakýchkoliv výhod pro zákazníky. V případě *British Airways* bylo shledáno, že *British Airways* zneužily dominantní postavení nejen prostřednictvím výnosných rabatů, ale také diskriminací. Zprostředkovatelé totiž dostávali za stejných podmínek různé úrovně rabatů.

V případě *Portuguese Airports*²⁶⁷ poskytoval letištní operátor slevy na poplatcích podle počtu letů. S jejich rostoucím počtem rostla i výše slevy. Podle SDEU byl systém sice dovoleným množstevním rabatem, ale přesto šlo o diskriminaci, protože ve skutečnosti na nejvyšší úrovni slev pravidelně dosáhli pouze domácí letecké společnosti. Pravidla pro poskytování množstevních rabatů nesmějí být výsledkem diskriminace.²⁶⁸

3.6.1.1.3. Znevýhodnění v hospodářské soutěži

Toto kritérium není Komisí ani Soudem příliš analyzováno. K naplnění tohoto kritéria musí být dotčení zákazníci dominantního podniku v konkurenčním vztahu. Pouze v takovém případě může uplatnění rozdílných podmínek v období plnění vést ke znevýhodnění některých zákazníků na navazujícím trhu. Objevily se však i případy, kde

²⁶³ PETR, M. a kolektiv, op. cit., s. 348.

²⁶⁴ Rozhodnutí Tribunálu T-301/04, *Clearstream*, [2009] ECR II-3155, op. cit.

²⁶⁵ Rozhodnutí Soudního dvora C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl. V. Corporazione del Piloti del Porto Genova*, [1994] ECR I-1783.

²⁶⁶ Rozhodnutí Tribunálu T-229/94, *Deutsche Bahn*, [1997] ECR I-1689.

²⁶⁷ Rozhodnutí Soudního dvora C-163/99, *Portugalsko v. Komise*, [2001] ECR I-2613, op. cit.

²⁶⁸ Tamtéž, s. 50.

nebylo vůbec požadováno. V *United Brands* byla diskriminace shledána bez ohledu na skutečnost, že koncoví prodejci banánů v různých členských státech nepochybně nebyli ve vzájemném konkurenčním postavení. Podobně toto kritérium absentovalo v případech *Corsica Ferries*. V případě *Deutsche Post*,²⁶⁹ kde šlo o ceny útované koncovým spotřebitelům, kteří si pochopitelně vzájemně nekonkurují, si Komise pomohla odkazem na generální klauzuli. V případech, kdy jde o vykořisťující jednání dominantního podniku, tak nemusí být kritérium znevýhodnění v hospodářské soutěži naplněno.

Přesto je nutno obecně trvat na tom, že uplatnění rozdílných podmínek při obdobném plnění, musí znamenat rovněž znevýhodnění v hospodářské soutěži. V opačném případě by totiž diskriminace neměla žádný negativní dopad. Lze tak pouze přivítat, že novější judikatura jde tímto směrem. V *British Airways* Soudní Dvůr stanovil, že k zneužití dominantního postavení v podobě diskriminace nestačí pouze diskriminace samotná (rozdílné podmínky při stejném plnění), ale podmíněné jednání musí rovněž směřovat k narušení hospodářské soutěže,²⁷⁰ jinými slovy k znevýhodnění v hospodářské soutěži.

V případě *British Airways* bylo znevýhodnění v hospodářské soutěži spatřováno v tom, že zprostedkovatelé dostávali odlišné úrovně rabatů. Samotné rozdíly v bonusech však SDEU nezkontroloval a uzavřel s tím, že postačí samotná možnost, že dojde ke znevýhodnění.²⁷¹ V případě *Clearstream* Tribunál jasně stanovil, že dominantní podnik nemůže používat umělé cenové rozdíly, které mohou způsobit znevýhodnění jeho zákazníků a narušit hospodářskou soutěž.²⁷² Stejně jako v *British Airways* však odmítl provést hlubší analýzu znevýhodnění, když se omezil na tvrzení, že použití rozdílných cen za rovnocenné služby po dobu pěti let *nemohlo způsobit znevýhodnění téhož partnera*.²⁷³

²⁶⁹ Rozhodnutí Soudního dvora C-147 a 148/97, *Deutsche Post*, [2000] ECR I-825

²⁷⁰ Rozhodnutí Soudního dvora C-95/04 P, *British Airways*, [2007] ECR I-2331, op. cit., odst. 144.

