

Podnákladové ceny jako nekalá soutěž?

Dana Ondřejová*

Abstrakt: Příspěvek se zabývá problematikou podnákladových cen z pohledu práva proti nekalé soutěži. Poukazuje na vzájemné prolínání soukromoprávní a veřejnoprávní větve soutěžního práva a zaměřování účelu obou větví v rozhodovací praxi českých soudů při posuzování protiprávnosti podnákladových cen užívaných nedominantním soutěžitelem. České soudy nesprávně přejímají závěry judikatury Soudního dvora EU ve věci posuzování protiprávního užití podnákladových cen dominantního soutěžitele i na případy, kdy tyto ceny užívá soutěžitel nezaujímající toto postavení. Tento příspěvek se snaží vyvolat diskusi nad posuzovanou problematikou a nastolit vhodné přístupy. Případný postih podnákladových cen je nutno nejprve zkoumat podle toho, zda tyto nabízí dominantní soutěžitel – pokud ano, je namístě aplikace pravidel anti-trustového práva (jako dílčí skutková podstata zneužití dominantního postavení), přičemž kumulativní postih právem proti nekalé soutěži není vyloučen. Pokud se užití podnákladových cen dopouští soutěžitel bez dominantního postavení na trhu, poté přichází v úvahu postih toliko podle práva proti nekalé soutěži – v rámci kumulativního naplnění podmínek generální klauzule nekalé soutěže je nutné zohledňovat, v jaké míře a délce trvání ovlivňují relevantní trh, ostatní soutěžitele nebo zákazníky, zda uplatnění podnákladových cen doprovází záměr soutěžitele eliminovat konkurenci na trhu (či konkrétního soutěžitele), charakter trhu, chování průměrného spotřebitele na tomto trhu (jaká je obecná hladina ceny u zboží či služby nabízené za podnákladové ceny, jak na změnu ceny reaguje spotřebitel, jaká je zastupitelnost zboží či služeb apod.).

Klíčová slova: podnákladová cena, nekalá soutěž, dominantní postavení, soutěžní právo

Úvodem

Tento příspěvek rozvíjí odbornou diskusi na téma podnákladových cen z pohledu nekalé soutěže, zejména při jejich využití nedominantním soutěžitelem.

Prodeji zboží nebo služeb za podnákladové ceny je věnována dostatečná pozornost právem proti hospodářské soutěži (antitrustovým právem) a je postihováno takové jednání dominantního soutěžitele uskutečněné zejména se záměrem eliminovat ostatní(ho) soutěžitele z relevantního trhu.

Postoj k užití podnákladových cen nedominantním soutěžitelem z pohledu nekalé soutěže je v jednotlivých zemích Evropské unie i v odborné literatuře nejednotný, byť většinou závěr o nekalosoutěžním charakteru takového jednání podporuje. České soudy vnesly do zkoumané problematiky řadu nejasností zejména přenesením závěrů judikatury z veřejnoprávního soutěžního práva (nutnost prokázání záměru eliminovat konkurenci) do práva proti nekalé soutěži, což není podle mého názoru správný přístup a bude podroben kritice.

Podnákladové ceny se na první dojem jeví jako ekonomicky výrazně zasahující konkurenci a příznivé pro spotřebitele. Jak však ukáže tento příspěvek, výhoda pro spotřebitele je toliko iluzorní.

* Doc. JUDr. Dana Ondřejová, Ph.D. Autorka je docentkou na katedře obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno. E-mail: dana.ondrejova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2251-9028>.

1. Zasazení problematiky podnákladových cen do systému práva

1.1 Podnákladové ceny

Esenciálním znakem činnosti každého podnikatele je snaha o dosažení *zisku*,¹ tedy rozdílu mezi celkovými náklady a výnosy z podnikatelské činnosti.² V určitých případech existují z tohoto podnikatelského ziskovostního cíle legitimní výjimky, a to například v podobě krátkodobých zaváděcích cen při vstupu soutěžitele na trh, uvolňování skladů pro sezónní zboží, likvidace zásob v souvislosti s ukončením činnosti apod.³

Je obecně známou skutečností, že spotřebitel je významně *orientován na cenu*.⁴ Reakce spotřebitele na významně nízkou cenu oproti běžné ceně za zboží a služby srovnatelného (substituovatelného) charakteru je tedy nasnadě. Proto ten soutěžitel, který založí svoji obchodní politiku na extrémně nízké ceně oproti konkurenci, přiláká nové (a zpravidla i ve větší míře stávající) zákazníky.⁵

Ne každá nízká cena je však cenou podnákladovou. Podnákladová cena (angl. *price below costs*) je někdy také označována jako cena na úrovni ztráty či prodej pod cenou (angl. *sales at a lost*).⁶ Prodej pod cenou obvykle začíná prodejem pod cenami konkurenta/-ů a pokud je konkurence neoblomná a trh v důsledku cenového tlaku neopustí, pokračuje až do okamžiku, kdy je cena nižší než vynaložené náklady.⁷ Podnákladové ceny jsou zpravidla součástí dílčího konkurenčního boje spadajícího do praktik tzv. cenové války v určitém obchodním odvětví či mezi určitými soutěžiteli. Řadí se mezi tzv. ceny predátor-ské (vytlačovatelské⁸), které mohou být v konkrétním případě protisoutěžně mimořádně vysoké či mimořádně nízké.⁹ Dále bude věnována pozornost cenám excesivně nízkým, konkrétně cenám pod výrobními náklady.

Ačkoliv je *cenová politika* součástí běžné hospodářské soutěže o zákazníka a jako taková podléhá soutěžní svobodě, je výrazný rozdíl při posuzování dovolenosti běžných slev či nízkých cen oproti cenám podnákladovým. Těmi je nutno rozumět takovou obchodní

¹ Jak ostatně plyne z § 420 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „občanský zákoník“ nebo „o. z.“), vymezujícího podstatu podnikání mimo jiné jako činnosti směřující „za účelem dosažení zisku“.

² V této souvislosti lze poukázat na alternativní cíle podnikatele – signifikantním znakem podnikatelské činnosti nemusí být jen snaha o dosažení zisku, aktivity podnikatele mohou být zaměřeny na snahu dosáhnout většího tržního podílu, růst, expanzi nebo dlouhodobé přežití na trhu. To však zprostředkovaně stále vede k témuž – prostřednictvím těchto cílů dosáhnout cíle primárního – ziskovosti. K tomu blíže viz CVERT, R. – MARCH, J. G. *A Behavioral Theory of the Firm*. 2nd edition. Wiley-Blackwell, 1992, s. 4 an.

³ Mezi další důvody uvádí např. Dufková sezónní ceny stimulující odbyt produktu v periodických obdobích, prodej produktů zastaralých, expirovaných či zásoby rychle podléhající zkáze. In DUFKOVÁ, A. Účtování podnákladových cen jako možný způsob zneužití dominantního postavení – případ Falcon. *Obchodní právo*. 2021, č. 5, s. 24. K dalším případům také BEJČEK, J. Právní význam cenových vybočení (mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen). *Právník*. 2009, č. 6, s. 599.

⁴ SAMUELSON, P. – NORDHAUS, W. *Economics*. 19th edition. The McGraw-Hill Companies, 2010, s. 65 an.

⁵ Viz např. první otevírací den obchodu oděvní značky Primark v Praze založené na extrémně nízké cenové politice – tvořily se fronty dosahující stovek metrů. Blíže viz <<https://zpravy.aktualne.cz/finance/nakupovani/fronty-se-pred-prodej-nou-primark-v-praze-tvori-i-tyden-po-je/r-e233e268d4f511eba824ac1f6b220ee8/>>.

⁶ Viz např. HENNING-BODEWIG, F. *Unfair Competition Law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006, s. 75.

⁷ CALLMANN, R. Boycott and Price War: Violation of the Antitrust Laws or Unfair Competition? *Ohio State Law Journal*. 1962, roč. 23, č. 1, s. 136.

⁸ Tento pojem užívá BEJČEK, J. *Právní význam cenových vybočení (mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen)*, s. 608.

⁹ Blíže viz ibidem, s. 592–630.

strategii, kdy „nastavená cenová úroveň stěží pokryje výrobní náklady, tzn. že soutěžitel dobrovolně v delším časovém horizontu sníží ceny na úkor zisku, v důsledku čehož dojde k neudržitelným finančním ztrátám ostatních soutěžitelů a tedy k oslabení či dokonce vyloučení konkurentů z trhu (sacrifice phase)“.¹⁰ Zatímco nižší ceny (při předpokládané srovnatelné kvalitě) povedou zpravidla k získání zákazníků, ale také k nižším ziskům daným omezenými výrobními kapacitami a nezbytnými náklady, ceny podnákladové zpravidla generování zisku úplně vylučují. Užitím podnákladových cen tak soutěžitel popírá vlastní podstatu podnikatelské činnosti spočívající v účelu dosažení zisku (neboť tento dobrovolně obětuje, nefinancuje-li danou oblast podnikání z jiných, ziskových aktivit nebo z extrémní marže na přidaných službách – tzv. křížové financování)¹¹ a nabízí se tak otázka motivu jejich využití.

Podnákladové ceny však přináší *na první pohled výrazné výhody* (které se bohužel posléze ukazují jako zdánlivé) spotřebitelům, tedy nákup za mimořádně výhodnou cenu. Nízké ceny obecně asociují vyšší spotřebitelský a sociální blahobyt. Jenže příliš nízké ceny zvyšují tento blahobyt pouze krátkodobě.¹² Podnákladový soutěžitel¹³ (označovaný také jako cenový predátor) si nízkými cenami buduje vůči spotřebitelům určitou „reputaci“¹⁴ nízkocenového hráče (tzv. *Low-Price Company*),¹⁵ čímž posiluje svoji zákaznickou základnu. Jenže po tzv. vyhladovění konkurence¹⁶ a jejím odchodu z trhu nastává predátor často ceny vyšší (tzv. *recoupment*),¹⁷ než byly ceny konkurence před zásahem do soutěže podnákladovými cenami, čímž si sám ztráty vykompenzuje, zbaví se konkurence a ve finále to způsobí újmu také původně zvýhodněným spotřebitelům.¹⁸ Existují zpravidla tři základní motivy,¹⁹ proč soutěžitel přistupuje k nastavení predátorských cen – 1) vytlačit finančně slabšího konkurenta z trhu, 2) získat pověst agresivního hráče a/nebo 3) vyslat signál potenciálním konkurentům tak, aby je odradil od vstupu na trh.²⁰ Podnákladové ceny

¹⁰ DUFKOVÁ, A. *Účtování podnákladových cen jako možný způsob zneužití dominantního postavení – případ Falcon*, s. 21.

¹¹ Křížové financování je legálně využíváno ve vztahu k podnikatelské činnosti podnikatele směrem „dovnitř“, tedy pro vykrývání ztrát z jedné oblasti podnikání prostřednictvím zisků z jiné oblasti – v době covidové pandemie se ukázalo, že rozvržení různých zdrojů příjmů z podnikatelské činnosti je znakem racionálního podnikatele (pokud nemohl podnikatel v důsledku uzavření provozoven či nezájmu zákazníků generovat zisk v určité oblasti, sanoval tuto ziskem z jiné, konstantně vydělečné oblasti). Nedovolená podoba křížového financování by nastala tehdy, pokud by ji podnikatel využíval ve vztahu k podnikatelské činnosti „navenek“, tedy ve vztahu k zákazníkům, a nastavoval díky ziskovosti jiné oblasti podnikání v jiné oblasti podnákladové ceny za účelem eliminace konkurence či získání pověsti nízkonákladového podnikatele (k motivům podnikatele využít podnákladové ceny viz blíže v textu příspěvku), a to po dobu způsoblou narušit řádnou hospodářskou soutěž (k tomu více dále v textu příspěvku).

¹² MOTTA, M. *Competition Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 412.

¹³ K motivům pro stanovení predátorských cen podrobně BOLTON, P. – BRODLEY, J. F. – RIORDAN, M. H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. Georgetown Law Review. 2000, Vol. 88. Dostupné rovněž z: <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf>.

¹⁴ ŠEMORA, V. Nad některými skutkovými podstatami zneužití dominantního postavení vylučovací povahy. *Právní rozhledy*. 2008, č. 2, s. 1.

¹⁵ FAULL, J. – NIKPAY, A. *The EC Law of Competition*. 3rd edition. New York: Oxford University Press, 2014, s. 419.

¹⁶ ŠTACH, P. *Mezinárodní management*. Praha: Grada, 2009, s. 45.

¹⁷ BELLAMY, C. – CHILD, G. *European Community Law of Competition*. Londýn: Sweet and Maxwell, 2008, s. 955 an. Shodně FAULL, J. – NIKPAY, A. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, 1999, s. 172.

¹⁸ Jinými slovy – obětování zisku na počátku vede k očekávání nárůstu zisku poté, co konkurence opouští trh. Podle BISHOP, S. – WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London: Sweet & Maxwell, 2002, s. 219.

¹⁹ FAULL, J. – NIKPAY, A. *The EC Law of Competition*. 3rd edition. New York: Oxford University Press, 2014, s. 397.

²⁰ Na to poukazuje také BISHOP, S. – WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, s. 218. Predátorsky nízké ceny tak představují určitou bariéru vstupu nových konkurentů na trh.

tak vedou v konečném důsledku (při jejich dlouhodobějším či specifickém nastavení – k tomu blíže dále v textu) k eliminaci konkurence, a tedy i potřebné soutěže na trhu²¹ (již zmíněné vyhladovění konkurence). To však vede zpravidla k získání dominantního postavení na relevantním trhu a pokud by dominant i nadále prodával zboží nebo služby za podnákladové ceny, toto jednání by již bylo postižitelné podle pravidel kartelového práva (k tomu viz dále). Může se však stát, že predátor by zisk dominantní pozice na trhu uspokojil natolik, že by od užití podnákladových cen upustil a dále by jeho podnikání bylo v souladu se soutěžními pravidly.

Na jednu stranu se nabízí přístup – kdo se na trhu neudrží, nechť z něj odejde – to však odporuje nezbytnosti udržovat existenci soutěže na trhu (antitrustové právo) a současně zachovat určitou kvalitu soutěže (nekalá soutěž).