²⁷¹ Tamtéž, odst. 148.

²⁷² Rozsudek Tribunálu T-301/04, *Clearstream*, [2009] ECR II-3155, op. cit., odst. 169-170.

²⁷³ Rozhodnutí Soudního dvora C-95/04 P, *British Airways*, [2007] ECR I-2331, op. cit., odst. 194.

3.6.1.2. Geografická diskriminace

Geografická diskriminace je diskriminace podle území, tj. odlišný přístup při obdobném plnění pro různé státy. Její potírání má v evropském soudním právu speciální postavení, protože rozdílný přístup v jednotlivých členských státech EU není pouze v rozporu s pravidly hospodářské soutěže, ale také proti základnímu cíli evropské integrace – vybudování jednotného vnitřního trhu. Umlé cenové a jiné rozdíly například členskými státy Unie musí být zrušeny. Komise a následně SDEU zde zkoumá, zda je rozdílný přístup, zejména rozdílné ceny, objektivně odvoditelné.

3.6.2. Diskriminace v českém kontextu

Diskriminace je jednou z nejčastějších praktik, kterou se Úřad a české soudy zabývají.²⁷⁴ Jak však připomínají autoři Munková, Kindl a Svoboda, Úřad i české soudy volily značně formalistický přístup a diskriminativní jednání zakazovaly často jen pro formu, aniž by zkoumaly negativní efekty na hospodářskou soutěž. Používaly při tom poměrně vágního konceptu přijatelného cenového rozmezí, podle kterého dominantní podnik musel držet ceny v rámci určitého rozpětí bez ohledu na reálné podmínky.²⁷⁵ Úřad zde jednal v podstatě jako cenový regulátor. Lze doufat, že se ÚOHS i české soudy vydají cestou evropské praxe a začnou rovněž zkoumat kritérium znevýhodnění v hospodářské soutěži a jeho materiální naplnění.

Typickým příkladem je případ *Linde Gas a.s.*²⁷⁶ Tato společnost zavazovala své zákazníky k výhradnímu odběru technického plynu od ní a dále se dopouštěla diskriminace tím, že účtovala rozdílné ceny za srovnatelné plnění bez objektivního důvodu. Společnost se bránila tím, že neuplatňovala sankci v případě nedodržení výhradního odběru a dále, že konkurentům Linde Gas se dařilo zneužívající praktiky překonávat a na trhu panovala silná soutěž. Petr považuje rozhodnutí *Linde Gas* za příklad stále panujícího formalismu. Pokud jde totiž o formu, zjevně šlo o ukázkové praktiky výhradních dohod a diskriminace, ale pokud by Úřad analyzoval efekty těchto

²⁷⁴ PETR, M. a kolektiv. op cit., s. 353.

²⁷⁵ MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P., op. cit., s. 296-297.

²⁷⁶ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 17.1.2008, j. S 199/2002, Rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 14.3.2008 j. R 035/2008/01 a Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 35/2008 (*Linde Gas*).

praktik, z e jm by došel k záv ru, že se minuly ú inkem a k omezení hospodá ské
sout že v jejich d sledku nedošlo.²⁷⁷

²⁷⁷ PETR, M. a kolektiv. op cit., odst. 372-373.

Závěr

Tímto dílem této práce bylo cílem v analýze pojmu zneužití a jednotlivých zneužívajících praktik. V tomto smyslu byl proveden rozbor definic znaků zneužití podle definice zneužití podané v *Hoffmann-La Roche*. V návaznosti na pojem zneužití byly přiblíženy koncepty, se kterými pracovala Komise v Pokynech v rámci její snahy o odklon od formalistického posuzování zneužití, a dále také možnosti objektivního ospravedlnění zneužití. V obou případech bylo rovněž poukázáno na problémy s jejich uplatněním. Následně byly rozebrány jednotlivé zneužívající praktiky. Po úvodní charakteristice a poukázání na sporné body, následoval rozbor testů, které pro posuzování používá SDEU. To je nakonec možno u vybraných praktik porovnat s postupem, který volí Komise v Pokynech.

Širším cílem práce bylo zasadit získané poznatky do kontextu v podobě cíle článku 102 a metody jeho aplikace. Tím je myšleno zejména zkoumání účinnosti cíle dosavadní aplikace článku 102, jak se projevují modernizační snahy a zda-li jsou vůbec možné. Jako východisko byly v práci přiblíženy dva základní cíle – ordoliberalní ekonomická svoboda chránící soutěž jako proces a spotřebitelský blahobyt chránící soutěž jako výsledek v podobě benefitů. Bylo zároveň konstatováno, že jejich sloučitelnost je značně problematická, nebo vycházejí z odlišných hodnotových zdrojů. Jako základní metoda byl představen formalistický přístup, který určuje typová jednání z podstaty považuje za zneužívající, a přístup založený na zkoumání následků, který pro závěr o zneužití požaduje prokázání skutečných negativních dopadů na hospodářskou soutěž.

Judikatura SDEU jednoznačně vychází z ordoliberalního přístupu, jehož cílem chránit strukturu trhu před zneužívajícím jednáním dominantního podniku. Stejně pojmy zneužití dovozené z jeho definice to jednoznačně potvrzují. Zejména koncept zvláštní odpovědnosti dominantního podniku je kvintesencí ordoliberalní nedvěry k dominantním podnikům, který je *a priori* chápán jako potenciální nebezpečí pro hospodářskou soutěž. Má proto speciální kontinuální odpovědnost zachovávat alespoň danou úroveň soutěže a je mu odepřena taková svoboda při určování cen, výběru obchodních partnerů a obraně svých obchodních zájmů jakou má nedominantní podnik. Stejně povahy je chápání zneužití jako objektivního konceptu, podle kterého se dominantní podnik může dopustit zneužití, i pokud to není jeho cílem.

Soutěž na základě výkonu pak spojuje ordoliberalismus a formalistický přístup, když se předpokládá, že lze najít jasnou dělící čáru mezi prosoutžním a protisoutžním jednáním. S tím souvisí možnost objektivní ospravedlnění v podobě obrany obchodních zájmů dominantního podniku, kterou Soud sice teoreticky uznává, v praxi však téměř nikdy neprokáže. Skutečnost, že není možné prokázat skutečný protisoutžní účinek, ale postačí hrozba jeho vzniku, respektive že jednání vede k uzavření trhu, již je toho schopné, je pak přímým protikladem přístupu založeného na zkoumání následků. Tento nízký práh důkazního břemene kontrastuje s takřka neúnosnými nároky, které Soud klade na dominantní podniky v případě obrany.

Judikatura z poslední doby ukazuje, že SDEU považuje výše uvedené východiska za platná. Vychází se z ordoliberalních předpokladů, že narušení struktury trhu automaticky znamená újmu spotřebitelům, že existuje jasná dělící linie mezi soutžním a protisoutžním jednáním, že je dána přímá úměra mezi strukturou trhu a úrovní soutěže a že čím větší podíl dominantního podniku, tím větší zvláštní odpovědnost a zároveň větší pravděpodobnost, že bude shledáno zneužitím. Soud stále pracuje s formalistickými předpoklady nebo *per se* závazky, kterých se v případě odmítnutí dodávat dokonce v rozhodnutí Microsoft dokonce rozvolnil pomocí přesná kritéria pro závazek, že odmítnutí znamená zneužití.

Spotřebitelský blahobyt je sice opakovaně zmínován a deklarován jako hodnota, kterou článkem 102 chrání, ale je pevně podřízen cíli v podobě ekonomické svobody a z jejího ohrožení je bez dalšího presumována i újma spotřebitelům. Podle Soudu je totiž spotřebitelský blahobyt důsledkem ochrany procesu a struktury soutěže. Jinými slovy, mezi spotřebitelským blahobytem a ekonomickou svobodou není rozpor, neboť první je garantováno druhým. Nadto Soud jasně odmítl nabídku Komise k provádění analýzy následků. V případě *Microsoft* Komise přišla s mnohem větší důrazem na analýzu efektů a tedy ústupem od *per se* závazků vázaných dohod, Tribunál však tento přístup odmítl, aby podpořil závazek Komise o zneužití. Je tedy zřejmé, že SDEU zatím obecně modernizační snahy nepřijal. Komisi tím staví do velmi obtížné pozice, neboť, jak konstatoval generální advokát Mazák, Pokyny nemohou SDEU vázat, ale u podniků mohou vyvolávat legitimní očekávání, které Komise nemůže bez vážných důvodů

nenaplnovat. Tyto legitimní očekávání a snaha Komise jim dostát však nemohou bránit povinnosti Komise vnucovat soutěžní pravidla tak, jak je vykládá SDEU.