*Určení podnákladovosti ceny*²² podléhá v oblasti ekonomické složitým nákladovým analýzám,²³ neboť k závěru o cenovém predátorství v podobě podnákladové ceny nelze dospět pouhým porovnáním ceny a nákladů, ale mnohem komplexnějším posouzením.²⁴ Existuje velmi neurčitá hranice mezi vytlačovacím a ekonomicky normálním chováním soutěžitele, a proto je nezbytná detailní ekonomická analýza a celkový kontext chování soutěžitele, neboť nesprávný zásah státu by mohl uškodit cenové soutěži a konečně také spotřebiteli.²⁵

V případech právního posuzování podnákladových cen se tak *střetávají zejména dvě roviny*. Na jedné straně vystupuje cenotvorná svoboda (volná soutěž je spojena s právem určit cenu, bez dalšího i pod cenou konkurence²⁶), na straně druhé nezbytnost zásahů státu (zákon o cenách,²⁷ zákaz kartelových dohod,²⁸ zákaz zneužití dominantního postavení,²⁹ zákaz nekalosoutěžního jednání³⁰).³¹

Podnákladové ceny jsou podle konstantních přístupů (blíže viz dále v textu) zakázanou praktikou (dle generální klauzule podle čl. 102 Smlouvy o fungování EU³², respektive § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže) soutěžitele zaujímajícího dominantní

²¹ Na to poukazuje i VOŽÁR, J. *Právo proti nekalej sůtaži*. Bratislava: VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 2013, s. 106; shodně BEJČEK, J. Mimořádně vysoké a mimořádně nízké ceny jako právní problém. In: *14. slovenské dni obchodného práva*. Bratislava: SAK, 2008, s. 72.

²² K pojmosloví souvisejícímu s vymezením podnákladových cen (např. fixní náklady, variabilní náklady, marginální náklady apod.) blíže viz JONES, A. – SUFRIN, B. *EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 388 a 389.

²³ K nákladovým testům blíže viz O'HAGAN, L. *Predatory Pricing: A New Theory* [online]. Dostupné z: <<http://www.tcd.ie/Economics/SER/sql/download.php?key=181>>. Dále také ROSE, V. – BAILEY, D. *European Union Law of Competition*. 7th edition. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 794 an.

²⁴ Co vše by mělo být zahrnuto do výpočtu podnákladových cen – blíže viz FERRIER, H. W. *Unfair Competition: Problems of Proof of Costs under the Unfair Practices Acts*. *California Law Review*. 1942, Vol. 30, No. 2, s. 223 an. Dostupné z: <<https://www.jstor.org>>.

²⁵ BEJČEK, J. Dravčí ceny. *International and Comparative Law Review*. 2009, č. 9, s. 5–27.

²⁶ Neboť újma působená nižšími cenami konkurenci je nezbytným a přirozeným důsledkem hospodářské soutěže. BIS-HOP, S. – WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, s. 218.

²⁷ Zákon č. 529/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o cenách“).

²⁸ § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „z. ochr. hosp. sout.“ nebo „zákon o ochraně hospodářské soutěže“).

²⁹ § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

³⁰ § 2976 odst. 1 občanského zákoníku.

³¹ V této souvislosti se nabízí kontrast mezi snahou o potlačení podnákladových cen a různými státními a evropskými dotacemi, které umožňují *de facto* soutěžní předstih a úsporu nákladů těm podnikatelům, kteří dotace obdrží.

³² Smlouva o fungování Evropské unie ze dne 3. 12. 2007 (dále rovněž „Smlouva o fungování EU“).

postavení³³ na trhu (nikoliv však jiného), podléhají tedy regulaci *antitrustovým právem*. Dále jsou v určitých případech považovány za *nekalosoutěžní jednání* spadající pod generální klauzuli nekalé soutěže podle § 2976 odst. 1 občanského zákoníku. Mezi uvedenými rovinami posuzování (ne)dovolenosti podnákladových cen je nutné striktně rozlišovat,³⁴ neboť podléhají rozdílným kvalifikačním předpokladům. Jak však ukáže tento článek, české soudy se při kvalifikaci podnákladových cen jako nekalosoutěžních dopouští směšování obou větví soutěžního práva, tedy větve antitrustové a nekalosoutěžní. Nejasnosti ohledně právní kvalifikace podnákladových cen však panují také v jiných zemích (nejen) Evropské unie.

1.2 Dvě větve soutěžního práva

Soutěžní právo se tradičně dělí na *dvě větve*³⁵ – soukromoprávní (nekalá soutěž³⁶) a veřejnoprávní (antitrustové, kartelové právo nebo také právo na ochranu hospodářské soutěže³⁷).

Soukromé soutěžní právo (právo proti nekalé soutěži) se zaměřuje na ochranu tzv. triády zájmů – ochranu soutěžitelů,³⁸ spotřebitelů³⁹ (zákazníků⁴⁰) a hospodářské soutěže ve smyslu její kvalitativní stránky (zejména ochrana dobrých mravů soutěže), přičemž současným trendem v celé Evropské unii (a nejen v ní) je zesílení ochrany právě jednoho z triády zájmů, a to ochrany spotřebitelů. V oblasti nekalé soutěže je postih zakázaného jednání svěřen aktivitě osob, jejichž práva byla nekalou soutěží ohrožena nebo porušena,⁴¹ a to možností (ne)podat žalobu k soudu podle občanského soudního řádu⁴² (vyloučen není ani souběh veřejnoprávních postihů podle jednotlivých zvláštních právních předpisů, které kumulativně s právem proti nekalé soutěži regulují dílčí oblasti).⁴³

Veřejné soutěžní právo (antitrustové právo) směřuje primárně na ochranu existence hospodářské soutěže na relevantním trhu, tedy ve smyslu její kvantitativní stránky, sekundárně poté chrání také soutěžitele a spotřebitele („soutěž jako nejlepší přítel spotře-

³³ Blíže k definici dominantního postavení BAEI, I. van – BELLIS, J.-F. *Competition Law of the European Community*. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2010 s. 101 an.

³⁴ CALLMANN, R. *Boycott and Price War: Violation of the Antitrust Laws or Unfair Competition?*, s. 140.

³⁵ Základem tohoto rozvětvení soutěžního práva je § 2972 občanského zákoníku, podle něhož platí, že „kdo se účastní hospodářské soutěže (soutěžitel), nesmí při soutěžní činnosti, ani při sdružování k výkonu soutěžní činnosti, vlastní účast v hospodářské soutěži nekalou soutěží zneužívat, ani účast jiných v hospodářské soutěži omezovat“. Dané ustanovení obsahuje dva dílčí zákazy, tedy zákaz „zneužití vlastní účasti v hospodářské soutěži nekalou soutěží“ (tj. nekalá soutěž) a „zákaz omezení účasti jiných v hospodářské soutěži“ (tj. antitrustové právo).

³⁶ § 2976 odst. 1 o. z.

³⁷ Právní úprava kartelového (antitrustového) práva zejména v zákoně č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže.

³⁸ Podle § 2972 o. z. se soutěžitelem rozumí ten, „kdo se účastní hospodářské soutěže“, tedy fyzická nebo právnická osoba mající právní subjektivitu.

³⁹ Podle § 419 o. z. se spotřebitelem rozumí „každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná“.

⁴⁰ Pojem širší než spotřebitel, zahrnující také právnické osoby nebo osoby jednající v rámci své podnikatelské činnosti. K tomu blíže viz ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář. § 2972–2990*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 48.

⁴¹ Včetně možnosti domáhat se ochrany svých práv prostřednictvím právnických osob oprávněných hájit zájmy jiných soutěžitelů nebo zákazníků (viz § 2989 odst. 1 občanského zákoníku).

⁴² Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „občanský soudní řád“ nebo „o. s. ř.“).

⁴³ Např. skrytá reklama, nevyžádaná reklama, klamavá reklama apod.

bitele“). Dozorovým orgánem v oblasti veřejného soutěžního práva je Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.⁴⁴

Hlavní rozdíly v obou větvích lze vymezit následovně: „Veřejnoprávní posuzování (podle veřejnoprávních principů) klade důraz na odhalování dopadů protisoutěžního jednání na celou společnost – na základní principy, na základní hospodářská pravidla ve společnosti, na dopady z hlediska samotného společenského systému v tom nejobecnějším smyslu tohoto slova. Soukromoprávní posuzování se naproti tomu zaměřuje na dopady protisoutěžního jednání z hlediska jednotlivých subjektů, ať už adresátů protisoutěžního jednání záměrně zvolených, vůči nimž takové jednání mělo zcela záměrně směřovat, nebo subjektů dotčených tímto jednáním jaksi „mimořádně“.“⁴⁵ Henning-Bodewig⁴⁶ vymezuje tyto rozdíly tak, že zatímco účelem práva proti nekalé soutěži je sledovat obchodní praktiky z pohledu férovosti, spravedlnosti, účelem antitrustového práva je zachovat konkurenční tržní prostředí. S poukazem na § 4 a § 3 UWG⁴⁷ poukazuje na fakt, že v hmotném právu existují přesahy – zejména tržní praktiky, jako je bojkot, diskriminace, cenový dumping nebo cenové války, mohou porušovat antimonopolní právo a zároveň právo nekalé soutěže.

Existuje tedy řada soutěžních praktik, které stojí na pomezí obou větví soutěžního práva,⁴⁸ a mezi ně patří právě nastolená otázka podnákladových cen. Jak poukazuje Bejček,⁴⁹ „cenové vytlačování (predátorství) může být posuzováno i jako nekalosoutěžní obchodně nepoctivá praktika, která přitom ovšem ohrožuje nejen soutěžitele, ale i samotnou existenci soutěže, a to bez ohledu na to, že poctivost je poněkud vrtošivý pojem a že se někdy za „neférové“ označují nejen situace nerovné vyjednávací síly, ale dokonce soutěž samotná. Jde o jakousi „šedou zónu“ zabraňovací soutěže, která se rozprostírá mezi právem na ochranu hospodářské soutěže a právem na ochranu proti nekalé soutěži s většími či menšími přesahy na tu či onu stranu.“

Jak vhodně uvádí Callmann,⁵⁰ je nepochybné, že každý obchod je soutěží, jejímž cílem je získat zákazníka; ten je rozhodčím hry, jeho srovnání rozhoduje o výsledku a o jeho přízeň usilují všichni, kdo se mu snaží prodat své zboží. Tato úvaha vede k rozlišení, které by mělo být stěžejním bodem v právu nekalé soutěže, tj. k rozlišení mezi soutěží, která se vyznačuje konstruktivním úsilím, a soutěží, která se vyznačuje nekonstruktivním úsilím. Hranice mezi oběma typy úsilí je velmi mlhavá, o čemž vypovídá obsah tohoto článku.

Právě na směřování i odlišování obou větví soutěžního práva (soukromého i veřejného) při posuzování (ne)závadnosti podnákladových cen v odborné literatuře a zejména české judikatuře se zaměřuje tento článek.

⁴⁴ Ústřední orgán státní správy, jenž vede příslušné řízení pro porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže (ale také například pro oblast veřejných zakázek, veřejných podpor nebo významné tržní síly). Postavení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže upravuje zákon č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁵ RAUS, D. – NERUDA, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy*. 2. aktualizované a přepracované vydání. Praha: Linde, 2006, s. 15.

⁴⁶ HENNING-BODEWIG, F. *International Handbook on Unfair Competition*. München: C. H. Beck, 2013., s. 237.

⁴⁷ Německý zákon proti nekalé soutěži ze dne 3. 3. 2010. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, BGBI. I S. 25 (dále rovněž „UWG“).

⁴⁸ Například vázané nabídky (junktimace), diskriminační jednání, bojkot, zabraňovací soutěž a další.

⁴⁹ BEJČEK, J. *Právní význam cenových vybočení (mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen)*, s. 596.

⁵⁰ CALLMANN, R. *Boycott and Price War: Violation of the Antitrust Laws or Unfair Competition?*, s. 136.

2. Podnákladové ceny jako porušení norem veřejného (kartelového) soutěžního práva

Jak již bylo uvedeno výše, problematika podnákladových cen spadá do oblasti cen nepřiměřeně či mimořádně nízkých. Výslovný právní zákaz jejich užití je v českém právu regulován toliko ve vztahu *k praktikám dominantního* (tedy nikoliv jiného!) *soutěžitele* [§ 11 odst. 1 písm. e) zákona o ochraně hospodářské soutěže, podle něhož se za demonstrativní příklad zneužití dominantního postavení považuje také „*dlouhodobé nabízení a prodej zboží za nepřiměřeně nízké ceny, které má nebo může mít za následek narušení hospodářské soutěže*“]. Z toho však nelze bez dalšího dovodit, že ostatní (nedominantní) soutěžitelé mohou za takové ceny zboží či služby prodávat.

Stěžejním rozhodnutím, které se detailně zabývalo problematikou podnákladových cen jako cen predátorských, je rozhodnutí Soudního dvora EU sp. zn. C-62/86 (*AKZO Chemie BV v. Commission*)⁵¹. V této věci stanovil soud pro posouzení tvrzených predátorských cen dvě tzv. *AKZO pravidla*. Tzv. první AKZO pravidlo se týká cen pod úrovní průměrných variabilních nákladů:⁵² pokud ceny klesnou pod úroveň variabilních nákladů a pokud těmito cenami podnik s dominantním postavením sleduje vyloučení konkurence, tyto ceny musí být v takovém případě považovány za zneužití dominantního postavení (pokud výjimečně není i pro cenu pod úrovní variabilních nákladů objektivní důvod). Tzv. druhé AKZO pravidlo se týká cen nad úrovní průměrných variabilních nákladů, ale pod hranicí průměrných celkových nákladů. Takové ceny jsou považovány za zneužití postavení soutěžitele, pokud jsou součástí plánu eliminovat další soutěžitele. Mohou vyloučit i ty subjekty, které jsou stejně efektivní, ale z důvodu omezených finančních možností nemohou této konkurenci odolat.

Uvedených závěrů se Soudní dvůr EU přidržel i v rozhodnutí sp. zn. C-202/07 ve věci *France Télécom v. Commission*, a to co do určení úrovně zneužívajících cen. Z dalších rozhodnutí Soudního dvora EU lze poukázat například na rozhodnutí sp. zn. C-280/08 ve věci *Deutsche Telekom v. Commission*, a rozhodnutí sp. zn. C-209/10 ve věci *Post Danmark A/S v. Konkurrenceradet*, kde Soudní dvůr EU pouze sumarizoval obě AKZO pravidla, avšak zásadní posun v posuzování tzv. predátorských cen nepřinesla.