Samotné Pokyny jsou každopádně spíše snahou o smíření dosavadní judikatury a nového přístupu, než revolucí. Předně nestanovují spotřebitelský blahobyt jako nejvyšší cíl článku 102 tak, jak to činil ještě Diskuzní materiál z roku 2005. Spotřebitelský blahobyt sice zůstává ve smyslu judikatury podřízen ekonomické svobodě, ale je posunut do role jakéhosi generálního uplynutí hlediska. Komise si tak bude vybírat především případy, kde hrozí nejen újma struktuře trhu, ale také spotřebitelům. Slabinou tohoto jinak rozumného přístupu je, že ač je spotřebitelský blahobyt v Pokynech zmíněn mnohokrát, Komise neuvádí způsob, jakým bude jejich ohrožení kvantifikovat. Pokud je cílem ochrana procesu soutěže a tím v dlouhodobém hledisku zvyšování spotřebitelského blahobytu, bude si Komise muset vyvinout rámec, jak to posuzovat.

Pokud jde o jednotlivé praktiky, které Pokyny řeší, musí se dle mého především vyzdvihnout snaha oprostit se od *per se* zákazů vztávaných k rabatům a stanovit testy pro jejich posuzování. Stejně tak bych ocenil snahu Komise o větší analýzu efektů v případě ostatních praktik, by alespoň neříká, jak to hodlá provést. Lze jen doufat, že při tom neskouzne k příliš formalistickému přístupu. Pokyny nelze považovat za revoluci, ale přesto bude zajímavé sledovat, nakolik s nimi Komise uspěje, zejména ve svétle postoje SDEU. V tuto chvíli by takové hodnocení bylo předčasné, zatím je tak nutné uzavřít tím, že článek 102 zůstává poslední nemodernizovanou částí soutěžního práva.

Seznam zkratek

EU	Evropská unie
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
Smlouvy	Primární právo EU, Smlouva o EU, a Smlouva o fungování EU
SDEU, Soud	Soudní dvůr Evropské unie. V prvním stupni rozhoduje Tribunál, odvolací instancí je Soudní dvůr.
ESD	Evropský soudní dvůr, Lisabonskou smlouvou byl přejmenován na SDEU.
Komise	Evropská komise
eské soudy	Krajský soud v Brně, Nejvyšší správní soud
NSS	Nejvyšší správní soud
ÚOHS, Úřad soutěžní orgán	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže Obecné označení pro orgán, který je nadán pravomocí v oblasti ochrany hospodářské soutěže
Pokyny, Pokyny Komise	Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 102 Smlouvy o fungování EU na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele
ZOHS	Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změnách některých zákonů v platném znění
článek 102	článek 102 Smlouvy o fungování Evropské unie

Použitá literatura

Knihy

BELLAMY, C., CHILD, G. *European community law of competition*. 6. vydání. New York: Oxford University Press, 2008.

ELIÁŠ, K., BEJ EK, J., HAJN, P., JEŽEK, J. a kolektiv. *Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha : C. H. Beck, 2007.

EZRACHI, A. *EC Competition Law, An Analytical Guide to the Leading Cases*. 1. vydání. Portland, Oregon : Hart Publishing, 2008.

FAULL, J., NIKPAY, A. *The EC Law of Competition*. 2. vydání. London : Oxford University Press, 2007.

GORMSEN, L., L. *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*. 1. vydání. Cambridge University Press, 2010.

JONES, A., SUFRIN, B. *EC Competition Law: text, cases and materials*. 3. vydání. New York: Oxford University Press, 2008.

KINDL, J., MUNKOVÁ, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže: komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.

MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P. *Soutěžní právo*. 2. vydání. Praha : C. H. Beck,

2012.

PETR, M. a kolektiv. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2010.

SYLLOVÁ, J., PÍTROVÁ, L., PALDUSOVÁ, H. *Lisabonská smlouva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010.

VAN BAELE & BELLIS. *Competition law of the European Community*. 5. vydání. Austin : Wolters Kluwer Law, 2010.

WHIST, R. *Competition Law*. 6. vydání. London : Oxford University Press, 2009.

lánky

AHLBORN, CH., EVANS, S.D. The Microsoft Judgement and its Implications for Competition Policy towards Dominant firm in Europe. *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, No. 3. 2009. dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1115867

EILMANSBERGER, T. How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses. *Common Market Law Review* 42. 2005, s. 129-177. Dostupný z: http://www.biicl.org/files/1403_eilmansberger_on_82.pdf

GORMSEN, L., L. The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in The Modernization of Article 82 EC. *European Competition Journal* 3. 2007. s. 329-

344. Dostupný z: <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/files/database/000040001-000041000/000040191.pdf>

MOTTA, M. *Michelin II – The Treatment of Rebates*. 2006, s. 1-27. Dostupný z: http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_MichelinII.pdf

SZYSZCZAK, E. Controlling Dominance in European Markets. *Fordham International Law Journal* 33. 2011. s. 1738-1775. Dostupný z: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2219&context=ilj>

TEMPLE LANG, J., O'DONOGHUE, R. The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC. *GCLC Research papers on Article 82 EC*. 2005, s. 38-64. Dostupný z: <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>

WILS, W. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance. 2014. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407

Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie

Rozhodnutí Soudního dvora 6/72, *Continental Can*, [1973] ECR 215.

Rozhodnutí Soudního dvora 6/73 a 7/73, *Commercial Solvents*, [1974] ECR 223.

Rozhodnutí Soudního dvora 26/75, *General Motors*, [1975] ECR 1367.

Rozhodnutí Soudního dvora 77/77, *BP*, [1978] ECR 1513.

Rozhodnutí Soudního dvora 27/76, *United Brands Continental BV v. Komise*, [1978] ECR 207.

Rozhodnutí Soudního dvora 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Komise*, [1979] ECR 461.

Rozhodnutí Soudního dvora C-53/92P, *Hilti v. Komise*, [1994] ECR I-667.

Rozhodnutí Soudního dvora C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komise*, [1983] ECR 03461.

Rozhodnutí Soudního dvora C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Komise*, [1991] ECR I-3359.

Rozhodnutí Soudního dvora C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Komise*, [1996] ECR I-05951 (*Tetra Pak II*).

Rozhodnutí Soudního dvora C-202/07 P, *France Télécom SA v Komise*, [2009] ECR I-02369.

Rozhodnutí Soudního dvora C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG*

v. *Mediaprint Zeitungs*, [1998] ECR I-07791.

Rozhodnutí Soudního dvora 30/87, *Bodson v Pompes funèbres des regione libérées SA*, [1988] ECR 2479.

Rozhodnutí Soudního dvora C-95/04 P, *British Airways*, [2007] ECR I-2331.

Rozhodnutí Soudního dvora C-468/06 až C-478/06, *Sot. Lelos kai Sia EE v. GlaxoSmithKline AEVE*, [2008] ECR II-2969.

Rozhodnutí Soudního dvora C-241/91 P a C-242/91 P, *Magill*, [1995] ECR I-743.

Rozhodnutí Soudního dvora C-163/99, *Portugalsko v. Komise*, [2001] ECR I-2613.

Rozhodnutí Soudního dvora v p ípadu C-418/01, *IMS Health*, [2004] ECR I-5039.

Rozhodnutí Soudního dvora 238/87, *Volvo*, [1988] ECR 6221.

Rozhodnutí Soudního dvora C-552/03 P *Unilever Bestfoods*, [2006] ECR I-9091.

Rozhodnutí Soudního dvora C-147 a 148/97, *Deutsche Post*, [2000] ECR I-825.

Rozhodnutí Tribunálu T-340/03, *France Télécom SA v. Komise*, [2007] ECR II-00107.

Rozhodnutí Tribunálu T-30/89, *Hilti AG v. Komise*, [1991] ECR II-1439.

Rozhodnutí Tribunálu T-301/04, *Clearstream*, [2009] ECR II-3155.

Rozhodnutí Tribunálu T-203/01, *Manufacture francaise des pneumatiques Michelin v. Komise*, [2003] ECR II-4071 (*Michelin II*).

Rozhodnutí Tribunálu T-201/04, *Microsoft*, [2007] ECR II-1501.

Rozhodnutí Tribunálu T-374-375, 384, 388/94, *European Night Services*, [1998] ECR II-3141.

Rozhodnutí Tribunálu T-65/98, *Van den Bergh Foodsm*, [2003] ECR II-4653.

Rozhodnutí Tribunálu v p ípadu T-228/97, *Irish Sugar*, [1999] ECR II-2969.

Rozhodnutí Tribunálu v p ípadu T-191 a 212 až 214/98, *Atlantic Container Line*, [2003] ECR II-3275.

Rozhodnutí Tribunálu v p ípadu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917.