Postoj judikatury českých správních soudů je v oblasti veřejného soutěžního práva vhodně vystižen v rozhodnutí Krajského soudu v Brně, sp. zn. 62 Af 27/2011, ze dne 25. 9. 2014. Soud nejenže odkazuje na relevantní judikaturu Soudního dvora EU, ale tuto blíže vysvětluje a rozpracovává. Soud primárně odkázal na tzv. „AKZO test“ nastolený Soudním dvorem EU v již zmíněné věci C-62/86. Krajský soud poukázal na skutečnost, že samo stanovení ceny pod úrovní celkových nákladů nestačí, neboť k němu ještě musí přistupovat podmínka ve formě dostatečně jasného plánu eliminovat jiného soutěžitele. Poukázal na další (výše již zmíněné) rozhodnutí Soudního dvora EU, který ve věci sp. zn. C-209/10, věc *Post Danmark A/S v. Konkurrenceradet*, uvedl, že účinek vyloučení konkurenta z trhu nutně ještě neznamená narušení hospodářské soutěže, neboť hospodářská soutěž na

⁵¹ K analýze tohoto případu blíže viz např. CRAIG, P. – DE BURCA, G. *EU Law: text, cases and materials*. Oxford University Press, 1998, s. 970. K novějším analýzám např. ROSE, V. – BAILEY, D. *European Union Law of Competition*, s. 794 an., nebo FAULL, J. – NIKPAY, A. *The EC Law of Competition*. 3rd edition. New York: Oxford University Press, 2014, s. 398 an.

⁵² Podle Soudního dvora EU jsou (zjednodušeně řečeno) průměrné variabilní náklady takové náklady, které se mění v závislosti na množství produkce. Naproti tomu fixní náklady jsou takové náklady, které zůstávají konstantní bez ohledu na množství produkce. Průměrné celkové náklady jsou poté dány součtem fixních a variabilních nákladů.

základě výkonnosti může z povahy věci vést k tomu, že soutěžitelé, kteří jsou méně výkonní, a tedy pro spotřebitele méně zajímaví zejména z hlediska ceny, výběru, kvality nebo inovací, zmizí z trhu nebo se dostanou na jeho okraj. Soudní dvůr EU v této věci upozornil na potřebu rozlišovat mezi „vyloučením z trhu“ na straně jedné a „protisoutěžním vyloučením z trhu“ na straně druhé. Krajský soud v Brně poukázal na to, že pokud jde o nákladová kritéria, Soudní dvůr EU uzavřel, že ceny nižší než průměrné variabilní náklady jsou zásadně zneužitím dominantního postavení, jelikož se předpokládá, že soutěžitel s dominantním postavením uplatňováním takových cen nesleduje žádný jiný hospodářský účel než vyloučení svých konkurentů. Krajský soud v Brně zdůraznil, že „*pokud podle Soudního dvora soutěžitel v dominantním postavení stanoví své ceny na úrovni, která pokrývá podstatnou část nákladů na uvedení plnění na trh, konkurent stejně výkonný jako tento soutěžitel bude mít v zásadě možnost těmto cenám konkurovat bez toho, aby se vystavoval dlouhodobě neudržitelným ztrátám*“. Podle názoru Krajského soudu v Brně i právě uvedené rozhodnutí Soudního dvora směřuje k extenzivnímu chápání testu stejně efektivního soutěžitele, tedy nejde o pouhé srovnání cen a nákladů, nýbrž jde o posouzení celkové koncepce soutěžního chování soutěžitele v dominantním postavení. Pokud jde o trendy aplikační praxe, ty jsou popisovány tak, že se postupně upouští od používání testů průměrných variabilních nákladů, všechna cenová pásma jsou nyní otevřená pro hledání výjimek, predátorské jednání je nutno posuzovat vždy v souvislosti s dalšími prvky jednání dominantanta, přitom bezpečným přístavem nezůstává ani pásmo nad průměrnými celkovými náklady. K závěru ohledně predátorských cen tedy výlučně na základě aplikace obou „AKZO pravidel“ nelze pevně a nezpochybnitelně dospět. Krajský soud v Brně navíc upozornil na případ rozhodovaný Soudním dvorem EU sp. zn. C-395/96 ve věci *Compagnie maritime Belge and Others v. Commission*, kde bylo za predátorské jednání, a tedy zneužití dominantního postavení, považováno nastavení ceny nad úroveň průměrných celkových nákladů, tedy ve skutečnosti cena, která vůbec nebyla podnákladová (což bylo odůvodňováno specifiky daného případu).

Kuča⁵³ vhodně shrnuje, že pro kvalifikaci protisoutěžních podnákladových cen je třeba kumulativního naplnění následujících znaků dominantního soutěžitele:

- a) záměr eliminovat konkurenci,
- b) aplikace nepřiměřených cen,
- c) jejich dlouhodobost,
- d) možnost narušení hospodářské soutěže,
- e) vznik újmy jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům a
- f) neexistence objektivního ospravedlnění.⁵⁴

Jednotlivými podmínkami se z pohledu antitrustového práva nebudu blíže zabývat, neboť tento článek si neklade za cíl detailní analýzu kvalifikace podnákladových cen

⁵³ KUČA, V. Jak poznat predatorní ceny? *Právní rozhledy*. 2015, č. 15–16, s. 528.

⁵⁴ K tomu blíže odkazují na Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o fungování EU na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. Úřední věstník Evropské unie C 45/7, 24. února 2009, bod 65. Dále rovněž O'DONOGHUE, R. – PADILLA, A. J. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 283–302; MOISEJEVAS, R. Objective justification in predatory pricing. *Jurisprudencia*. 2011, Vol. 18, No. 1, s. 213–232.

z pohledu antitrustového práva, ale toliko srovnání přístupů judikatury i odborné literatury v obou větvích soutěžního práva.

Jak správně uvádí Callmann⁵⁵ (opačně však níže rozebíraná česká judikatura), prodej pod cenou je nezákonný, pokud je prováděn soutěžitelem (i nedominantním) „*za účelem poškození soutěžitele nebo zničení hospodářské soutěže*“. Pokud by tento protiprávní záměr absentoval, i tak by se mohlo jednat o protiprávní jednání, avšak kvalifikovatelné pouze jako nekalá soutěž, nikoliv jako antitrustový delikt. Příkladem může být agresivní cenová válka představující přímý útok na soutěžitele a zjevně určená k tomu, aby soutěžitele z trhu vytlačila.⁵⁶

3. Podnákladové ceny jako nekalá soutěž

3.1 Podnákladové ceny jako nekalá soutěž ve vybrané zahraniční právní teorii a judikatuře

Přístupy zahraničních úprav k problematice podnákladových cen z pohledu nekalé soutěže jsou rozmanité. V některých zemích je prodej za podnákladové ceny z pohledu nekalé soutěže výslovně neregulovaný a přímý zákonný zákaz je obsažen pouze v *antitrustovém právu* ve vztahu k soutěžitelům s dominantním postavením nebo významnou tržní silou (např. v České republice, Maďarsku,⁵⁷ Řecku, Itálii, Belgii). *Výslovné právní zákazy* podnákladových cen *ipso facto*, tj. bez vazby na zneužití závislosti, existují např. v Polsku, Francii, Švýcarsku nebo ve Španělsku. V jiných zemích je zase regulace podnákladových cen řešena pouze v otázce naplnění znaků klamavosti ve vztahu ke spotřebiteli (např. v Dánsku nebo Švédsku).

Nekalosoutěžní charakter jednání soutěžitele využívajícího podnákladové ceny tedy některé země připouští a adekvátně na to reagují právní regulací. Z těchto zemí jsou to výběrově následující:

V *Polsku* se obecně vychází ze svobody cenotvorby, která představuje výraz smluvní svobody. Nicméně polská úprava počítá se zásahy státu v případě, kdy bude cenovou politikou zkreslena hospodářská soutěž – polský zákon proti nekalé soutěži⁵⁸ zakazuje různé formy nekalých (predátorských) cenových praktik, přičemž jednou z nich je prodej pod pořizovacími náklady uskutečňovaný za účelem odstranění jiných soutěžitelů z trhu. Z tohoto zákazu existuje několik zákonných výjimek.⁵⁹

⁵⁵ CALLMANN, R. *Boycott and Price War: Violation of the Antitrust Laws or Unfair Competition?*, s. 139, 140.

⁵⁶ Blíže viz WESTON, E. G. – MAGGS, B. P. – SCHECTER, E. R. *Unfair Trade Practices and Consumer Protection: Cases and Comments*. 5th edition. West Publishing, 1992, s. 803–810.

⁵⁷ Podle kapitoly V zákona LVII z roku 1996 o zákazu nekalých a omezujících praktik na trhu (Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices) mívá zákaz užití podnákladových cen výslovně pouze vůči dominantnímu soutěžiteli. Zákon dostupný z: <https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/legal_background/rules_for_the_hungarian_market/competition_act/competition-act-documents/jogihatter_tpv_t_hataly_20190101_a&inline=true>, [cit. 2021-10-09].

⁵⁸ Článek 15.1 polského zákona proti nekalé soutěži (The Unfair Competition Act of 16 April 1993). Zákon dostupný z: <https://www.paih.gov.pl/polish_law/unfair_competition>, [cit. 2021-10-09].

⁵⁹ Článek 15.5 polského zákona proti nekalé soutěži stanoví, co nepovažuje za nekalosoutěžní jednání – patří mezi ně například výprodeje prováděné dvakrát ročně na konci letní a zimní sezóny, vždy v délce maximálně jednoho měsíce, prodej se slevou v důsledku blížícího se data minimální trvanlivosti potravin nebo blížícího se data minimální trvanlivosti a likvidace obchodních prostor, pokud prodej trvá nejdéle 3 měsíce ode dne informování veřejnosti o likvidaci prostor a v případě likvidace všech obchodních prostor podnikatele v důsledku ukončení obchodní činnosti, nejdéle však jeden rok.

Obdobné pojetí platí ve *Francii* – ani zde nesmí docházet k prodeji pod náklady,⁶⁰ přičemž z tohoto zákazu existuje několik výjimek.⁶¹

V *Belgii* je dán zákaz užití nekalých nákupních nebo prodejních cen ve vztahu k soutěžiteli majícímu dominantní postavení a dále také subjektům, na kterých jsou jiné subjekty závislé (obdoba české úpravy významné tržní síly⁶²).⁶³

V *Německu* se prodej za podnákladové ceny nepovažuje bez dalšího za nekalosoutěžní. Vychází se ze zásady, že každý podnikatel má právo stanovit ceny podle vlastního uvážení.⁶⁴ V rámci nekalé soutěže je výslovně regulována pouze problematika klamavosti ve vztahu k prodeji za sníženou cenu.⁶⁵ K prodeji pod cenu musí přistoupit další okolnosti, aby se dalo hovořit o nekalosoutěžním jednání, a to zejména úmysl vytlačit nebo zničit konkurenci zneužitím základních obchodních principů.⁶⁶ V případě, že by se prodeje za podnákladové ceny dopouštěl dominantní soutěžitel, byl by postih realizován podle antitrustového práva (byť se bude jednat spíše o výjimečné případy). Podle německého Spolkového soudního dvora (BGH) sp. zn. KVR 5/02 ze dne 12. 11. 2002,⁶⁷ jehož závěry jsou doposud nepřekonané, jsou podnákladové ceny z pohledu nekalé soutěže (vyjma jejich užití dominantem) nezávadné. Má za to, že ceny pod úrovní nákladů nebo pod úrovní pořizovacích nákladů jsou v zásadě přípustné a protisoutěžní by byla pouze za zvláštních okolností. Hlavní myšlenka rozhodnutí spočívá v tom, že zákaz podnákladových cen je (nejen) německým právem regulován pouze kartelovým právem ve vztahu

⁶⁰ Podle článku L. 442-5 bodu I. francouzského obchodního zákoníku (*Commercial Code*) dokonce platí, že prodej výrobku za cenu nižší, než je jeho skutečná kupní cena, je sankcionován pokutou až ve výši 75 000 eur. Skutečnou kupní cenou je přitom dle zákona čistá jednotková cena uvedená na nákupní faktuře, snížená o částku všech ostatních finančních výhod poskytnutých prodávajícím vyjádřenou v procentech z čisté jednotkové ceny produktu a navýšená o daně z prodeje, obchodní, specifické daně související s tímto a dalším prodejem a cenu dopravy. Zákon dostupný z: <<https://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20commerce.pdf>>, [cit. 2021-10-09].

⁶¹ Podle článku L. 442-5 bodu II. francouzského obchodního zákoníku zákaz podle bodu I. neplatí pro: dobrovolný nebo nucený prodej z důvodu ukončení nebo změny obchodní činnosti; na výrobky, jejichž prodej má výrazný sezónní charakter na konci prodejní sezóny a v období mezi dvěma prodejními sezónami; na produkty, které již nevyhovují obecné poptávce kvůli změnám módy nebo vzhledu technických vylepšení; na výrobky se stejnými vlastnostmi, jejichž nabídka byla snížena (omezena), přičemž skutečná kupní cena byla poté nahrazena cenou vyplývající z nové nákupní faktury; na potravinářské výrobky uváděné na trh v obchodě s prodejní plochou menší než 300 metrů čtverečních a na nepotravinářské výrobky uváděné na trh v prodejně s prodejní plochou menší než 1 000 metrů čtverečních, jejichž prodejní cena je v souladu s cenou legálně účtovanou za stejné produkty jiným obchodníkem ve stejné oblasti činnosti; za podmínky, že nabídka produktu za nižší cenu není předmětem žádné propagace nebo reklamní akce mimo místo prodeje, u produktů podléhajících rychlé zkáze od okamžiku, kdy jim hrozí rychlé zhoršení; na produkty uvedené v čl. L. 310-3 (výprodej skladových zásob).

⁶² Zákon č. 395/2009, o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejich zneužití, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o významné tržní síle“).

⁶³ *Economic Law Code (ELC)*, Art. IV.2. Zákon dostupný z: <<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2013/02/28/2013A11134/justel#LNK0058>>, [cit. 2021-10-09].

⁶⁴ HARTE-BAVENDAMM, H. – HENNING-BODEWIG, F. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 2013, s. 1012.

⁶⁵ Viz článek 5 odst. 4 zákona proti nekalé soutěži (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*). Zákon dostupný z: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_uwg/englisch_uwg.html#p0115>, [cit. 2021-10-11]. Další regulace ceny je obsažena na příklad v zákoně o léčivých prostředcích (čl. 78; *Arzneimittelgesetz – AMG*); zákon dostupný z: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_amg/englisch_amg.html#p1994>, [cit. 2021-10-11].