Rozhodnutí Evropské komise

Rozhodnutí Komise COMP/C-3/37.990, *Intel*, [2007] CMLR 314.

Rozhodnutí Komise IV/36.888, *1998 Football World Cup*, [2000] 4 CMLR 963.

Rozhodnutí ÚOHS

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3.11.2010 sp. zn. S 162/05 (*Student Agency*).

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 22.12.2000, sp. zn. S 85/00 (*UPC*).

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 17.1.2008, .j. S 199/2002 (*Linde Gas*).

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 30.6.2003, .j. S 1/03-3250/03-ORP (*ESKÝ TELECOM cenové plány*).

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 30.10.2002, .j. S 142/02 (*eská rafinérská*).

Rozhodnutí p edsedy ÚOHS ze dne 14.3.2008 .j. R 035/2008/01 (*Linde Gas*).

Rozhodnutí p edsedy ÚOHS ze dne 19.1.2004, .j. R 20/2003 (*ESKÝ TELECOM cenové plány*).

Rozhodnutí p edsedy ÚOHS ze dne 16.5.2003, .j. R 73/2002 (*eská rafinérská*).

Rozhodnutí Ministerstva pro hospodá skou sout ž ze dne 21.7.1995, .j. S 21/95-240.

Rozhodnutí ministra pro hospodá skou sout ž ze dne 11.4.1996 .j. R 20/1995.

Rozhodnutí eských soud

Rozsudek KS v Brn sp. zn. 62 Ca 35/2008 (*Linde Gas*)

Rozsudek Vrchního soudu sp.zn. 2A 6/96 ze dne 14.11.1996 (*Škoda automobilová*)

Rozsudek NSS sp. Zn. 8 Afs 57/2007 (*ESKÝ TELECOM cenové plány*).

Rozsudek NSS .j. 5 Afs 21/2010-295 ze dne 13.4.2011 (*eská rafinérská*).

Nález ÚS sp. Zn. III ÚS 31/97 (*Škoda automobilová*)

Ostatní

Stanovisko generálního advokáta Julii Kokott k p ípadu T-219/99, *British Airways*, [2003] ECR II-5917.

Stanovisko generálního advokáta Jána Mazáka k p ípadu C-202/07 P, *France Télécom SA v Komise*, ECR I-02369.

Zákon . 143/2001 Sb., o ochran hospodá ské sout že a o zm n n kterých zákon v platném zn ní.

Smlouva o fungování Evropské unie

Sd lení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva p i používání lánku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podnik vylučující ostatní sout žitele ze dne 24.2.2009, Ú . v st. 2009, C 45.

Zneužití dominantního postavení – pojem zneužití a způsoby zneužívajícího jednání

Abstrakt

Tato diplomová práce se zabývá zneužitím dominantního postavení, konkrétně pojmem zneužití jako takovým a dále jednotlivými zneužívajícími praktikami. Článek 102 SFEU stejně jako § 11 ZOHS nedefinují pojem zneužití, pro jeho pochopení je tak nutné analyzovat judikaturu. Stejně tak tomu je v případě jednotlivých zneužívajících praktik. Tento výklad je zasazen do širšího rámce v podobě zkoumání cíle článku 102 a metody jeho aplikace a to zejména s ohledem na modernizační snahy Komise. Cílem práce je tedy kritická reflexe judikatury zasazená do širšího kontextu v podobě hledání smyslu článku 102, nikoliv všezahrnující a detailní výklad.

Práce obsahuje tři kapitoly. V první kapitole jsou rozebrány základní cíle článku 102 a metody jeho aplikace. Vzhledem k strohému textu článku 102 jsou jeho cíle stejně jako jeho interpretaci i další aplikaci. Stejně tak metoda posuzování zneužití může být použita k článku 102 zásadně proměnit a posunout. V podstatě existují dva různé cíle a dvě různé metody. Cíle jsou ordoliberalní ekonomická svoboda chránící soutěž jako proces a spotřebitelský blahobytný sledující růst blahobytu spotřebitelů. Metody jsou formalistický přístup a přístup založený na zkoumání následků. Znalost cílů a metod vytváří základní rámec pro zkoumání článku 102, orientaci v diskuzích nad jeho hlavním účelem a je nezbytná pro pochopení případných změn v aplikaci článku 102.