⁶⁶ Viz HENNING-BODEWIG, F. *International Handbook on Unfair Competition*. München: C. H. Beck, 2013, s. 253. Shodně HARTE-BAVENDAMM, H. – HENNING-BODEWIG, F. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, s. 1012.

⁶⁷ Rozhodnutí dostupné z: <<https://openjur.de>> [cit. 2021-07-15].

k dominantnímu soutěžiteli a také ve vztahu k prodeji potravin⁶⁸ jako projev nadřazené (významné) tržní síly⁶⁹ a jejího zneužití.⁷⁰ *A contrario* dospívá k závěru, že ve všech ostatních případech je prodej pod pořizovací cenou obecně přípustný.⁷¹

V Rakousku existuje zvláštní regulace výprodejů, respektive nabídek zboží za mimořádně výhodných podmínek nebo cen, pokud se výprodej koná z důvodu ukončení činnosti nebo přemístění provozovny.⁷² Tato regulace je součástí právní úpravy obsažené v zákoně proti nekalé soutěži.⁷³

V Itálii není bez dalšího obsažen výslovný zákaz prodeje za podnákladové ceny. Postih může být shodně jako v české právní úpravě učiněn skrze obecná ustanovení o nekalé soutěži (tedy nikoliv výslovnou právní regulací),⁷⁴ případně antitrustovým právem v případě jejich využití dominantním soutěžitelem.⁷⁵

⁶⁸ V poměrech českého práva by se jednalo o dosah zákona o významné tržní síle inspirovaný směrnicí Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/633 ze dne 17. 4. 2019 o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v zemědělském a potravinovém řetězci.

⁶⁹ Spolkový kartelový úřad (*Bundeskartellamt*) svým rozhodnutím sp. zn. B 10 – 21210 – U – 25/00 ze dne 7. září 2000 zakázal společnostem Wal-Mart, Aldi Nord a Lidl prodávat některé základní potraviny, jako je mléko, máslo, cukr, mouka, rýže a rostlinný tuk, pod jejich nákladovými cenami. Tyto tři společnosti jsou velkými řetězci supermarketů, které působí na koncentrovaných německých maloobchodních trzích. Vzhledem ke své velikosti, tržním podílům a zdrojům mají tyto tři podniky větší tržní sílu než nezávislí prodejci potravin, kteří jsou jejich malými a středními konkurenty. Při stanovení nákladových cen byly použity prodejní ceny výrobců, včetně všech cenových slev, rabatů a dalších podmínek souvisejících s cenami, které se vztahují k danému zboží. Pro prodej těchto výrobků pod cenou neexistovalo žádné objektivní zdůvodnění. Nejedná se o zboží podléhající rychlé zkáze a tři společnosti nemohou tvrdit, že dorovnávaly ceny konkurentů. Šetření ukázala, že spotřebitelé by v konečném důsledku byli poškozeni těmito prodejci za ceny nižší, než byly náklady. Krátkodobá výhoda pro spotřebitele plynoucí z těchto prodejů pod cenou byla nejen dočasná, ale i okrajová. Na druhé straně by došlo k trvalému a citelnému poškození hospodářské soutěže, protože někteří konkurenti by mohli opustit trh, což by vedlo k další koncentraci. Ve střednědobém a dlouhodobém horizontu by tak zbývající dodavatelé měli větší prostor pro zvýšení cen, a to nejen těchto několika „akčních“ výrobků, ale celého svého sortimentu. Rozhodnutí dostupné z: <<https://ilsr.org/german-high-court-convicts-walmart-predatory-pricing/>>, [cit. 2021-10-11].

⁷⁰ HARTE-BAVENDAMM – HENNING-BODEWIG, F. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*. Kommentar, s. 1013.

⁷¹ Jen na okraj uvádím, že se se závěry německého soudu nemohu ztotožnit – pokud určité právní předpisy zakazují určité jednání výslovně, neznamená to, že dané jednání nemůže být zakázáno podle jiného předpisu například podle generální klauzule nekalé soutěže. Je totiž dle konstantní judikatury běžné, že generální klauzule nekalé soutěže postihuje také ty případy jednání, které jsou buď zakázány jiným právním předpisem (to jsou již zmiňované případy nepojmenované skutkové podstaty „porušení norem veřejného práva se soutěžním dopadem“), nebo případy, které nejsou žádným právním předpisem výslovně zakázány, ale jsou shledány za jednání naplňující kumulativně znaky generální klauzule nekalé soutěže podle § 2976 odst. 1 občanského zákoníku (např. *free riding*, *ambush marketing* a další).

⁷² Je nutno mít povolení od příslušného okresního správního úřadu, které definuje zboží určené k prodeji, rozdělené podle množství, vlastností a prodejní hodnoty; přesné místo prodeje; období, během kterého se má prodej uskutečnit; důvod, proč se prodej uskuteční. Omezeno je to i množstevně. Navíc pokud se výprodej uskuteční z důvodu úplného ukončení podnikání, zanikne příslušná živnost s koncem výprodeje. Podnikatel navíc nesmí v daném odvětví další tři roky podnikat, ani takový podnik někomu pronajmout v obci bývalého místa podnikání a v této oblasti podnikání nesmí ani investovat. Za porušení je udělena pokuta až 2 900 eur.

⁷³ Podle § 33a federálního zákona proti nekalé soutěži (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* 1984 – UWG), ve znění zákona č. 104/2019. Zákon dostupný z: <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_1984_448>, [cit. 2021-10-11].

⁷⁴ Art. 2598 italského občanského zákoníku (*Civil Code*) upravuje generální klauzuli nekalé soutěže, přičemž podle bodu 3) je zakázáno přímo nebo nepřímo využívat jakékoli jiné prostředky, které nejsou v souladu se zásadami profesionální korektnosti a jsou schopné poškodit společnost ostatních. Zákon dostupný z: <<https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>>, [cit. 2021-10-09].

⁷⁵ Zákon č. 287 z roku 1990 zákon o hospodářské soutěži a spravedlivém obchodování (*Competition and Fair Trading Act*). Zákon dostupný z: <<https://en.agcm.it/en/scope-of-activity/competition/detail?id=3b426468-e51f-4bc1-b1ee-b1f4bd65d9e7&parent=Legislation&parentUrl=/en/scope-of-activity/competition/legislation>>, [cit. 2021-10-09]. Podle třetího oddílu bodu 1 písm. a) zákona platí ve vztahu k dominantnímu soutěžiteli, že se zakazuje přímo nebo nepřímo vnucovat nepřiměřené nákupní nebo prodejní ceny nebo jiné nepřiměřené smluvní podmínky.

Ve Španělsku⁷⁶ platí, že stanovení ceny je zásadně volné. Avšak prodej uskutečněný za nízkou cenu nebo pod nákupní cenou bude neloajální a nekalou soutěží mj. v případě, že tvoří součást strategie s cílem vyloučit konkurenta nebo skupinu konkurentů z trhu.⁷⁷

V Řecku je prodej za podnákladovou cenu ve zvláštním případě dovolen – jedná se o prodej se zvláštní slevou jednoho nebo omezeného počtu zboží za účelem přilákání veřejnosti a jeho využití za stejné ceny jako ostatní zboží v obchodě – považuje se za prodej v souladu s poctivými praktikami a běžnou obchodní praxí, s výjimkou prodeje na konci sezóny.⁷⁸

V Dánsku platí rovněž postih při užití podnákladových cen dominantním soutěžitelem.⁷⁹ Dále by bylo jednání jakéhokoliv podnikatele postižitelné jako nekalá obchodní praktika (konkrétně klamavá), pokud by cena nebo způsob, jakým je cena vypočítávána, nebo existence zvláštního cenového zvýhodnění, vedla ke klamání spotřebitelů.⁸⁰ Velmi podobná úprava je také ve Švédsku.⁸¹

Ze zemí mimo Evropskou unii lze zmínit například Švýcarsko, kde je zakázáno opakovane nabízet pod cenou vybrané zboží, práce nebo služby a tuto nabídku vyzdvihovat ve své reklamě, čímž dochází ke klamání zákazníků o jejich vlastních schopnostech nebo schopnostech jejich konkurentů; podvod se předpokládá, když je prodejní cena nižší než pořizovací cena za srovnatelné nákupy zboží, prací nebo služeb stejné povahy.⁸²

Jak je patrné z výše uvedeného, jednotlivé národní právní úpravy členských států Evropské unie přistupují k zákazu podnákladových cen odlišně – některé tuto praktiku zakazují a výslovně regulují jako nekalou, jiné ji postihují podle obecných regulí *à la* generální klauzule nekalé soutěže, jiné ji neregulují, neboť ji považují bez dalšího za dovolenou.

Státy Evropské unie však nejsou v regulaci podnákladových cen mimo praktiky dominantního soutěžitele zcela svobodné. Právní úpravy, které považují užití podnákladových cen za nekalé bez dalšího, tj. jako *per se* zakázanou praktiku (ve vztahu ke spotřebiteli, tzv. B2C vztahy), se však mohou dostat do rozporu s evropskou úpravou nekalých obchodních praktik vycházející ze směrnice 2005/29⁸³ založené na principu úplné harmonizace, neboť by tuto směrnici překročily. Touto otázkou se zabýval Soudní dvůr EU (rozhodnutí SDEU C-295/16 ze dne 19. 10. 2017 ve věci *Europamur Alimentación SA vs. Dirección*

⁷⁶ Článek 17 španělského zákona 3/1991 o nekalé soutěži (Law 3/1991 of January 10, of Unfair Competitoin). Zákon dostupný z: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-628-consolidado.pdf>>, [cit. 2021-10-9].

⁷⁷ Článek 17 bod 2 písm. c) španělského zákona o nekalé soutěži.

⁷⁸ Podle řeckého zákona proti nekalé soutěži [Unfair Competition Law (146/1914), as amended by Law 3784/2009], konkrétně jeho čl. 7 bodu 12. Zákon dostupný z: <<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/9769>>, cit. [2021-10-09].

⁷⁹ Dánský soutěžní zákon, část 3, bod 11 (Competition Act; Consolidation Act No. 155 of 1 March 2018). Zákon dostupný z: <<https://www.en.kfst.dk/media/50102/engelsk-oversaettelse-af-lovbkg-155-2018.pdf>>, [cit. 2021-10-09].

⁸⁰ Zákon o marketingových praktikách (Act. No. 426 of May 3, 2017 on Marketing Practices), článek 5 odst. 2 bod 5. Zákon dostupný z: <<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19554>>, [cit. 2021-10-09].

⁸¹ Článek 7 bod 1 zákona o hospodářské soutěži (Competition Act 2008:579). Zákon dostupný z: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/se/se119en.pdf>>, [cit. 2021-10-09]. Dále také § 10 bod 4 zákona o obchodních praktikách (Marketing Practice Act 2008:486 as amended up to Act 2017:1309). Zákon dostupný z: <<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/17731>>, [cit. 2021-10-09].

⁸² Švýcarský Spolkový zákon o kartelech a jiných omezeních hospodářské soutěže, čl. 3, bod 1 písm. f) (Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition). Zákon dostupný z: <<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/16795>>, [cit. 2021-10-09].

⁸³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. 5. 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu (dále rovněž „směrnice 2005/29“).

General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Společnost Europamur prodávala coby velkoobchodník výrobky pro domácnost a potraviny do supermarketů a místních obchodů, které jsou přímými konkurenty velkých řetězců supermarketů. Vzhledem k tomu, že je společnost Europamur součástí nákupní centrály, může svým zákazníkům maloobchodníkům nabízet výrobky za výhodné ceny, kterými mohou uvedeným řetězcům konkurovat. Za toto jednání udělil regionální správní orgán společnosti Europamur pokutu ve výši 3 001 eur z důvodu prodeje pod ztrátou, což mělo být v rozporu s článkem 14 španělského zákona č. 3/1991 o nekalé hospodářské soutěži, který bez dalšího zakazoval prodej se ztrátou a toto jednání kvalifikoval jako nekalou obchodní praktiku. Proti tomuto rozhodnutí byla podána žaloba u správního soudu, který řízení přerušil a obrátil se s předběžnými otázkami na Soudní dvůr EU. Ten rozhodl tak, že směrnice o nekalých obchodních praktikách musí být vykládána v tomto smyslu, že brání takovému vnitrostátnímu ustanovení, které obsahuje všeobecný zákaz nabízet ke koupi nebo prodávat zboží se ztrátou, v němž jsou obsaženy důvody, pro které se lze od tohoto zákazu odchýlit a které jsou založeny na kritériích, jež v této směrnici nejsou uvedena.

Zákaz podnákladových cen bez zohledňování znaků klamavosti či agresivity či generální klauzule nekalých obchodních praktik⁸⁴ v konkrétním případě tedy nebude problém v těch národních úpravách v rámci Evropské unie, které řeší pouze vztahy B2B (tj. vztahy podnikatel vs. jiný podnikatel) – tam se může jednat i o *per se* zákaz, nebo v případech vztahů B2C (tj. vztahů podnikatel vs. spotřebitel), kdy právní postih podnákladových cen bude podléhat posouzení prostřednictvím malých generálních klauzulí nekalých obchodních praktik nebo následně generální klauzule nekalých obchodních praktik⁸⁵ (nebude se tedy jednat o *per se* zákaz).

3.2 Podnákladové ceny jako nekalá soutěž v české právní teorii

Na nekalosoutěžní aspekty podnákladových cen poukazuje konstantní česká doktrína,⁸⁶ která je řadí pod tzv. nepojmenované (soudcovské) skutkové podstaty nekalé soutěže podle *generální klauzule nekalé soutěže*⁸⁷ (§ 2976 odst. 1 občanského zákoníku) výslovně označované jako „cenové podbízení“ či „prodej za podnákladové ceny“. Zdůrazňují, že se dle přístupu doktríny nemusí jednat pouze o dominantního soutěžitele, jako je tomu v režimu antitrustového práva. V případě, že by se takového jednání (tj. prodeje za podnákladové ceny) dopustil dominantní soutěžitel, přichází v úvahu kvalifikace podle obou větví soutěžního práva (poté by bylo možné v rámci generální klauzule nekalé soutěže toto jednání podřadit také pod skupinu nepojmenovaných skutkových podstat nekalé

⁸⁴ Malá generální klauzule klamavých obchodních praktik je obsažena v čl. 6 a 7 směrnice 2005/29 a § 5 a 5a zákona č. 634/1992 Sb., zákon o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále také „z. ochr. spotř.“), malá generální klauzule agresivních obchodních praktik poté v čl. 8 a 9 směrnice 2005/29 a § 5b z. ochr. spotř.

⁸⁵ Generální klauzule nekalých obchodních praktik je obsažena v čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29 a § 4 odst. 1 z. ochr. spotř.

⁸⁶ BEJČEK, J. *Právní význam cenových vybočení (mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen)*, s. 596; ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář. § 2972–2990*, s. 64; ŠTURM, J. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník. § 2894–3081. Velký komentář. Svazek IX*. Praha: Leges, 2018, s. 1160; VEČERKOVÁ, E. *Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly)*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 116.

⁸⁷ Podle § 2976 odst. 1 občanského zákoníku je to „jednání v hospodářské soutěži, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a způsobilo přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům“.

soutěže označovaných jako „*porušení norem veřejného práva se soutěžním dopadem*“⁸⁸). Taková kumulativní kvalifikace je možná i běžná.⁸⁹

Například Hajn⁹⁰ uvádí, že nekalou soutěží by se cenové podbízení (tedy jinak běžný prodej za nízké ceny) stalo tehdy, „*když by byla vedena záměry strategickými: snahou zničit soupeře, resp. vyřadit ho z trhu nebo alespoň z určité oblasti trhu, zaujmout jeho místo na trhu a získat tak mnohem větší volnost v určování ceny*“. K nekalosoutěžnímu charakteru podnákladových cen vynucovaných silnějšími hráči na trhu se kloní také Petr a Vavříček.⁹¹

Prvorepublikový autor Skála⁹² se kloní zpravidla k nezávadnosti podnákladových cen, neboť jejich tvorbu je nutno ponechat obchodní kalkulaci každého soutěžitele, a poukazuje pouze na několik zvláštních výjimek, kdy jsou tyto ceny právně závadné, a tedy nekalosoutěžní.⁹³

Opačný a velmi kontroverzní zásah do poměrně konstantního pojetí novodobé doktríny však přinesla dále rozebíraná rozhodovací praxe Vrchního soudu v Praze.

3.3 Podnákladové ceny jako nekalá soutěž v rozhodovací praxi českých soudů

Rozhodovací praxe soudů je v oblasti podnákladových cen kvalifikovaných jako nekalá soutěž velmi skromná (přitom to nutně nemusí jít „ruku v ruce“ s nulovou právní regulací zkoumané problematiky, protože mnoho nekalosoutěžního jednání, které není výslovně upraveno jako pojmenovaná skutková podstata, je bohatě judikováno⁹⁴). Je tomu tak zejména proto, že se obdobné praktiky dopouštějí zejména silní hráči, zpravidla zaujímající dominantní postavení na trhu, a toto jednání je poté postihováno podle antitrustového práva dozorovými soutěžními orgány. Například na Slovensku, zemi české právní úpravy i judikatorní koncepci nejbližší, nebyl zatím z pohledu nekalé soutěže rozhodován jediný případ podnákladových cen.

Následující text se zaměřuje na specifika současné české judikatury v oblasti posuzování podnákladových cen jako nekalé soutěže.

3.3.1 Prvorepubliková judikatura

Prvorepublikový československý Nejvyšší soud se k problematice podbízivých cen vyjádřil v rozhodnutí sp. zn. Rv I 1703/38 ze dne 28. 10. 1938⁹⁵ tak, že „*jest nekalou soutěží nabízení a prodej nových knih pod cenou, přičít-li se to zvyklosti, která se vytvořila v soutěži-*

⁸⁸ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. 5. 2019 sp. zn. 23 Cdo 5955/2017.

⁸⁹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 14. 1. 2009 sp. zn. 2 Obo 58/2008. Rovněž HARTE-BAVEN-DAMM, H. – HENNING-BODEWIG, F. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, s. 1012.

⁹⁰ HAJN, P. *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 137.

⁹¹ PETR, M. – VAVŘÍČEK, V. Úprava podnákladových cen v České republice. *Právní fórum*. 2006, č. 10, s. 358 an.

⁹² SKÁLA, K. *Nekalá soutěž*. Praha: Praetor, 1927, s. 89 an.

⁹³ Například v případě prodeje zboží pod cenou ze strany kartelů, je-li účelem přinutit soutěžitele k přístupu ke kartelu nebo jej existenčně zničit, podbízení oferenta ve veřejných zakázkách nebo prodej zboží nebo provedení výkonu pod cenou, neopírá-li se stanovení ceny o „*povšechné momenty národohospodářské, nýbrž jediné nebo převážně o výhody, plynoucí z porušení zákonů nebo smluv*“. Mezi tyto zákony řadí především zákony daňové či pracovněprávní. SKÁLA, K. *Nekalá soutěž*. Praha: Praetor, 1927, s. 90–91.

⁹⁴ Například tzv. *free riding*, viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 14. 11. 2008 sp. zn. 32 Cdo 166/2008.

⁹⁵ Citováno dle ASPI, Vážného sbírka.

telských kruzích a podle níž krámská cena nové knihy stanovená nákladem je závazná a se stanoviska stavovského není dovoleno její podbízení“. Jednalo se však o specifický případ tím, že soutěžitel stanovil cenu pod závaznou cenu. Z odůvodnění soudu spíše vyplynulo, že v ostatních případech by se klonil k podpoře svobodné cenotvorby na trhu. Soud zdůraznil, že „*měřítkem mají býti v podstatě mravní názory, obyčeje, zvyklosti, usance a pod., které zachovávají všichni spravedlivě, poctivě, čestně a svědomitě jednající účastníci soutěžního zápasu. Jest ovšem třeba dbáti zájmů soutěžících a též zájmů zákaznických, při čemž solidarita soutěžitelská nesmí sahati tak daleko, aby znemožňovala ochranu spotřebitelů a volnost soutěže, což by důsledkem volné nabídky a poptávky znemožňovalo zlevňovací proces a takto znemožnilo zdravé podnikání. [...] Nepřičí se ani morálce všeobecné ani obchodní, jestliže knihkupec levně nakoupenou knihu resp. knihu dlouhým uskladněním poškozenou prodá s příslušným občanským ziskem, neboť tu chybí znak nekalosti a nemožnosti jednání.*“

Soud však ve zmíněné věci nezkoumal situaci, kdy je zisk nulový či soutěžitelova praktika zasáhne do delší doby působení na trhu (případ očních klinik, viz dále). Naopak Nejvyšší soud České republiky v rozhodnutí sp. zn. 23 Cdo 2343/2009 ze dne 20. 9. 2010 uvedl, že „*nejširší pojetí dovoluje pod pojem „jednání v hospodářské soutěži“ zahrnout i jednání, která nejsou zaměřena na dosažení zisku (hospodářský prospěch nemusí spočívat jen v zisku, může jím být i odstranění konkurenta formou cenového podbízení, tedy ve skutečnosti vykázaní účetní ztráty), jestliže lze z okolností případu usoudit, že mezi účastníky jde o soutěžní vztah.*“

3.3.2 Případ očních klinik

První a stěžejní český případ podnákladových cen řešený soudy jako nekalosoutěžní jednání se týkal sporu očních klinik v Brně. Podstata sporu spočívala v tom, že pro objednávky uskutečněné od srpna do října 2014 nabízel žalovaný laserovou operaci očí (tzv. femtosekundovým laserem) za cenu 6 900 Kč za jedno oko, přičemž běžná cena žalovaného byla 29 000 Kč za jedno oko.

Městský soud v Praze jako soud prvostupňový v rozhodnutí sp. zn. 2 Cm 29/2014 ze dne 11. 7. 2017 shledal takové jednání žalovaného jako jednání naplňující kumulativně podmínky generální klauzule nekalé soutěže (§ 2976 odst. 1 občanského zákoníku) a označil ho za „*nedovolené cenové podbízení*“. Soud uvedl, že „*se žalovaný dopustil nekalosoutěžního jednání, kdy nabízel pouze na klinice v Brně operaci oka za cenu pod vlastními náklady, nikoliv za účelem dosažení zisku, ale se zaměřením na omezení konkurentů formou cenového podbízení*“. Žalobci přiznal přiměřené zadostiučinění v podobě omluvy z důvodu vzniklé nemajetkové újmy spočívající ve vědomosti zákazníků o cenové nabídce služeb žalobkyně a žalovaného, a z důvodu vzniku případných pochybností zákazníků o férovosti cenové nabídky služeb žalobce, v důsledku čehož došlo k úbytku pacientů žalobce. Žalobcem požadované přiměřené zadostiučinění v penězích (800 000 Kč) nepřiznal.

Proti rozhodnutí bylo podáno odvolání, o kterém rozhodl jako soud odvolací Vrchní soud v Praze, sp. zn. 3 Cmo 201/2017, dne 26. 9. 2018. Soud zdůraznil, že důvody, jež vedou podnikatele k uvádění zboží a služeb na trh pod nákladovou cenou, mohou být různé povahy (například od dočasného období „zaváděcích“ cen u nového výrobku až k úsilí o potlačení konkurence). Vrchní soud v Praze sice konstatoval, že v řízení nebylo tvrzeno ani prokazováno případné dominantní postavení žalovaného na trhu, lze se v hodnocení skutkových zjištění přidržet rozhodování ve věcech omezování hospodářské soutěže

predátorskými cenami subjektu, jenž na trhu zaujímá dominantní postavení, a v tomto odkázal blíže na závěry rozhodnutí Soudního dvora EU ve věcech C-62/86 *AKZO Chemie B.V. v. Commission*, či C-202/07 *France Télécom v. Commission*, které odvolací soud vhodně shrnul.

Vrchní soud v Praze z citované judikatury Soudního dvora EU správně dovodil, že sama o sobě podnákladová cena, přesahující však úroveň variabilních nákladů, není projevem zneužití dominantního postavení soutěžitele, může jím být ale tehdy, pokud sleduje záměr vyloučit možnou konkurenci. Zdůraznil, že v posuzované věci nejde o posouzení jednání na trhu dominantního soutěžitele, ale o posouzení naplnění podmínek nekalé soutěže, a z toho důvodu je žádoucí respektovat uvedená hlediska i pro posouzení podmínky rozporu vytýkaného jednání s dobrými mravy soutěže. K tomu, aby soud mohl rozpor s dobrými mravy soutěže dovodit, musí být tvrzeny a prokázány další okolnosti nasvědčující tomu, že užití dané ceny bylo součástí jednání, jež mělo vést – i s její pomocí – k vyloučení konkurence. Vedle objektivních údajů o dopadu vytýkaného jednání na soutěžní prostředí (důsledcích na chování soutěžitelů, včetně jejich cenové reakce, a vlivu na chování spotřebitelů), délky trvání vytýkaného jednání, postavení účastníků na trhu a výsledcích jejich podnikání v daném a souvisejícím období je třeba zjistit a posoudit v komplexu všech zjištění ve věci pravděpodobnou motivaci jednání žalovaného, tj. zda nejsou zde další známky (příznaky) jednání, jež má v konečném důsledku vést k vyloučení konkurence ze strany žalobce, popřípadě k její minimalizaci.

Podle Vrchního soudu v Praze tedy nelze automaticky ztotožnit užití podnákladové ceny (přesahující variabilní náklady) soutěžitelem s porušením dobrých mravů soutěže. Rozhodnutí soudu prvního stupně zrušil a vrátil mu k dalšímu řízení.

Následně *Městský soud v Praze* v rozhodnutí č. j. 2 Cm 29/2014-304 ze dne 24. 9. 2019 žalobu zamítl v plném rozsahu, přičemž odůvodnění vycházelo z výše uvedeného rozhodnutí odvolacího soudu.

Na to podal žalobce odvolání a *Vrchní soud v Praze* opětovně rozhodoval o odvolání, tentokrát rozhodnutím sp. zn. 3 Cmo 203/2019 ze dne 15. 2. 2021. Rozhodnutí soudu prvního stupně potvrdil s tím, že nebylo prokázáno, že žalovaný realizoval tuto nabídku v akci 6 900 Kč se záměrem vyloučit soutěžitele z trhu předmětných nabídek. Z toho důvodu nebylo možné dovodit porušení dobrých mravů soutěže jednáním žalovaného, jež bylo marketingovou akcí předem časově, místně a rozsahem omezenou, založenou na tom, že navýšení počtu operovaných klientů vedlo k tomu, že náklady (fixní) se radikálně snižovaly, až akční cena posléze převýšila cenu nákladovou. Obecně vzato šlo podle soudu o jednání ve prospěch spotřebitelů s pozitivním dopadem na soutěž v dané oblasti trhu, jež vyvinulo tlak na snížení ceny operací ostatními soutěžiteli. Soud dále odkázal na sdělení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), z něhož zjistil, že Úřad byl žalobcem informován o dané akci 6 900 Kč žalovaného, že vyšel z úpravy § 11 odst. 1 písm. e) zákona o ochraně hospodářské soutěže, dle níž aplikace predátorských cen, tj. dlouhodobé nabízení a prodej zboží za nepřiměřeně nízké ceny, je jedním ze způsobů zneužití dominantního postavení soutěžitele na trhu. Porušení zákona formou predátorských cen, jak Úřad dále vysvětlil, tedy nastává v případech, kdy podnik v dominantním postavení stanoví na určitou dobu ceny na nepřiměřeně nízké úrovni, na jejímž základě přivodí sobě i ostatním soutěžitelům ekonomické ztráty, jež konkurenti nejsou s to ustát a trh jsou nuceni opustit, tj. za stavu, kdy soutěžitel v dominantním postavení systematicky a dlouhodobě nabízí své zboží za nízké ceny a kde prvotním účelem takového chování není dosažení zisku, ale eliminace konkurentů. Na základě provedeného šetření

Úřad dospěl k závěru, že společnost žalovaného nenaplnuje již základní podmínku dané skutkové podstaty protisoutěžního jednání, a to, že by zaujímala na relevantním trhu dominantní postavení, případně nemohlo dojít ani k jeho zneužití a o jednání v rozporu se zákonem tak nejde. Optikou uvedeného sdělení Úřadu o jeho šetření akce 6 900 Kč, včetně ověření postavení žalovaného na trhu, s přihlédnutím ke zjištění soudu o krátkodobosti akce a jejích předem určených pravidlech a o v řízení prokázaném ekonomickém záměru žalovaného v ní, nelze podle Vrchního soudu v Praze dospět k jinému závěru, než že jednání žalovaného nebylo jednáním v rozporu s pravidly hospodářské soutěže dle zákona o ochraně hospodářské soutěže, ale ani jednáním nekalosoutěžním. Vzhledem k postavení žalovaného na trhu bylo vyloučeno, aby pro jemu vytýkané jednání došlo jakkoli k podstatnějšímu ovlivnění hospodářské soutěže v daném segmentu trhu. Bez ohledu na to však jednání žalovaného nenaplnilo ani podmínky, za nichž lze uvažovat (i kdyby takové postavení zaujímal) o cenách žalovaného jako o cenách predátorských. Proti rozhodnutí Vrchního soudu v Praze bylo podáno dovolání k Nejvyššímu soudu, o němž nebylo doposud rozhodnuto.