Druhá kapitola je věnována samotnému pojmu zneužití, a to zejména závěrům, které pro tento pojem vyplývají z rozhodnutí *Continental Can* a *Hoffmann-La Roche*. Jádrem kapitoly je analýza stejné známky, na kterých stojí definice zneužití podaná v *Hoffmann-La Roche*. Konkrétně jde o zneužití coby objektivní koncept, zvláštní odpovědnost dominantního podniku, soutěž na základě výkonu a protisoutěžní únik. Dále jsou přiblíženy pojmy protisoutěžní uzavření trhu a koncept stejné efektivního konkurenta, které Komise přináší v Pokynech a které mají vliv na posuzování zneužití přístup založený na zkoumání následků. Nakonec jsou rozebrány možnosti obrany dominantních podniků v případě zneužití.

Stěžejní část práce pak představuje třetí kapitola, kde jsou analyzovány nejzávažnější zneužívající praktiky. Jde o predátorské ceny, výlučné dohody a rabaty, vázané obchody, odmítnutí dodávat, excesivní ceny a diskriminaci. Po úvodním výkladu u každé praktiky nastiňuje její podstatu a sporné body následuje rozbor judikatury SDEU s cílem vytáhnout a zkoumat stěžejní znaky dané praktiky s tím, že skutkový stav rozhodnutí bude porovnán pouze v míře nezbytné pro kontext. Ke srovnání a posouzení judikatury s modernizačními snahami Komise pak jsou porovnány ustanovení týkající se jednotlivých praktik v Pokynech.

Diplomová práce je zakončena úvahou nad porovnávacím cílem a metodou článku 102 s ohledem na judikaturu na jedné straně a Pokyny na druhé straně. Závěrem práce je, že interpretace článku 102 je stále pevně zakořeněna v ordoliberalní tradici.

Abuse of a dominant position - the concept of abuse and modes of abusive conduct

Abstract

This thesis deals with an abuse of dominant position, specifically with concept of abuse as such and subsequently with individual abusing practices. Article 102 TFEU as well as § 11 ZOHS do not define concept of abuse, it is therefore necessary to analyze case law for their understanding. The same apply in case of individual abusing practices. This analysis is fitted into the wider framework which consists in exploring the object of Article 102 and the method of its application, particularly in regards to Commission's effort to modernization. The main aim of the thesis is critical reflection of case law in the context of searching of purpose of Article 102, not comprehensive and detailed review.

The thesis is composed of three chapters. Chapter One characterizes basic objectives of Article 102 and method of its application. Due to brief text of Article 102, the objects of the Article are really crucial for its interpretation and application. In the same way assessment methods can fundamentally change and shift use of Article 102. Basically there are two different objectives and two different methods. Objectives are ordoliberal economic freedom protecting competition as a process and consumer welfare pursuing growth of consumer welfare. Methods are form-based approach and effect-based approach. The knowledge of objectives and methods constitutes basic framework for exploring Article 102, orientation in discussion over its main objective and its implication and it is necessary for understanding of prospective shifts in its application.

Chapter Two deals with concept of abuse as such and particularly with conclusions resulting for this concept from decisions *Continental Can* and *Hoffmann-La Roche*. Core of the chapter consists in analysis of main features of the definition laid down in *Hoffmann-La Roche*. Specifically it focuses on the abuse as objective concept, special responsibility of dominant undertaking, competition on the merits and anticompetitive effect. As further the concept of anticompetitive foreclosure and the concept of as efficient competitor which Commission introduces in Guidelines are described. These

concepts are supposed to bring effect-based analysis into application of Article 102. At last the possibilities of defense of dominant undertaking in case of abuse are discussed.

Main part of the thesis represents Chapter Three. Chapter Three consists in analysis of the most common abusing practices. It deals with predatory price, exclusive dealing and rebates, tying, refusal to deal, excessive price, and discrimination. After introduction presenting each practice, its nature and controversial points analysis of European case law follows. The aim is to focus on and explore substantial features of each practice, the facts of decisions are outlined only to the extent necessary for understanding context. Then Guidelines' provisions relating to individual abusing practices are briefly introduced for the purpose of comparison and assessment of case law and Commission's modernization.

The thesis ends with reflection about prevailing objective and method of Article 102 considering case law on the one side and Guidelines on the other and concludes that interpretation of Article 102 is still firmly rooted in ordoliberal tradition.

Klí ová slova:

Zneužití dominantního postavení

Pojem zneužití

Ú el lánku 102

Key words:

Abuse of dominant position

Concept of abuse

Objective of Article 102