3.3.3 Případ autobusových dopravců

Druhý případ podnákladových cen, který byl řešen českými soudy jako nekalosoutěžní jednání, je případ autobusových dopravců. Žalobci byli autobusoví dopravci STUDENT AGENCY k. s. a RegioJet a. s., žalovaným autobusový dopravce FlixBus CZ s. r. o. Podstatou sporu byla praktika žalovaného, který nabízel cestujícím extrémně nízké ceny jízdenek ve srovnání s průměrnými cenami jízdenek jiných dopravců, které nepokrývají náklady žalovaného při provozování předmětných služeb (např. Praha – Brno za cenu 82 Kč). Dle znaleckého posudku výnosy žalovaného pokrývaly pouze 55,7–81,2 % nákladů.

Tento případ řešil opět Městský soud v Praze (tentokrát pod sp. zn. 41 Cm 12/2019 ze dne 13. 12. 2019), který však po již proběhlém odvolacím řízení převzal vesměs závěry z předchozího řízení, které nastolil Vrchní soud v Praze ve věci očních klinik. Soud žalobu zamítl v plném rozsahu. Zde byl poměrně kuriózní žalobní nárok spočívající v požadavku zdržet se nekalosoutěžního jednání v podobě uplatňování podnákladových cen a stanovení jízdného tak, aby průměrná cena jízdného na jednu osobu nebyla nižší než odpovídající náklady (např. 148 Kč při cestě Praha–Brno). Městský soud v Praze správně zdůvodnil, že *zdržovacímu nároku nebylo možné vyhovět*, protože by se tím *de facto* přímo stanovila minimální cena, což by bylo zakázanou kartelovou dohodou ve smyslu § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže, a tím i narušení hospodářské soutěže. Soud zdůraznil, že případná regulace cen v dané oblasti trhu náleží příslušnému orgánu státní správy, nikoliv soudu. Soud dále ve věci samé neshledal naplnění podmínek generální klauzule nekalé soutěže podle § 2976 odst. 1 občanského zákoníku. Poukázal na to, že není sporu o tom, že účastníci jsou soutěžitelé v přímém konkurenčním vztahu. Ve zdravém tržním prostředí je na každém soutěžiteli, aby si svobodně stanovil svoji obchodní strategii a cenovou politiku. Jednání soutěžitele však nesmí být ve vztahu k ostatním soutěžitelům či zákazníkům v rozporu s dobrými mravy soutěže. Naplnění této podmínky je třeba posuzovat v každém jednotlivém případě zvlášť s ohledem na všechny okolnosti dané věci. Nabízení služeb za nízké ceny (není rozhodné, zda se jedná o podnákladové ceny) není z hlediska soukromoprávního vztahu soutěžitelů na daném segmentu trhu považováno bez dalšího za rozporné s dobrými mravy soutěže; pokud se ovšem nejedná o extrémní cenovou politiku (např. symbolická 1 Kč), což není případ žalovaného...

Jedinou výjimkou je dlouhodobé nabízení a prodej zboží za nepřiměřené ceny soutěžitelem, který má dominantní postavení na relevantním trhu. Soud ve svém rozhodnutí odkázal na rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 27/2011 (kasační stížnost zamítnuta rozhodnutím Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 187/2014), kde bylo pravomocně rozhodnuto o tom, že společnost STUDENT AGENCY k. s. zneužila své dominantní postavení na trhu poskytování služeb veřejné osobní autobusové dopravy na trase Praha–Brno a zpět dlouhodobým uplatňováním nepřiměřeně nízkých cen, které mělo za následek narušení hospodářské soutěže na daném trhu, a to na újmu společnosti ASIANA spol. s r.o. a konečných spotřebitelů. Z odůvodnění citovaného rozhodnutí dle soudu vyplývá, že „samo stanovení ceny pod úrovní celkových nákladů nestačí, neboť k němu ještě musí přistupovat podmínka ve formě dostatečně jasného plánu eliminovat jiného soutěžitele“. Podle soudu žalobci pouze spekulovali o tom, že cílem zavedení nízkých cen žalovaným je vytlačení žalobců z trhu, přičemž soudu se „jeví v této souvislosti jako věrohodná argumentace žalovaného, že zavedení nízkých cen při vstupu nového hráče na trh může mít za cíl ve vztahu k silnějším konkurentům etablovat se a udržet se na trhu“. Proti rozhodnutí Městského soudu v Praze bylo podáno odvolání k Vrchnímu soudu v Praze, řízení bylo následně přerušeno a ke dni uzávěrky tohoto článku nerozhodnuto. Závěr Vrchního soudu však nebude překvapivý, lze očekávat, že vyjde ze stejných závěrů, které již nastolil ve věci očních klinik, tedy rozhodnutí Městského soudu v Praze potvrdí.

4. Záměna ochranného účelu obou větví soutěžního práva na příkladu rozhodovací praxe českých soudů u podnákladových cen?

4.1 Směšování účelu antitrustového práva a práva proti nekalé soutěži

V praxi i v odborné literatuře se poměrně striktně odlišuje mezi soukromým a veřejným soutěžním právem – problematika podnákladových cen je však naopak případem, kdy české soudy zaměňují mezi oběma větvemi soutěžního práva, aplikují pravidla z jedné větve u druhé, čímž popírají smysl a účel právní úpravy nekalé soutěže a práva antitrustového.

Mám za to, že není možné bez dalšího „slepě“ převzít vymezení zakázaného konceptu podnákladových cen z oblasti veřejného soutěžního práva, neboť tato sleduje jiný účel, a to eliminaci vykořisťovacích praktik dominantního soutěžitele (ochranu existence soutěže⁹⁶). Proto téměř až „blanketní“ odkaz nekalosoutěžních soudů na antitrustový koncept uchopující podnákladové ceny jako protisoutěžní jednání dominantanta není podle mého názoru správný. Právo nekalé soutěže nemá doplňovat kartelové právo o další typ sankcí (viz § 2990 o. z.), ale umožňovat zachytit pod generální klauzuli jako záchrannou síť další typy jednání, které občanský zákoník výslovně nepojmenovává, ale které mohou být v konkrétním případě závadné pro kvalitu soutěže, jiné soutěžitele nebo zákazníky. Jak uvádí Callmann,⁹⁷ „účel zničení soutěžitele prostředky, které nespádají do oblasti spravedlivého obchodu a poctivé hospodářské soutěže, je cílem, který zjevně podrývá cíl hospodářské soutěže a představuje zásah do přirozeného toku hospodářské soutěže“.

⁹⁶ PELIKÁN, R. Jak je to s novelou zákona o cenách. *Právní zpravodaj*. 2006, č. 1, s. 15.

⁹⁷ CALLMANN, R. *Boycott and Price War: Violation of the Antitrust Laws or Unfair Competition?*, s. 142.

Jen samotná skutečnost, že se jedná o problematiku podnákladových cen, která je v oblasti veřejného soutěžního práva bohatě vymezena a judikována, nemůže vést bez dalšího k mechanickému zkopírování do konceptu práva proti nekalé soutěži (jak učinil Vrchní soud v Praze ve výše vymezených rozhodnutích), který je konstantně založen na objektivním principu⁹⁸ (nezáleží tedy na tom, čeho soutěžitel chtěl svojí praktikou docílit či co zamýšlel, ale jaký efekt to ve vztahu k soutěžnímu prostředí či jinému soutěžiteli či zákazníkovi vyvolalo). Proto nezbytnost zkoumání „záměru eliminovat soutěžitele“, jenž je dovozován v oblasti veřejného soutěžního práva, nemůže být převzat jako esenciální podmínka nekalosoutěžních podnákladových cen. Takový závěr judikatury by popíral smysl a účel práva proti nekalé soutěži. V této souvislosti situaci velmi vhodně vyjádřil již v 60. letech 20. století Callmann,⁹⁹ který uvedl, že „*odvolávat se na antimonopolní zákony při rozhodování o čistém případě nekalé soutěže je jako strílet veverka sloními pistolemi!*“.

Cílem soutěžitele užívajícího podnákladové ceny je „vyhladovění“ konkurence a často také odrazení vstupu potenciálních konkurentů na trh.¹⁰⁰ Z uvedeného vyplývá, že závadné nebude zpravidla jednání jednorázové či krátkodobé (akce typu „vyzkoušejte“). Exaktní vymezení hranic mezi *krátkodobým* (zpravidla právně nezávadným) a *dlouhodobým* (zpravidla právně závadným)¹⁰¹ jednáním není možné a je nutné vždy zohledňovat okolnosti konkrétního jednání. Jak zdůrazňuje Kuča,¹⁰² praktickým smyslem dlouhodobosti je vyloučit případy, kdy jednání je nahodilé, a proto nemůže vyvolat protisoutěžní účinky. Zcela zásadní je zohlednění délky dopadu užití podnákladových cen, nikoliv délka trvání nabídky (viz případ očních klinik). Na druhou stranu však Bednář¹⁰³ poukazuje na protisoutěžní nebezpečí také v podobě prodeje zboží jednorázového charakteru – například nedovolené zaváděcí ceny, pokud se jedná o prodej zboží dlouhodobého charakteru (zde by se dalo odkázat jednoznačně na případ očních klinik).

Dovolenost, respektive nedovolenost konkrétní podoby podnákladových cen by měla být zkoumána v právu proti nekalé soutěži tak, jak je v této oblasti soutěžního práva obvyklé, tedy *podle okolností konkrétního případu*. Kumulativní naplnění podmínek generální klauzule nekalé soutěže (§ 2976 odst. 1 občanského zákoníku) tak bude rozhodující, z těchto poté vyplyne otázka zejména posouzení jednání jako rozporného s dobrými mravy soutěže, které bude odvislé striktně od zohlednění skutkového stavu případ od případu. Lze si představit, že užití podnákladových cen tak, že se bude jednat o akci krátkodobou vyvolávající současně jen krátkodobé účinky¹⁰⁴ (např. týdenní prodej určitého druhu chipsů, případně i jejich distribuce zdarma), která bude představovat spíše určitou podobu marketingové akce („spotřebiteli, vyzkoušej si náš produkt, ochutnej jej“ – lépe než masivní investice do reklamy), může být nezávadné, naopak případ očních klinik považují

⁹⁸ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 25. 10. 2012 sp. zn. 23 Cdo 3964/2011 (k nekalé soutěži jako objektivnímu deliktu), nebo rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2014 sp. zn. 7 Afs 57/2011: „[N]ení nutné se konceptem uplatňování podnákladových cen zabývat do všech podrobností. Podstatné je, zda žalobce skutečně (ojediněle) ceny pod vlastní náklady uplatňoval, a pokud ano, pak za jakých okolností a v jakém kontextu se tak choval.“

⁹⁹ CALLMANN, R. *Boycott and Price War: Violation of the Antitrust Laws or Unfair Competition?*, s. 131.

¹⁰⁰ Viz MUNKOVÁ, J. – KINDL, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 215.

¹⁰¹ Na nezbytnost dlouhodobosti jako znaku nekalosoutěžních podnákladových cen poukazuje i slovenský autor VOZÁR, J. *Právo proti nekalej súťaži*, s. 106.

¹⁰² KUČA, V. *Jak poznat predatorní ceny?*, s. 531.

¹⁰³ BEDNÁŘ, J. *Aplikace soutěžního práva v rozhodovací praxi*. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 161.

¹⁰⁴ Krátkodobá ztráta je tu jakousi investicí, která se má v budoucnu zhodnotit – BEJČEK, J. *Právní význam cenových vybočení (mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen)*, s. 594.

za právně závadný, tedy nekalosoutěžní. Akce trvající dva měsíce, přičemž podnákladová cena (akce) byla vztažena i na ty případy, kdy si zákazník operaci v době trvání akce objednal (byť operaci realizoval až mnohem později), považuji za ten konkrétní případ, kdy dochází k naplnění protisoutěžního záměru, který je již realizován dlouhodobě s příslušnými dopady (zejména narušení soutěže, respektive eliminace konkurence).¹⁰⁵ Rozdíl tak bude ve stanovení podnákladových cen u autobusové dopravy a u očních klinik. Zatímco lze předpokládat, že zákazník v případě autobusové dopravy využije tohoto typu dopravy v životě mnohokrát či dokonce pravidelně, v případě jednorázového odstranění oční vady nikoliv. Nelze tedy u obou zkoumaných případů dospět bez dalšího ke shodnému zobecněnému závěru ne/dovolenosti podnákladových cen, ale je nutno zkoumat specifickou trhu, služeb a další aspekty potenciálně či reálně závadného jednání. Při stanovení konceptu, jaký nastolil Vrchní soud v Praze, by bylo do budoucna prakticky nemožné kvalifikovat ani ty nejflagrantnější případy predátorsky nízkých cen za zakázané, pokud by se takového jednání nedopustil dominant. Přitom taková taktika, jak ukazují případy z praxe, není rysem jednání toliko dominantních soutěžitelů, ale jakýchkoliv soutěžitelů obecně silných, jimž zejména jejich další tržní aktivity umožňují financovat tyto akce v jiných oblastech trhu a zaujmout tak zákazníky.¹⁰⁶

Navrhuji tedy řešení spočívající v tom, že není vždy nezbytným znakem protisoutěžního charakteru podnákladové ceny její dlouhodobost, *ale intenzita či míra ovlivnění trhu, soutěže nebo spotřebitele*, přičemž dlouhodobost automaticky tuto nezbytnou intenzitu evokuje.

4.2 Problémy spojené s nutností prokazovat záměr eliminovat konkurenci

Pro posouzení podnákladových cen jako nekalosoutěžních nepovažuji rovněž za nezbytné, aby musel být dovozen *záměr eliminovat konkurenci*, jak striktně nastolil Vrchní soud v Praze. Mám za to, že tento záměr by měl být zohledňován, nikoliv však jako předpoklad pro kvalifikaci jednání jako závadného, ale jedna ze skutečností, která by měla být vzata v úvahu pro komplexní posouzení věci.

Trvání na požadavku, aby žalobce prokázal záměr žalovaného eliminovat konkurenci, znamená totéž jako bez dalšího konstatovat, že podnákladové ceny nejsou zakázané. Nesprávnost přístupu Vrchního soudu v Praze totiž shledávám v tom, že antitrustové právo může s tímto konceptem do určité míry počítat (užívat jej), neboť soutěžní úřad je

¹⁰⁵ Tento závěr odůvodňuji následovně: Pokud dojde k významnému odlivu tržeb za zboží a služby, dojde k významnému narušení peněžních toků společnosti (Cash Flow). Pokud nadto budeme uvažovat o průměrné době obratu závazků v délce 30 dnů (zpravidla doba splatnosti faktur), společnost nebude mít jak své závazky hradit (bude více než měsíc bez dostatečných příjmů plynoucích z tržeb za zboží a služby), přičemž se může dostat až do situace primární platební neschopnosti. To s sebou přináší další zvýšené náklady v podobě úroků z prodlení nebo smluvních pokut. Méně radikálním řešením nedostatku peněžních prostředků je financování prostřednictvím cizích zdrojů (úvěr), ale to s sebou opět přináší zvýšení nákladů v podobě úroku (začarovaný kruh menších příjmů a vyšších nákladů, tím pádem o to nižšího zisku, může být opět pro podnikatele ve finále likvidační). Je to obdobné změně kvality života fyzické osoby, pokud skončí dva měsíce bez příjmů, případně se příjmy podstatně sníží – čerpá úspory, bere si půjčky, omezuje spotřebu... Analogicky tomu se změní také „kvalita podnikání“ zasažených podnikatelů, a tím pádem kvalita soutěžního prostředí trhu, na němž působí.

¹⁰⁶ Toto může snadněji dělat soutěžitel, který operuje na více trzích, může si saturovat ztráty v jedné oblasti tou druhou (např. současně kamionová i osobní nebo autobusová a železniční doprava).

vybaven *ex offio* vyšetřovacími nástroji. Zajišťování důkazů o protisoutěžním záměru (záměru eliminovat ostatní soutěžitele) podléhá v oblasti veřejného soutěžního práva složitým procesům, obdobně jako je tomu u zjišťování kartelového charakteru jednání. Těmito důkazy mohou být rozmanité korespondence, zachycené deklarované strategie, výpovědi svědků apod. Proces zajišťování důkazů podléhá pravidlům stanoveným zákonem o ochraně hospodářské soutěže a správním řádem a spadá do gesce Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který má řadu prostředků, jak příslušné informace získat.¹⁰⁷ Naopak právo proti nekalé soutěži jako čistě soukromoprávní oblast žalobci nedává prakticky žádné prostředky, kterými by mohl takový protisoutěžní záměr prokázat, respektive citlivé či nedostupné důkazy svědčící o skutečném záměru soutěžitele z(a)jistit.¹⁰⁸ Postavení stran sporu v oblasti nekalé soutěže se vyznačuje informační asymetrií a tuto není možné kompenzovat ani ustanovením § 127 odst. 4 občanského soudního řádu upravujícího tzv. ediční povinnost ve vztahu k vyhotovení znaleckého posudku, neboť její splnění je komplikované vynutitelné.¹⁰⁹ Žalobce tak zpravidla musí znalci předkládat vlastní náklady či náklady konkurence, což vede mnohdy k nevypovídajícím výsledkům takových posudků. V některých případech musí kromě přímých důkazů postačit také důkazy nepřímé.¹¹⁰

Neméně důležitým faktem zůstává také skutečnost, že nekalá soutěž je konstantně pojmána jako *objektivní delikt*.¹¹¹

Na problematičnost prokazování záměru vyloučit konkurenci poukazuje i Bejček,¹¹² podle něhož užití „silných“ výrazů o zničení či vyřazení konkurenta ještě nemusí nutně představovat právně relevantní důkaz takového záměru, nebo Hajn,¹¹³ který zdůrazňuje, že spolehlivý důkaz se většinou podaří získat až v okamžiku, kdy nekalá soutěž dosáhla svého cíle a vyřadila konkurenta. Kuča¹¹⁴ zdůrazňuje, že je zřejmé, že snaha porazit konkurenci představuje obvyklou součást hospodářské soutěže a protiprávnost není možné dovozovat pouze ze skutečnosti, že se soutěžitel snaží uspět na úkor konkurence. Možné

¹⁰⁷ Viz např. šetření na místě v obchodních prostorách podle § 21f zákona o ochraně hospodářské soutěže.

¹⁰⁸ H. W. Ferrier uvádí, že některé státy stanoví přenesení důkazního břemene ohledně režijních nákladů na žalovaného tím, že prodej je nižší než fakturační (nebo reprodukční) náklady plus libovolná přírůžka *prima facie* prodeje pod náklady. Metodu považuje za spravedlivou a v mnoha situacích (jako například v případech, kdy žalobce nemá důkaz o skutečných nákladech žalovaného) by měla být velkou výhodou. FERRIER, H. W. *Unfair Competition: Problems of Proof of Costs under the Unfair Practices Acts*, s. 223.

¹⁰⁹ Povinnost poskytnout součinnost může osobě uložit pouze soud, nikoliv znalec sám. Stejně tak postih, kterým v tomto případě může být jednak předvedení dle § 52 občanského soudního řádu, nebo pořádková pokuta dle § 53 občanského soudního řádu, která může být uložena pouze soudem, nikoliv znalcem samotným, srov. LAVICKÝ, P. *Občanský soudní řád. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 612 an. Nedostatečným poskytnutím součinnosti může docházet k překročení lhůty pro podání posudku, stejně jako ke zbytečným průtahům řízení. V takovém případě je na komunikaci soudu se znalcem, aby zjistil, v čem spočívá problém, a případně využil výše nastíněných prostředků za účelem přimět osobu ke spolupráci, srov. JIRSA, J. *Občanský soudní řád. 2. část: Soudcovský komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 303 an.

¹¹⁰ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brusel, prosinec 2005, body 113–123.

¹¹¹ Objektivní charakter nekalé soutěže jakožto deliktu je respektován i po rekodifikaci občanského práva. Je zde zachována koncepce, dle které je rozhodující výsledek jednání osoby, a to bez ohledu na úmysl či zavinění, srov. ONDREJOVÁ, D. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář. § 2972–2990*, s. 1769, nebo rovněž rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 25. 10. 2012 sp. zn. 23 Cdo 3964/2011.

¹¹² BEJČEK, J. *Právní význam cenových vybočení (mimořádně vysokých a mimořádně nízkých cen)*, s. 612.

¹¹³ HAJN, P. *Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži*, s. 137.

¹¹⁴ KUČA, V. *Jak poznat predatorní ceny?*, s. 529.

řešení pak přináší Šilhán,¹¹⁵ který má za to, že koncepce „záměru“, jak vyplývá ze zkoumané problematiky, nezakládá subjektivní koncepci zneužívajícího jednání, které by jako svůj definiční znak mělo vědomé zavinění ze strany dominanta. Šilhán uvádí, že „na rozdíl od subjektivního pojmu zavinění, zneužívající záměr lze pojmut i jinak – ve smyslu ekonomickém. Pak by byl kategorií poněkud odlišnou, do značné míry přeci jen objektivizovanou, neboť korigovanou z pohledu ekonomicky opodstatněného chování. Nejde tedy o ‚záměr‘ v pravém smyslu slova, pokud v pojmu hledáme jeho ryze subjektivní složku, přibližuje se spíše na úroveň objektivního ospravedlnění, ovšem nahlíženého z opačné strany.“

Německá koncepce nabádá ke sledování určitých indicií, které mohou v konkrétním případě svědčit o úmyslu vytlačit konkurenci z trhu:¹¹⁶

- soutěžitel nabízející výrobky pod cenou má silnější postavení na trhu nebo je podstatně kapitálově silnější,
- výrobky pod cenou nenabízí jen na krátké období jako podnět k zavedení anebo znovuoživení výrobku,
- cíleně nabízí výrobky pod cenou, jakou zavádí konkurenční soutěžitel, a na toto uskutečňuje protireklamu,
- prodej pod cenou je lokálně ohraničený na určité soutěžní území (relevantní trh).

Zajímavé řešení otázky složitého prokazování záměru eliminovat konkurenci podnákladovými cenami přinesl Nejvyšší soud státu Colorado¹¹⁷ – zde byla otázka úmyslu vyřešena konstatováním, že žalovaný věděl, že poškozuje své konkurenty, a za toho stavu je třeba předpokládat, že je měl úmysl poškodit.

Určitým řešením by mohlo být přijetí teze o *důkazu všeobecnou zkušeností*.¹¹⁸ Ostatně – jak již bylo uvedeno výše, užitím podnákladových cen soutěžitel popírá dosažení zisku (tento dobrovolně obětuje) a nabízí se tak otázka motivu jejich využití. To podporuje i přístup těch právních úprav, které užití podnákladových cen zakazují bez dalšího (Polsko, Francie, Španělsko). Nelze v tomto případě konstatovat, že nastavení podnákladových cen v sobě automaticky zahrnuje záměr vyloučit konkurenci v dané oblasti trhu? Motiv predátora by měl být presumován (na principu vyvratitelné právní domněnky) tam, kde je prokázáno, že ceny jsou nesporně podnákladové a po dobu na trhu neakceptovatelnou (tedy jsou kumulativně naplněny podmínky podnákladovosti a časovosti), respektive v případě neprokázání jiných důvodů, proč soutěžitel-predátor přistoupil z obchodního hlediska k tak extrémně nízkým cenám.¹¹⁹

¹¹⁵ ŠILHÁN, J. *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie*. Brno: Tribun EU, 2009, s. 107 a 108.

¹¹⁶ VOZÁR, J. Predaj výrobkov pod cenu a nekalá súťaž. *Právni rozhledy*. 1999, č. 10, s. 530 an.

¹¹⁷ *Věc Dikeou v. Food Distributors Ass'n* (Colo. 1940) 108 P. (2d) 529. Citováno dle Unfair Competition: Problems of Proof of Costs under the Unfair Practices Acts. *California Law Review*. 1942, Vol. 30, No. 2, s. 224. Dostupné z: <<https://www.jstor.org>>.

¹¹⁸ Obdobné řešení se navrhuje při problémech s prokazováním nemajetkové újmy. Blíže viz ONDREJOVÁ, D. Přiměřené zadostiučinění v nekalé soutěži I. Podstata, funkce a nepeněžitá podoba přiměřeného zadostiučinění. *Bulletin advokacie*. 2018, č. 12, s. 23 an.

¹¹⁹ To ostatně do určité míry podpořil i Soudní dvůr EU, který ve věci „*Post Danmark*“ (věc C-209/10) konstatoval, že „ceny nižší než průměrné variabilní náklady jsou zásadně zneužitím dominantního postavení, jelikož se předpokládá, že soutěžitel s dominantním postavením uplatňováním takových cen nesleduje žádný jiný hospodářský účel než vyloučení svých konkurentů“.

Jiným možným řešením by bylo také nastolení obrácení důkazního břemene ve prospěch žalobce (tedy žalovaný by musel prokázat, že užitím podnákladových cen nesleduje záměr vyloučit konkurenci).¹²⁰

4.3 Opomenutí zohlednění specifik relevantního trhu, respektive průměrného spotřebitele

Zcela stranou uvedených rozhodnutí českých soudů byla otázka zohlednění specifik konkrétního trhu, kde byly podnákladové ceny nastoleny, respektive chování průměrného spotřebitele na tomto trhu.

Právě zohlednění vnímání určité praktiky průměrným spotřebitelem je jedním z hlavních kritérií při posuzování nekalosti. Právní úprava nekalé soutěže nesměruje k ochraně trhu před úplnou eliminací konkurence, naopak toto pojetí směřuje na problematiku získání většího tržního podílu jednoho soutěžitele na úkor druhého, pokud k tomu dojde pomocí praktiky naplňující znaky nekalé soutěže. Nekalosoutěžní úprava má dát možnost obrany dotčenému (skutečně či potenciálně poškozenému) subjektu, byť poškození může spočívat toliko ve ztrátě důvěry (preferencí) pouze části spotřebitelů, a tím ztrátě části tržního podílu bez ohledu na to, že ani jeden ze soutěžitelů není v dominantním postavení a relevantní trh nakonec neopustí ani jeden z nich.

Lze mít za to, že ne u všech segmentů trhu reagují zákazníci shodně na změnu ceny.¹²¹ Například u laserových operací očí, jako tomu bylo v jednom ze zkoumaných případů, vyznačujících se vysokou cenou služeb (desítky tisíc Kč), která představuje pro průměrného spotřebitele, jenž je stěžejním kritériem posuzování nekalosti v právu proti nekalé soutěži, vysoký výdaj (mnohdy přesahující až roční volné prostředky domácnosti), bude cenu služby zkoumat spotřebitel pozorný, pečlivě sledující (srovnávající) nabídky na trhu¹²² a promptně reagující na výraznou slevu (je schopen akční nabídce přizpůsobit časově svoji poptávku – to, co zvažoval realizovat v budoucnu, např. v horizontu let, nyní z důvodu očekávané vysoké úspory zrealizuje ihned). Náhlá výrazně nízká cena oproti konkurenci může navíc přilákat ty spotřebitele, kteří nákup dané služby (zboží) nezvažovali právě z důvodu vysoké ceny.

Současně je třeba zohlednit také protichůdné přístupy, tedy zda průměrný spotřebitel na výrazné slevy drahých služeb či zboží nebude reagovat právě opačně – nízká cena může vyvolat nedůvěru v produkt (nebude operaci provádět nějaký lékař „začátečník“ apod.).¹²³

¹²⁰ Jak ostatně analogicky vyplývá z rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 16. 12. 2011 sp. zn. 22 Cdo 883/2010: „Obecně platí, že důkazní břemeno ohledně určitých skutečností leží na tom účastníku řízení, který z existence těchto skutečností vyvozuje pro sebe příznivé právní důsledky; jde o toho účastníka, který existenci těchto skutečností také tvrdí. V některých případech strana zatížená důkazním břemenem však objektivně nemá a nemůže mít k dispozici informace o skutečnostech významných pro rozhodnutí ve sporu, avšak protistrana má tyto informace k dispozici. Jestliže pak strana zatížená důkazním břemenem přednese alespoň „opěrné body“ skutkového stavu a zvýší tak pravděpodobnost svých skutkových tvrzení, nastupuje vysvětlovací povinnost protistrany; nesplnění této povinnosti může mít za následek hodnocení důkazu v neprospěch strany, která vysvětlovací povinnost nesplnila.“

¹²¹ Srov. např. Holandský test cenové citlivosti in KOLINGEROVÁ, T. Holandský test cenové citlivosti: případová studie. *Vědecký časopis Fakulty ekonomické ZČU v Plzni*. 2017, č. 4, s. 27–33.

¹²² To potvrzuje také rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 6. 2017 sp. zn. 4 As 20/2017.

¹²³ Spotřebitel může mít ve výsledku zkreslenou představu o tržní ceně, může proto podezřívát lékaře poskytujícího služby za podnákladovou cenu, že je začátečník či „neodborník“, ale zároveň může podezřívát lékaře, který nabízí služby za obvyklou tržní cenu, že je předražený, „zloděj“, jelikož spotřebitel v informačním deficitu nemůže mít vždy reálnou představu o skutečné tržní ceně.

Lze vycházet také z postoje průměrného spotřebitele, u něhož hraje cena jen podružnou roli a dá zejména na kvalitu na základě doporučení, hodnocení jiných zákazníků apod. Uvažovat je možné také v intencích toho, že cena je v případě lékařských zákroků (stejně jako kosmetických) podružná, neboť jde primárně právě o zdraví zákazníka, o které spotřebitel dbá a cena nehraje stejnou roli jako u nákupu jiných produktů. Takový názor však nezastávám – spotřebitel v průměru stále činí ekonomická rozhodnutí podle ceny, a to i v takových otázkách, které souvisí se zdravím (nákup doplňků stravy, potravin obecně) – to platí tím spíše, čím je daný produkt dražší.

Vše výše uvedené musí být zohledněno podle okolností konkrétního případu a mělo by se promítnout do finální kvalifikace jednání jako nekalosoutěžního.

V případě dopravy se jedná o běžný a zpravidla také (zejména u vnitrostátní dopravy) dostupný produkt (službu), jehož cena může činit zanedbatelnou část měsíčního rozpočtu u široké základny spotřebitelů (desítky, maximálně stovky Kč). Průměrný spotřebitel tak může, ale i nemusí být pozorný a reagovat na cenu – v případě, že službu využívá například za účelem dojíždění každý den, poté například 20 % rozdíl v ceně oproti konkurenční nabídce může být významný, v případě jednorázového užití služby může být pro spotřebitele více než cena rozhodující navazující spoj, přímý spoj, dostupnost v určitém čase apod. a může ceně věnovat spíše menší pozornost – to platí také v případě krátkých a levných spojů.¹²⁴ Posouzení chování průměrného spotřebitele v oblasti dopravy bude podléhat vysoce specifickým okolnostem konkrétní služby i trhu.

Naopak případem, kdy budou podnákladové ceny pro průměrného spotřebitele zcela irrelevantní a tedy cenová citlivost nulová, jsou statky, za které spotřebitel nenese náklady přímo – například léky na předpis, pokud jsou léky plně hrazeny pojišťovnou.

Pro závěr o nekalosoutěžním charakteru podnákladových cen by tak měl přistoupit jako stěžejní také argument citlivosti průměrného spotřebitele na cenu konkrétního statku, jak bylo naznačeno výše. Jestliže zde není citlivost na cenu, pak zde nemůže být záměr eliminace konkurence (respektive takový pokus je zjevně nezpůsobilý).

4.4 Ochrana proti nekalé soutěži v oligopolním tržním prostředí

Dalším významným aspektem, který může ovlivnit závěr o tom, zda předmětné jednání spadá do oblasti ochrany hospodářské soutěže, či ochrany proti nekalé soutěži, je tržní prostředí, ve kterém se realizace podnákladových cen odehrává (relevantní trh, kde dochází k hospodářskému styku).

V uvedených příkladech řešených českou judikaturou se jedná o typ nedokonalého tržního prostředí s malým množstvím tržních subjektů nabízejících zaměnitelný produkt,¹²⁵

¹²⁴ Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 6. 2017 sp. zn. 4 As 20/2017: „Jinou míru pozornosti lze po spotřebiteli požadovat při nákupu výrobků nepatrné hodnoty a jinou míru pozornosti u výrobků vyšší hodnoty, důležitosti nebo speciálního určení.“

¹²⁵ V případě očních klinik nabízí na jihomoravském relevantním trhu službu v podobě laserové operace očí pouze šest poskytovatelů (přičemž se jedná o pět soukromých klinik a Fakultní nemocnici Brno); s těmito subjekty poté spolupracují jednotliví odborníci (srov. např. nabídku dostupnou z: <<https://www.lekari-online.cz/ocni-lekarstvi/lekari/laserove-korekce-ocnich-vad?region=jihomoravsky>>, [cit. 2021-10-10]). Co se týče poskytování meziměstské autobusové dopravy na trase Brno–Praha, je služba nabízena téměř výhradně subjekty STUDENT AGENCY k. s. a FlixBus s. r. o. Ostatní poskytovatelé tvoří tzv. konkurenční lem, jelikož službu nabízejí v průměru pouze jednou za den (srov. vyhledávání autobusových spojů na trase Brno–Praha prostřednictvím platformy IDOS, dostupné z: <<https://idos.idnes.cz/autobusy/spojeni/vysledky/?date=10.10.2021&time=00:00&f=Brno&fc=1&t=Praha&tc=1&direct=true>>, [cit. 2021-10-10]).

kteře jsou schopny díky značnému tržnímu podílu ovlivnit sledovaný trh. Je to dáno nejen homogenním produktem, ale také překážkami vstupu na trh v podobě vysokých vstupních nákladů a administrativních překážek¹²⁶ (v uvedených příkladech se jedná např. o vybavení v podobě autobusů nebo technologie v případě očních klinik, ale významnou roli zde hraje i řada povolení, případně atestací apod.). V tomto tržním prostředí jsou na sobě konkurenti vzájemně závislí, a právě tato závislost nutí jednotlivé společnosti reagovat na změnu jednání konkurenta.

Uvedená závislost často vede ke sledu reakcí a protireakcí mezi konkurenty. Typické pro toto tržní prostředí je následování snížení ceny, na rozdíl od jejího zvýšení, které konkurence z důvodu obsazení většího tržního podílu nenásleduje.¹²⁷ V takovém případě dochází často k již zmíněným cenovým válkám, které mohou zatlačit ceny až na úroveň podnákladových cen.

Dochází tak jednak k narušování existence tržního prostředí, jelikož ne všichni konkurenti mají dostatečné zdroje pro udržení podnákladových cen a z trhu jsou po odčerpání všech zdrojů vytlačeni, přičemž nejsilnější společnost s nejvyššími disponibilními zdroji tímto může dosáhnout monopolního postavení.

Zároveň tímto jednáním dochází k narušení kvality soutěže, a to z důvodu již zmíněné závislosti jednotlivých soutěžitelů. Jelikož je počet soutěžitelů na trhu poměrně malý (platí to jak pro počet klinik specializovaných na laserovou operaci očí, tak pro poskytovatele služeb pravidelných dálkových autobusových spojů), jednání jednoho významným způsobem ovlivní ostatní. V oligopolním tržním prostředí jsou konkurenti nuceni ke snížení ceny z důvodu udržení si tržního podílu. Pokud tedy soutěžitel s významným tržním vlivem, který často kryje případné ztráty ziskem z jiných oblastí, nastaví podnákladové ceny čistě za účelem poškození jednotlivých konkurentů s tím, že předem presumuje výsledek této cenové války (např. pokud ostatní soutěžitelé nepůsobí na jiných trzích a nemohou tudíž případnou ztrátu překrýt ziskem z ostatního podnikání), naplňuje současně i znaky nekalosoutěžního jednání.

Závěr

Podnákladové ceny jsou ve smyslu tohoto příspěvku vnímány jako ceny, které jsou pod výrobními náklady, tedy spadají do prodeje se ztrátou. Tyto ceny může užívat soutěžitel s dominantním postavením na trhu, ale také jakýkoliv jiný soutěžitel na trhu.

Podnákladové ceny přinášejí na první pohled výraznou výhodu spotřebitelům, tedy nízkou cenu oproti obdobným výrobkům či službám. Podle výše nastíněných ekonomických teorií jsou však tyto výhody spíše iluzorní, neboť často následuje navýšení cen, újma působená konkurujícím soutěžitelům je poté značná, zpravidla mířící na jejich existenční rovinu. Podnákladové ceny jsou zpravidla součástí cenové války na příslušném trhu.

Protiprávnost podnákladových cen je nutno nejprve zkoumat podle toho, zda tyto nabízí dominantní soutěžitel či nikoliv. Pokud ano, je namístě primární postih podle anti-trustového práva (jako dílčí skutková podstata zneužití dominantního postavení), přičemž kumulativní postih právem proti nekalé soutěži není vyloučen (porušení norem veřejného

¹²⁶ Blíže k oligopolnímu tržnímu prostředí např. HOŘEJŠÍ, B. *Mikroekonomie*. 5. aktualizované vydání. Praha: Management Press, 2010, s. 328 an.

¹²⁷ JUREČKA, V. *Mikroekonomie*. 3. aktualizované a rozšířené vydání. Praha: Grada Publishing, 2018, s. 231–232.

práva se soutěžním dopadem podle generální klauzule nekalé soutěže – § 2976 odst. 1 o. z.). Pokud se užití podnákladových cen dopouští soutěžitel bez dominantního postavení na trhu, přichází v úvahu postih toliko podle práva proti nekalé soutěži. Ten však není možný bez dalšího (nejedná se o *per se* zákaz), ale po splnění určitých podmínek. V rámci kumulativního naplnění podmínek generální klauzule nekalé soutěže je nutné zohledňovat, v jaké míře a délce trvání je ovlivněn relevantní trh, ostatní soutěžitelé nebo zákazníci, přičemž posouzení dlouhodobosti se bude odvíjet od okolností konkrétního případu. Důležité bude také zvážit, zda uplatnění podnákladových cen doprovází záměr soutěžitele eliminovat konkurenci na trhu (či konkrétního soutěžitele), přičemž se přikláním k řešení problémů spojených s prokazováním tohoto záměru ze strany žalobce přijetím důkazu všeobecnou zkušeností, tedy při prokázání podnákladovosti ceny a současně její intenzivního a/nebo dlouhodobého ovlivnění příslušného trhu, by se měl tento záměr presumovat. Řešením ztížené pozice žalobce by bylo také přijetí obrácení důkazního břemene ve prospěch žalobce (tedy žalovaný by musel prokázat, že užití podnákladových cen nesleduje záměr vyloučit konkurenci). Zohledňovat by se měl také charakter trhu – např. zda se jedná o oligopolní tržní prostředí, a chování průměrného spotřebitele na tomto trhu (jaká je obecná hladina ceny u zboží či služby nabízené za podnákladové ceny, jak na změnu ceny reaguje spotřebitel, jaká je zastupitelnost zboží či služeb apod.).

Smysl obou větví soutěžního práva je přitom nutné striktně odlišovat – zatímto anti-trustové právo chrání primárně existenci soutěže na relevantním trhu (v případě podnákladových cen před jejím vyloučením či deformací praktikami dominanta) a doplňkově (jako přirozený důsledek existence hospodářské soutěže) také jednotlivé soutěžitele a zákazníky, právo proti nekalé soutěži směřuje k souhradné ochraně kvality soutěže, soutěžitelů i zákazníků.

Jak vyplývá z tohoto příspěvku, nejednotnost přístupu k postihu podnákladových cen z pohledu nekalé soutěže je zjevná nejen v zemích Evropské unie, ale také jinde ve světě. Mísí se zde svoboda cenotvorby s nutností regulace z důvodu ochrany soutěže, soutěžitelů i spotřebitelů. Přitom vybalancování hranic dovoleného a zakázaného užití podnákladových cen se jeví jako velmi nelehký úkol a nastavení jasných pravidel nemůže být konstatováno jednou provždy, neboť se odvíjí mnohdy od okolností jednotlivých případů (např. rozdíl mezi cenami za operace očí způsobujícími déletrvající deformaci trhu a podnákladovými cenami zaváděcími, krátkodobými).

Problematika podnákladových cen tak představuje oblast vzájemného prolínání veřejného i soukromého soutěžního práva a oblast, jejíž kontury jsou z pohledu práva proti nekalé soutěži judikaturou vysokých soudů v českém právním prostředí zatím nedostatečně a nesprávně nastaveny. Z pohledu evropské judikatury jednotný přístup rovněž chybí. Toto prostředí tak představuje „živnou půdu“ pro jasnější nastolení pravidel nejen v oblasti vnitrostátní, ale také celoevropské, což by mohlo přispět k dalšímu prohloubení právní jistoty při využívání přeshraničního obchodu.

Underpricing as Unfair Competition?

Dana Ondřejová (<https://orcid.org/0000-0002-2251-9028>)

Abstract: The paper deals with the issue of underpricing from the perspective of the law against unfair competition. It points out the intertwining of the private and public branches of competition law and the confusion of the purpose of both branches in the decision-making practice of Czech courts when assessing the illegality of underpricing used by a non-dominant competitor. The Czech courts incorrectly adopt the conclusions of the case law of the CJEU on the assessment of the unlawful use of below-cost prices by a dominant competitor to cases where such prices are used by a competitor not in that position. This paper seeks to stimulate the debate on the issue at hand and outline appropriate approaches. The possible sanction of below-cost pricing should first be examined according to whether it is offered by the dominant competitor – if so, the application of antitrust law rules (as a sub-fact of abuse of dominance) is appropriate, while cumulative sanction by the law against unfair competition is not excluded. If the use of underpricing is committed by a competitor without a dominant market position, then only the unfair competition law sanction is applicable – in the context of the cumulative fulfilment of the conditions of the general unfair competition clause, it is necessary to take into account the extent and duration of the impact on the relevant market, other competitors or customers, whether the application of below-cost prices is accompanied by an intention on the part of the competitor to eliminate competition on the market (or a particular competitor), the nature of the market, the behaviour of the average consumer on that market (what is the general price level of the goods or services offered at below-cost prices, what is the consumer's reaction to the price change, what is the substitutability of the goods or services, etc.).

Keywords: underpricing, unfair competition, dominance, competition law